

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Imposer des discriminations positives dans l'emploi

Van Der Plancke, Véronique; Tharaud, Delphine

Published in:

Justice, éthique et dignité

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Der Plancke, V & Tharaud, D 2006, Imposer des discriminations positives dans l'emploi: vers un conflit de dignités ? dans S Gaboriau & H Pauliat (eds), *Justice, éthique et dignité* . PULIM, Limoges, pp. 177-240.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Imposer des « discriminations positives » dans l'emploi : vers un conflit de dignités ?

Delphine THARAUD

ATER à l'Université de Limoges

Véronique VAN DER PLANCKE

Chercheuse à l'Université catholique de Louvain

Des nouvelles procédures de recrutement à Sciences-Po¹ à la nomination d'un Préfet musulman², sans omettre la « corsification » des emplois³, toute mesure instituant une différence de traitement adoptée officiellement dans un but égalitaire est d'instinct qualifiée de « discrimination positive » : une inégalité de droits pour corriger les inégalités de fait. Il faut avouer que l'expression - ce « monstre sémantique⁴ » - peut paraître attirante à force de paradoxe ; il invite certes à la réflexion sociale. Ce concept, que beaucoup s'accordent à qualifier d'importation américaine⁵, a ainsi échangé, en l'espace d'une année, son statut de sujet tabou à celui de nouveau fer de lance

¹Voy. M. Long, « Discrimination positive et accès à Sciences-Po Paris », *A.J.D.A.*, 5 avril 2004, pp.688-694 ; B. Toulemonde, « La discrimination positive dans l'éducation : des ZEP à Sciences Po », in *Discriminations Positives, Pouvoirs*, Seuil, Paris, n°111, 2004, pp. 87 et s. Voy. également *infra*, n°10.

²J.-M. Bezat, « Sarkozy, le préfet musulman et le philosophe », *Le Monde*, 18 décembre 2003.

³Sur ce point : M. Henry, « SNCM : Matignon contredit Devedjian », *Libération*, 22 septembre 2004.

⁴J.-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in « Pouvoir et liberté », Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.418. Voir sur ce point D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, p. 778.

⁵Voy. notamment P. Noblet, *Affirmative action » aux Etats-Unis et discriminations positives en France*, in « L'affirmative action. De l'égalité formelle à l'égalité réelle », sous la direction de M. Boucher, L'Harmattan, 2001 ; O. Jouanjan, *Egalité*, Dictionnaire de la culture juridique, Dir. D. Alland, S. Rials, Lamy/ PUF, 2003, p. 585.

de la recherche de l'égalité en France⁶. Et non sans controverses. Mais cette évolution, au final plus politique que juridique,⁷ s'est opérée au détriment de la compréhension de l'essence même des discriminations positives. Elles finissent par être galvaudées sans avoir reçu de réelle définition : quelle est leur place au sein du principe d'égalité et, par conséquent, leur(s) justification(s) ? Dans quelles sphères sociales (enseignement supérieur, emploi, logement...) et dans quelles limites pourvoir à leur mise en œuvre ? Au-delà de leur simple admissibilité, pourraient-elles être imposées ? Quelle légitimité accorder à l'assertion selon laquelle les discriminations positives porteraient injustement atteinte aux droits des non bénéficiaires ? Cette ultime interrogation est une des pierres angulaires de la problématique ; elle focalise la majorité des critiques qui lui sont adressées. La question se posera de savoir s'il faut véritablement considérer que la « discrimination positive » s'insère dans pareille conception « malthusienne » de l'égalité : une vision selon laquelle l'égalité substantielle des uns s'obtiendrait inévitablement au détriment de celle des autres. Tout en évoquant des jurisprudences européennes, canadiennes et américaines, nous soutiendrons le contraire : plutôt que de cristalliser des conflits de droits et de dignités, les dispositifs – proportionnés – de discrimination positive sont nécessaires, sans être suffisants, à leur réconciliation.

Introduction - Discriminations et dignité

1. La dignité est cet absolu quasi informulable dont la réalité n'est révélée, paradoxalement et de manière manifeste, que par sa négation. Relative au rapport à soi et à l'autre, elle suppose avant tout une qualité de relation entre individus qui s'accordent une reconnaissance mutuelle potentialisant le maintien de la conscience réflexive et de la volonté humaine. Alors que l'« honneur » présupposait l'existence de certaines hiérarchies sociales, la dignité – idée égalitarienne – est inhérente à tous les individus : elle est attribuée également à chaque être humain, sans différence de degré. Elle ne doit pas être conquise ou méritée ; elle ne peut être perdue. Le principe de non-discrimination est le garant institutionnel d'une « politique de la

dignité »⁸. Les préambules de la plupart des instruments de protection des droits de l'homme, à la fois régionaux et universels, localisent ainsi le principe de l'égalité dans la notion du respect pour la dignité humaine.

2. La *discrimination négative*, exercice d'exclusion (ou plus généralement d'un traitement défavorable) d'une personne du fait de son origine ethnique, de son sexe ou encore de son orientation sexuelle, est sans aucun doute contraire à la dignité de la personne qui la subit – voire, dans un certain sens, de celle qui l'exerce. Dans son arrêt du 30 avril 1996, la Cour de justice des Communautés européennes, jugeant discriminatoire le licenciement d'une personne apte au motif qu'elle avait l'intention de subir une conversion sexuelle, avait ainsi ajouté que « tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger »⁹.

À de nombreuses reprises, la Cour suprême canadienne a parallèlement rappelé que l'objet du par. 15(1) de la « Charte canadienne des droits et libertés » consacrant le droit à la non-discrimination¹⁰ était « d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération »¹¹. S'interrogeant plus concrètement sur la

⁸ D. Chalmers, « The Mistakes of the Good European », in, *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, (sous la direction de S. Fredman), Oxford, University Press, 2001, p. 196.

⁹ C.J.C.E., 30 avril 1996, P./S. et Cornwall County Council, C-13/94.

¹⁰ Voy. article 15 : « (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire 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.

¹¹ Voy. § 51 de l'arrêt *Law c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) Cour suprême canadienne, [1999] 1 R.C.S. 497. Dans le même sens, voy. *Egan v. Canada*, (1995), 2 R.C.S. 513, § 36 : « (...) L'égalité, au sens où ce concept est consacré à titre de droit fondamental de la personne à l'art. 15 de la Charte, ne signifie rien s'il n'est pas l'expression d'un engagement à reconnaître la valeur égale de chacun en tant qu'être humain, indépendamment des différences individuelles. L'égalité signifie que notre société ne peut tolérer les distinctions législatives qui traitent certaines personnes comme des citoyens de second rang, qui les diminuent ou les traitent comme si elles étaient moins capables sans raison valable, ou qui par ailleurs offensent la dignité humaine fondamentale (...) ».

⁶ Ainsi, le « Conseil d'analyse de la société » (instauré en juillet 2004) étudie en priorité la problématique de la discrimination positive, sous le vocable « La société de la deuxième chance ».

⁷ La signature le 22 octobre 2004, par 35 dirigeants de grandes entreprises françaises, de la charte sur la diversité en entreprise démontre cette « politisation » de la discrimination positive, leur engagement correspondant plus à une ligne éthique suivie par les entreprises qu'à une prise en charge légale des difficultés subies sur le marché du travail par certaines catégories de personnes. Sur ce point : « Les entreprises tentent la discrimination positive », *Le Monde*, 16 septembre 2004 ; C. Gabizon, « Les patrons s'engagent pour la discrimination positive », *Le Figaro*, 22 octobre 2004. Le 26 janvier, les dirigeants syndicaux des centrales CFTD, CFTC, CGT et UNSA signaient une Charte syndicale pour l'égalité de traitement, la non-discrimination et la diversité, et réclamaient l'ouverture de négociations nationales.

signification à conférer à la dignité humaine, la Cour précisa qu'elle garantit à toute personne ou groupe l'estime de soi : la dignité « relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société (...) »¹².

3. L'exigence de dignité humaine impose, sans contestation possible, l'élimination de toute *discrimination négative*. La notion de *discrimination positive*, traversée de contradiction interne, n'entretient en revanche pas de rapport si univoque avec la dignité. D'aucun prétendront qu'au regard de la « commune humanité » des individus, il n'est nullement recommandé de les (dés)avantager sur base de leur race, de leur sexe ou de leur handicap : « dérogeant » aux règles de répartition, jugées justes et légitimes, de ressources rares (postes devant être exclusivement attribués selon les mérites individuels des candidats,...), la *discrimination positive* dans l'emploi serait contraire à l'individualité et à la dignité humaines. Car il s'agirait à nouveau, sur base d'un critère souvent inamovible (indétachable) de la personne, de préférer arbitrairement les membres de tel groupe au mépris de ceux qui ne lui appartiennent pas. Il ne faut certes pas négliger la réalité suivante : plus la détention d'un bien particulier (tels un travail, un logement,...) est un marqueur « d'appartenance réelle » à la société, plus on peut craindre que le traitement préférentiel dans l'octroi de ces biens emporte, auprès des membres du groupe temporairement exclu, la « confirmation » que ces derniers mériteraient moins de respect¹³. Parce qu'ils auraient été privés d'opportunités qui fondent les conditions minimales pour mener une vie digne. Les détracteurs de la *discrimination positive* ajoutent que ce dispositif porte également atteinte à la dignité des bénéficiaires puisque ceux-ci ne seraient plus appréciés à leur « juste valeur » : la personne recrutée alors qu'elle appartient à un groupe cible se demanderait toujours si elle l'a été en raison de ses compétences propres ou s'il s'agit au contraire d'une « nomination prétexte » susceptible de la démotiver (et qui éveillerait également les soupçons des « collègues » à son égard). La réification des caractéristiques ethniques renforcerait enfin la stigmatisation et, par voie de

conséquence, les inégalités¹⁴. La *discrimination positive* diviserait la société ; elle serait nuisible en principe et en pratique.

4. Nous défendrons la thèse inverse. Peut-être faut-il d'ailleurs évoquer le caractère performatif du discours sur la discrimination positive : son bon fonctionnement dépendra considérablement de l'interprétation qui lui est donnée¹⁵. Loin d'être une atteinte à la dignité des uns et/ou des autres, les dispositifs de *discrimination positive*, dans l'emploi et la formation, constituent selon nous la condition nécessaire à la coexistence de la dignité de tous. La Cour suprême canadienne, s'étant toujours affichée en faveur de la poursuite de l'égalité substantielle, affirmait en ce sens qu'une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de discrimination ni de « violation de la dignité humaine ou de la liberté d'une personne ou d'un groupe », si cette différence « contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société (...) »¹⁶. Elle poursuivait en déclarant qu'« au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi ? »¹⁷. Dès lors que les législations instaurant des *discriminations positives* sont conçues pour remédier à la restriction inéquitable des possibilités, frappant des personnes et des groupes qui furent au cours de l'histoire profondément désavantagées, la réponse devra être négative.

¹⁴ Ces craintes ont été soulevées à plusieurs reprises par la Cour suprême américaine. Voy. notamment *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. at 532 : « (...) by making race a relevant criteria once again in its own affairs, the Government implicitly teaches the public that the apportionment of rewards and penalties can legitimately be made according to race...and that people can, and perhaps should, view themselves and others in terms of their racial characteristics. Notion of 'racial entitlement' will be fostered and private discrimination will necessarily be encouraged » ; *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), at 298 : « common stereotypes holding that certain groups are unable to achieve success without special protection ». L'arrêt *Mississippi University for Women v. Hogan*, 112 S. Ct. 3331 (1982) évoque du risque de renforcement de stéréotypes à l'égard des femmes, et donc de perpétuation des désavantages.

¹⁵ Une personne bénéficiaire d'un programme d'action positive sera moins performante (par déficit de confiance) si son entourage lui fait comprendre qu'elle occupe injustement une place qui aurait dû être attribuée à quelqu'un de plus qualifié, que si elle est confortée dans le fait qu'il était juste qu'elle jouisse prioritairement de cette opportunité d'emploi au regard des mises à l'écart trop fréquentes dont font l'objet les membres de son groupe d'appartenance.

¹⁶ § 51 de l'arrêt *Law c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) Cour suprême canadienne, [1999] 1 R.C.S. 497.

¹⁷ § 53, *op cit*.

¹² § 53 de l'arrêt *Law c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) Cour suprême canadienne, [1999] 1 R.C.S. 497.

¹³ Voy. dans le même sens, D. G. Réaume, « Discrimination and Dignity », *Louisiana Law Rev.*, 2003, (vol.63), p. 695.

5. Après en avoir défini le concept, nous démontrerons que les dispositifs de *discrimination positive* sont nécessaires à la réalisation de l'égalité (I). Nous identifierons ensuite les règles qui conditionnent sa licéité à travers la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'action positive dans l'emploi ; un rapprochement - sommaire - avec la jurisprudence de la Cour suprême américaine sur l'*affirmative action* nous permettra de révéler la pluralité des justifications adossées aux discriminations positives (II). Nous établirons également que les caractéristiques propres des « discriminations positives » ne fournissent aucune justification raisonnable à leur non-obligatorité au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe ; à la lumière de ces considérations, nous esquisserons une lecture prospective du Protocole n°12 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (III). Nous soutiendrons enfin que l'obligation d'adopter des « discriminations positives » recevrait sa justification la plus convaincante, non dans le souci d'égalité de participation des groupes ou de promotion de la diversité, mais bien dans ce que seuls pareils dispositifs permettent de garantir à chacun « l'égalité de liberté de choisir sa vie » (IV). Synthèse entre la liberté et l'égalité, cet objectif nous semble répondre parfaitement à l'exigence de dignité.

I. LA « DISCRIMINATION POSITIVE » : UNE COMPOSANTE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

6. Bien qu'ordinairement véhiculé en France¹⁸, il aurait certainement fallu préférer au concept ambivalent de « discrimination positive » celui d'action positive^{19/20}. Remédier à l'oxymore du premier terme s'imposerait, en réalité, par justesse sémantique et normative. Telle est l'option adoptée dans le Rapport final présenté en 2002 à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies selon lequel on ne peut qualifier de « discrimination positive » une politique préférentielle juste (et par conséquent justifiée) dès lors que seule une « distinction arbitraire,

¹⁸ Conseil d'Etat, *Rapport public 1996 sur l'égalité*, sous la dir. de F. Stasse, La documentation française, 1997.

¹⁹ G. Calvès évoque les terminologies diverses en circulation : « *positive action* » au Royaume-Uni, « *affirmative action* » aux Etats-Unis, « places ou emplois réservés », « justice compensatoire ou distributive », « traitement préférentiel »... Voy. G. Calvès, *La discrimination positive*, Paris, PUF, Collec. Que sais-je, 2004, p.3. Toutes ne recouvrent toutefois pas les mêmes réalités (cf. *infra*). Parmi la floraison d'appellations actuelles en France, on dénombre celles de « *mobilisation positive* », « *politique positive* » (Blandine Kriegel à la tête du Haut Conseil à l'intégration), « *politique de diversité* » (les chefs d'entreprise) ou « *mesures correctives* » (de la part de personnalités « de gauche »). Le choix des termes révèle certainement en quoi le dispositif apparaît comme légitime pour ceux qui le nomment.

²⁰ Dans le cadre de cette étude, nous utiliserons toutefois « indifféremment » les deux notions.

injuste ou illégitime » doit être jugée discriminatoire.²¹ L'action positive y est définie comme « un ensemble cohérent de mesures, de caractère temporaire, visant spécifiquement à améliorer la situation des membres d'un groupe cible dans la société à un ou plusieurs égards, afin d'assurer leur égalité effective avec d'autres groupes ». ²² Le rapport conclut ensuite en rappelant qu'« on ne saurait interpréter l'action positive comme justifiant toute distinction fondée sur quelque motif que ce soit en relation avec un droit quel qu'il soit pour la seule raison que l'objet de la distinction est d'améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ». L'action positive n'est pas une exception à l'interdiction de discriminer²³ mais « le principe de non-discrimination fixe les limites de toute mesure d'action positive ».²⁴

7. La problématique de l'égalité et de la non-discrimination, son versant négatif, apparaît ici dans toute sa complexité. Par réaction à un ancien ordre social marqué par les différences de statuts et par les privilèges, c'est sur l'affirmation de l'égalité, conçue comme « une conception abstraite qui assure l'application des mêmes règles à toutes les personnes »²⁵ et « l'identité des droits pour chaque sujet »²⁶ quelle que soit leur situation singulière, que se sont construites les sociétés modernes. Le principe de

²¹ Voy. *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique*, Rapport final présenté par M. Marc Bossuyt, Rapporteur spécial, présenté en application de la résolution 1998/5 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2002/21), Commission des droits de l'homme, 17 juin 2002. Voy. également l'Observation générale n°18 sur la non-discrimination du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDH), Trenteseptième session, 1989. Le CDH établit une distinction entre *différenciation* et *discrimination* en indiquant qu'« une différenciation de traitement n'entraîne pas nécessairement une discrimination, dès lors que les critères de ladite différenciation sont raisonnables et objectifs et qu'il s'agit de réaliser une fin qui est légitime au sens du Pacte ». Il admet ensuite que les mesures nécessaires pour remédier à des inégalités ressortissent en fait à une différenciation légitime. A contrario, G. Calvès juge qu'il y a euphémisme si on n'utilise pas le terme de « discrimination ». Mais elle est positive dès lors qu'elle promouvait « une égalité pleine et effective ». Voy. G. Calvès, *op cit.*, p.24.

²² Voy. *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique*, *op cit.*, p.3. Selon le Conseil d'Etat français, la définition juridique de la discrimination positive est la suivante : « différenciation juridique de traitement, créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles » (voy. Conseil d'Etat, *op cit.*).

²³ M. Bossuyt, « Het discriminatieverbod en "positieve actie" », *R.W.*, 1998-1999, n°8, 24 octobre 1998, p.246.

²⁴ Rapport final présenté par M. Marc Bossuyt, *op cit.*, § 113.

²⁵ M. Miné, « Droit et discrimination sexuelle au travail », entretien avec C. Coste, *Cités*, 2002, n°9, p. 91.

²⁶ A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTDE*, n°2, 2001, p. 305.

l'égalité par la généralité demeure encore aujourd'hui le modèle permanent et dominant²⁷. Toute mesure différenciatrice provoque par conséquent la défiance et n'est souvent admise - moyennant le respect de limites strictes - qu'en tant que *dérogation* à cet archétype.

Cette « simple faculté » ouverte au législateur peut paraître toutefois anachronique lorsque le constat selon lequel « l'état actuel de notre société montre que l'égalité des droits ne suffit pas à réaliser l'égalité des chances »²⁸ est dressé depuis des décennies. Ce diagnostic est d'importance car il recouvre deux réalités différentes. Face à la présence d'inégalités de fait sans cesse observée, c'est un truisme d'affirmer que l'égalité « classique » (générale et abstraite) ne peut parvenir seule à une pleine égalité en pratique. Ensuite, on admet la composante dynamique du principe d'égalité, aujourd'hui porteur d'un but : celui de la réalisation en fait de l'égalité.²⁹

8. A ce stade, les concepts majeurs d'égalité et de non-discrimination doivent être éclaircis. Le principe selon lequel les « personnes identiques (égales ou similaires) doivent être traitées de la même façon (sauf justification objective et raisonnable) » correspond à l'unique définition formelle, commune, des exigences d'égalité et de non-discrimination.³⁰ L'égalité est comparative par nature, dérivant sa source et ses limites du traitement réservé aux autres ; si les libertés sont généralement individuelles, l'égalité est sociale.³¹ L'égalité étant un principe contingent et « relatif »³² qui n'émerge que par l'apparition de « l'autre », comparaison et non-discrimination sont assurément deux notions consubstantielles : « il ne peut y avoir d'égalité sans comparaison alors que comparer c'est déjà rassembler ce qui se ressemble et séparer ce qui se distingue ».³³

²⁷ Voy. notamment G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996, p. 113 ; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, §296.

²⁸ Conseil d'Etat, Rapport public 1996 sur l'égalité, La documentation française, 1997, introduction, p. 19.

²⁹ N. Catalano, « Rapport général sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XIV, Dalloz, 1965, p. 433.

³⁰ Son corollaire étant que les personnes différentes doivent être traitées de façon différente (sauf justification objective et raisonnable). Voy. *infra*, point III.

³¹ P. Westen, « The empty Idea of equality », (1982), *Harvard Law Review*, 1998, p. 563.

³² A. Le Bras-Chopard, *Egalité, droits : la puissance du référent animal*, in « Actualité politique et juridique de l'égalité », Dir. C. Courvoisier, P. Charlot, Presses Universitaires de Dijon, 2003, p. 13.

³³ Voy. également à ce sujet R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, 2003, p. 423.

Que signifie, au regard du dessein d'égalité, la similarité de deux personnes ? Les situations occupées par deux individus s'avèreront toujours similaires au regard de tel critère élu, et différentes à bien d'autres égards. La (dis)similarité des personnes et des situations n'existe pas en soi, par nature, mais bien uniquement en fonction de l'objet ou du but de la règle qui doit leur être appliquée également. La similarité ne peut être établie qu'à la suite d'une opération de catégorisation, créant des « classes d'équivalence »³⁴ ; elle suppose l'articulation de « standards de traitement » – soit une règle précisant le traitement à accorder aux personnes dans telle situation (ex. « les emplois vacants doivent être octroyés aux plus compétents ») – en référence à laquelle deux individus sont similaires (parce qu'ils satisfont tous deux pleinement au « standard »). L'égalité est une notion parfaitement circulaire, dépourvue de contenu substantiel par elle-même : en l'absence des « standards de traitement » évoqués, la notion d'égalité est incapable de nous indiquer comment agir dans une situation particulière.³⁵ En d'autres termes, l'égalité requiert la comparabilité préalable de deux choses ou personnes en référence à un critère externe (un « standard de traitement ») qui spécifie le point relevant suivant lequel ils sont similaires ou différents ; en application du principe d'égalité, ils auront donc à être traités de manière identique.³⁶

N. Bobbio précise, à son tour, qu'appréhender l'égalité entre les personnes nécessite la combinaison analytique de facteurs d'importance égale : « a) les sujets entre lesquels il s'agit de répartir les biens ou les charges ; b) les biens ou les charges à répartir c) le critère d'appréciation des situations. [...] On obtient une multitude de types de répartition qui tous peuvent se dire égaux bien qu'ils diffèrent notablement les uns des autres ».³⁷ Ainsi, choisir les mérites ou les compétences pour distribuer les emplois, mais les besoins pour garantir les soins de santé, revient simplement à affirmer que le « critère substantiel » qui définit dans quelle mesure les personnes sont semblables sera l'équivalence des mérites dans un cas et celles des besoins dans l'autre.³⁸ Dans le marché du travail, seuls ceux qui

³⁴ Voy. à ce sujet R. Hernu, *op cit.*, p. 315.

³⁵ P. Westen, *op cit.*

³⁶ P. Westen, *op cit.*, p. 552.

³⁷ Voy. N. Bobbio, « Egalité et différence, le clivage décisif », *Esprit*, 1992, p. 24. Dans un sens similaire, M. Walzer rapporte que la question de la justice consiste à savoir « sous quels rapports sommes-nous les égaux les uns des autres ? » (p. 14), à savoir de quelle manière nous entrons en relation les uns avec les autres par l'intermédiaire des biens sociaux. Il identifie ensuite trois principes de répartition des biens sociaux : le libre échange, le mérite et le besoin. Voy. M. Walzer, *Sphères de justice, une défense du pluralisme et de l'égalité*, Le Seuil, 1997, pp. 46-54. Sur le développement de cet argument, voy. O. De Schutter, « L'action affirmative comme instrument de la lutte contre les discriminations en Europe », in M. Martiniello (éd.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Presses univ. de Liège, sous presse, pp. 127 et s.

³⁸ P. Westen, *op cit.*

peuvent arguer de mérites semblables auront le droit d'être traités de façon égale : tel est le principe formel. Ce constat appelle plusieurs considérations. Premièrement, les personnes ne méritent certes pas leurs talents, et ceux nés avec de plus grands talents, ne méritent pas nécessairement de plus grandes récompenses³⁹. Si sélectionner selon le mérite est sans aucun doute plus juste que de recruter de façon népotique ou discriminatoire, la distribution méritocratique des emplois n'est toutefois pas « *morally required* » en ce qu'elle n'assure pas la satisfaction des impératifs de justice sociale⁴⁰. Deuxièmement, dès lors que le nombre de candidats appartenant à une même catégorie (les « *compétents pour tel ou tel poste* ») est généralement plus élevé que les places disponibles, il faudra composer avec le fait que tous les membres d'un même groupe ne seront inévitablement pas traités de la même façon ; certains seront embauchés, d'autres pas. Enfin, attribuer le bien rare qu'est le travail en fonction des aptitudes n'est juste que si l'*acquisition*, le *maintien* ou la *valorisation* de ces dernières est, dans la mesure du possible, également accessible à tous.⁴¹ Vu les inégalités/disparités de fait à cet égard, il faudra renforcer au bénéfice des membres des groupes sociaux déterminés, par des *mesures positives*, une égalité de départ - voire de résultats - pour l'accès aux places disponibles.

9. Loin d'être des privilèges injustes, les « *discriminations positives* », en tentant de corriger les situations inégalitaires, contribuent par conséquent à l'avènement de l'égalité réelle de tous dans une sphère donnée. Mais la réalisation de cette égalité soulève, il est vrai, d'apparentes apories. Elle ne peut qu'être le fruit d'une dialectique permanente - recherche d'un point d'équilibre - entre :

- le respect de l'*égalité formelle des droits* ou *égalité de traitement*, à savoir le droit qu'a en principe tout individu de n'être traité qu'en fonction de certains éléments strictement pertinents au regard de la décision en cause (ex. la compétence, le mérite dans la sphère de l'emploi), et non en fonction de son sexe, sa « *prétendue race* » ou de son origine ethnique ;
- la promotion de l'*égalité des chances*, soit la mise en œuvre de mesures spéciales pour garantir l'égalité de départ des individus dans la compétition (selon la métaphore de la course), quel que soit leur groupe d'appartenance ;

³⁹ Les individus sont ainsi « le support accidentel » de l'intelligence ou de l'aptitude à l'effort... C'est ce que nous pourrions qualifier d'inégalité originelle.

⁴⁰ R. Fallon, « To Each According to His Ability, From none According to his Race: The Concept of Merit in the Law of Antidiscrimination », 60 *B.U.L. Rev.* 815 (1980). Voy. également M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, 1982, 2nd édition, 1997 ; F. Dubet, *Les inégalités multipliées*, Ed. de l'Aube, 2001, 70 p. (selon qui le concept de mérite serait un « mal nécessaire »).

⁴¹ De même, un critère arbitraire de limite d'âge pour l'obtention du bien rare qu'est une bourse de recherche n'est acceptable que parce que chacun aura eu à un moment X l'âge requis pour introduire la demande.

- et la recherche de l'*égalité substantielle des conditions* ou des *résultats* (ex. l'attribution de la fonction), revêtue d'un sens redistributif, consistant à définir l'égalité en des termes de « *juste* » participation des groupes dans l'éducation, le travail, les services...⁴²

10. Garantir l'égalité des chances suppose un travail préalable d'identification des groupes défavorisés. Plutôt que de fonder les *mesures spéciales* sur base du sexe ou de la race d'un individu, quelques dispositifs réfèrent à des critères socio-économiques⁴³. Il faut toutefois admettre que certaines « *actions positives* », neutres en apparence, sont dans les faits des politiques inclusives de tel ou tel groupe ethnique ou religieux⁴⁴ : ainsi, les mesures à destination des sans-emplois, ou des personnes habitant telle région géographique⁴⁵. Nous constaterons ultérieurement pourquoi des

⁴² Il est intéressant de noter que dans ses conclusions précédant l'arrêt *Kalanke* de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 17 oct. 1995, *Kalanke v. Land de Brême*, aff. C. 450/93, *Rec.*, p. I-3051), l'avocat général Tesouro avait lui-même relevé la complémentarité entre les concepts d'égalité formelle et substantielle : « A la différence du principe de l'égalité formelle, qui interdit de fonder les disparités de traitement des individus sur certains facteurs de différenciation, tel le sexe, le principe de l'égalité substantielle renvoie, au contraire, à un concept positif, se fondant précisément sur la pertinence de ces mêmes facteurs de différence pour légitimer un droit inégal, instrument de réalisation de l'égalité entre des personnes qui ne sont pas supposées neutres, mais dont les différences sont prises en compte. En définitive, le principe de l'égalité substantielle complète le principe de l'égalité formelle, auquel il ne permet d'apporter que les dérogations qui sont justifiées par le but auquel elles tendent : assurer une égalité effective. L'objectif final est donc le même : assurer l'égalité entre les personnes ». Voy. *infra*.

⁴³ Voyez la volonté de faciliter l'accès à *Sciences-Po* (Paris) aux classes socio-économiques défavorisées, en diversifiant des conditions d'accès dans deux directions : en prévoyant un système d'accès particulier aux étudiants provenant de lycées des ZEP avec lequel existe un conventionnement (les écoles placées en ZEP (zone d'éducation prioritaire) reçoivent des moyens supplémentaires pour donner aux élèves de milieux défavorisés des chances égales d'accéder au savoir), et en aménageant les modalités tarifaires (droits d'inscription progressifs). L'importante sur-représentation des jeunes issus des classes supérieures parmi les étudiants des grandes écoles en France est une réalité statistique incontestable. Estimant que l'autoreproduction des élites qui en résulte n'est pas conforme à l'idéal républicain qui consacre l'égalité des chances, E. Kessler suggère une généralisation de ces mesures de « *discrimination positive socio-économique* » à toutes les grandes écoles. Voy. E. Kessler, *De la discrimination positive*, Paris, Bréal, 2004, p. 9.

⁴⁴ C. McCrudden, « Rethinking Positive Action », *I.L.J.*, 1986, n°15, pp. 219 et s.

⁴⁵ Voyez le contrat daté de 1995, par lequel l'entreprise « hypermarché Continent » basée à Marseille s'engageait à recruter, dans le cadre de contrats définitifs de droit commun, 10 % de son effectif initialement prévu (600 employés) parmi les personnes très défavorisées originaires des quartiers nord (la référence à l'ethnique ou au racial étant devenue taboue), et à leur fournir un suivi après embauche sous la forme d'une formation complémentaire. Si la faveur était accordée officiellement aux personnes dites peu employables en raison d'une formation insuffisante, la mesure bénéficia, dans les faits, à de nombreuses personnes d'origine étrangère. Sur ce dispositif, voy.

« actions positives » organisées directement en faveur des femmes ou de tel groupe ethnique ou religieux... soit l'objet de notre étude car il s'agit des mesures les plus controversées – gardent leur pertinence propre.

11. L'égalité des chances peut se concevoir dans une vision soit *formelle* et *procédurale* soit *substantielle*⁴⁶. Dans sa *vision formelle*, l'égalité des opportunités tend à maximiser les possibilités de mobilité sociale en fonction des aptitudes, et la libre concurrence entre individus. Les « actions positives » consisteront alors en des *programmes d'éducation et de formation* (« outreach programme »), mais également en des actions destinées à favoriser l'équilibre entre les responsabilités familiales et professionnelles et une meilleure répartition de ces responsabilités entre les deux sexes : « dans ce cas, priorité est donnée aux mesures concernant l'aménagement de l'horaire de travail, le développement des structures destinées à l'enfance, la réinsertion professionnelle des femmes qui se sont consacrées à l'éducation de leurs enfants, ainsi qu'à des politiques de sécurité sociale et à des politiques de compensations fiscales tenant compte des charges familiales »⁴⁷. Les « actions positives » peuvent procéder ensuite d'un *aménagement des modes de sélection* : en supprimant l'embauche de bouche-à-oreille (qui a tendance à favoriser une auto-reproduction de la force de travail au détriment des groupes vulnérables), en publiant l'offre de travail dans les « journaux ethniques », en adoptant le procédé des CV anonymes⁴⁸,

V. De Rudder, C. Poirer, F. Vourc'h, « A Marseille, la « préférence locale » contre les discriminations à l'embauche », *Hommes et Migrations*, 1998, pp.28 et s.

⁴⁶ B. Hepple et C. Barnard, « Substantive equality », *C.L.J.*, 2000, (59), p.562, citant S. Fredman.

⁴⁷ Voyez les Conclusions de l'avocat général Tesauro précédant l'affaire *Kalanke*.

⁴⁸ En mai 2004, la préfecture du Rhône déclarait souhaiter développer le CV anonyme pour lutter contre la discrimination à l'embauche, notamment raciale. A cet effet, les curriculums seraient envoyés sans nom, sans indication de sexe, ni d'adresse, mais avec un numéro d'identification. Complexe à mettre en oeuvre, le procédé pourrait être réservé aux offres de l'ANPE ou des missions locales. Le « CV anonyme » y est effectivement opérationnel depuis fin janvier 2005, dans le secteur tertiaire, celui des services. Lors de la première conférence nationale pour l'égalité des chances tenue en février 2005, le premier ministre français a pour sa part enjoint au patronat et aux syndicats de trouver des « outils », comme l'anonymisation des CV, afin de faciliter les embauches, mais aussi l'accès à la formation des jeunes issus de quartiers en difficulté (cette mesure était inspirée du rapport remis le 22 novembre 2004 au premier ministre, par le fondateur d'AXA, Claude Bébér. Voy. C. Bébér, « Des entreprises aux couleurs de la France », 22 novembre 2004 (<http://www.institutmontaigne.org/pub.php?id=80>) – l'Assemblée nationale devait se prononcer en décembre 2004 sur une proposition de la députée F. de Panafieu qui prévoyait d'imposer aux entreprises de plus de 250 salariés le traitement de CV ne comportant « ni le nom et le prénom, ni le sexe, ni l'âge, ni la nationalité des candidats ». Les informations ne devront plus être manuscrites et la photo sera prohibée. Cette obligation serait étendue aux organismes de placement et aux cabinets de recrutement. Des CV qui n'auraient ainsi d'autre mention que la formation et le parcours professionnel du candidat, afin de lui permettre de franchir la barrière du premier entretien). La Belgique se montre également intéressée par le procédé, voy. :

en favorisant la représentation accrue des membres de minorité ou des femmes dans les panels de recruteurs, ou encore, en ne sacrifiant pas les diplômés. Ces mesures « positives », tout en recherchant l'augmentation des chances des uns, ne portent en aucun cas atteinte aux droits des autres (bien que certains ne manqueront pas de faire valoir que la publicité spéciale auprès des minorités pour tel ou tel poste, par exemple, ne fait qu'augmenter le pool des participants, et donc durcir la compétition, voy. *infra*). Il s'agit de veiller à ce qu'à talent ou à capacité égale, le candidat d'une minorité visible ait autant de chances que les autres pour accéder au système éducatif, à un emploi ou à un poste de responsabilité. Mais ces mesures ne suffisent pas toujours à ce que les femmes et les minorités soient réellement dans une position leur permettant de saisir ces opportunités nouvelles, la croyance dans leurs capacités ayant été éliminée par les effets des désavantages passés (voy. *infra*).

Une *égalité substantielle des chances* suppose, par conséquent, l'adoption de mesures plus spéciales encore, se traduisant par un effet réel, toujours plus proche d'une égalité de résultats⁴⁹. Elles pourront consister en l'adoption d'objectifs chiffrés et planifiés pour remédier à la sous-représentation de certaines catégories préalablement identifiées dans tels secteurs d'emploi (self-studies)⁵⁰, en réservant si nécessaire une embauche préférentielle au

Proposition de loi relative au recrutement et à la sélection des travailleurs, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, 3 – 1179/1 ; Proposition de résolution relative à l'adoption d'un code de conduite garantissant l'anonymat des candidatures aux emplois, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, 3 – 1159/1. On ne peut toutefois se permettre qu'un enthousiasme prudent à l'égard du fait que les CV anonymes seraient garants d'une augmentation de l'égalité des chances. Il y a un risque que cela ne fasse que retarder la prise de décision discriminatoire : l'entretien d'embauche qui suivra naturellement la sélection des CV sera-t-il en effet un face-à-face suffisant pour réviser les représentations défavorables des employeurs ?

⁴⁹ L. Charpentier, « L'arrêt *Kalanke*. Expression du discours dualiste de l'égalité », *RSC*, 1996/18, p.288.

Comme l'explique le rapport du Conseil de l'Europe sur l'approche intégrée de l'égalité, on considère qu'il faut entendre par égalité entre les femmes et les hommes l'égalité de visibilité, autonomie, responsabilité et participation des deux sexes à toutes les sphères de la vie publique et privée. On voit que la quête d'une égalité véritable entre les femmes et les hommes ne peut se limiter aux droits et au traitement du point de vue de l'accès aux droits : elle doit également être envisagée dans l'optique du partage des avantages collectifs, parmi lesquels les emplois et les responsabilités. En d'autres termes, il ne s'agit pas simplement d'égalité de droits, voire d'égalité des chances, mais aussi d'égalité de résultats et de situations. Voy. Conseil de l'Europe, « Approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes : cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques » » 1998.

⁵⁰ Plusieurs législations fixent des objectifs numériques spécifiques, et parfois le laps de temps à l'issue duquel ils devront être accomplis. Soucieux d'assurer la transposition des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE (voy. *infra*) dans les matières relevant de la compétence des Régions et des Communautés de Belgique, le législateur flamand a ainsi adopté un décret du 8 mai 2002 sur la participation équitable

bénéfice des membres de tel groupe à compétence égale avec les autres concurrents, voire en des quotas rigides (voy. *infra* quant à l'admissibilité de ces derniers).

Il y a un continuum entre l'ensemble de ces mesures - toutes complémentaires - poursuivant l'égalité des chances, entre celles qui ont des conséquences collatérales minimales - voire inexistantes - pour ceux qui ne sont pas membres de la minorité et qui concourent, et celles qui ont un effet significatif⁵¹.

au marché du travail qui vise à faciliter l'accès au marché du travail des membres de groupes-cibles (*kansengroepen*), c'est-à-dire des segments de la population active qui sont sous-représentés sur le marché du travail. Voy. Decreet houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *Mon. b.*, 19 juin 2002. Le décret est étroitement inspiré de l'*Employment Equity Act* canadien de 1995 (cette législation oblige les employeurs fédéraux ou les employeurs privés d'une certaine taille qui participent à des marchés publics de l'Etat à présenter un rapport annuel sur la mise en œuvre de plans destinés à améliorer la présence de minorités au sein de leur force de travail) ainsi que de la loi néerlandaise du 29 avril 1998 visant à promouvoir la participation au marché du travail des minorités ethniques. La *Wet stimuleren arbeidsdeelname minderheden* (SAMEN) de 1998 prolonge la *Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen* du 1^{er} juillet 1994, en imposant aux entreprises individuelles de viser une meilleure représentation des minorités ethniques au sein de leur force de travail, par la fixation d'objectifs annuels. La réalisation de l'objectif d'une représentation des minorités ethniques proportionnelle à leur importance au sein de la population locale de la région où opère l'entreprise n'est pas fixée dans le temps : il s'agit essentiellement de rendre l'employeur conscient des conséquences que ses choix peuvent produire sur la représentation des minorités ethniques. Enfin il est utile de mentionner le *Fair Employment and Treatment Order* 1998 (FETO), législation unique au Royaume-Uni en ce sens qu'il tend à remédier à la sous-représentation des Catholiques et des Protestants en Irlande du Nord, tant dans le secteur privé que public. En 1990, les employeurs ont en moyenne 75 % de leur force de travail qui provient d'une seule communauté ; en 2000, la ségrégation demeure, bien que moins forte. Le FETO introduit l'obligation, pour l'entreprise, de s'enregistrer auprès d'une agence et surveiller la composition religieuse annuelle de la force de travail (et, dans certains cas, des candidats à l'emploi). Sous l'article 55 du FETO, les employeurs ont ainsi le devoir de tenir une revue triennale de la composition et des pratiques pour évaluer la réalité de la participation effective, et en son absence, organiser des mesures pour y remédier. Pour une analyse de cette législation, voy. C. McCrudden, R. Ford and A. Heath, "Legal Regulation of Affirmative Action in Northern Ireland: An Empirical Assessment", *Oxford J. Legal Stud.* 24, n° 3 (2004), 363-415.

⁵¹ Certains auteurs réserveront d'ailleurs de terme de "discrimination positive" aux mesures explicitement préférentielles, en attribuant celui d'"action positive" aux dispositifs tendant à réaliser une égalité "formelle" des chances. Pour les raisons évoquées précédemment, nous rappelons que le terme d'action positive devrait être considéré comme le plus approprié, quelle que soit l'intensité de la mesure, la mesure devenant discriminatoire (qui est, par essence, négative) dès que l'atteinte aux droits des tiers s'avère disproportionnée.

12. Il s'agira d'articuler constamment les trois dimensions précitées de l'égalité (traitement - chances - résultat), dans une lecture téléologique⁵², sans imposer de *continuité principielle* ou de *hiérarchie de valeur* entre elles. La conséquence en est la suivante : si le principe formel d'égalité de traitement ne suffit à l'évidence pas à garantir la participation proportionnelle des groupes aux différentes sphères de la vie sociale - signe d'une « égalité pleine et effective » -, il n'en délimitera pas moins le cadre de légitimité et de licéité des « discriminations positives ». Et ce afin d'éviter qu'elles ne créent un désavantage disproportionné à l'égard des personnes ne ressortissant pas de groupes « bénéficiaires ». Nous reviendrons ultérieurement sur ces aspects cardinaux (voy. II).

Ces propos généraux permettent d'affirmer que la « discrimination positive » est une « expression de » plutôt qu'une « exception à » l'idée d'égalité. Il nous appartient à présent de relever, dans le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les règles qui fixent les limites de la licéité de l'action positive dans l'emploi et la formation. Et de les mettre en perspective avec les décisions clés de la Cour suprême américaine en la matière.

II. LIMITES DE LA LICÉITÉ DE LA « DISCRIMINATION POSITIVE » DANS L'EMPLOI

a. Selon le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

13. Dans son état actuel, le droit de l'Union européenne en matière d'égalité de traitement prévoit invariablement l'*admissibilité* des « actions positives »⁵³ dans l'emploi - et dans l'accès et la fourniture de biens et services - au bénéfice des membres de certaines catégories cibles⁵⁴. L'article

⁵² D. Schiek, « Positive Action before the European Court of Justice - New Conceptions of Equality in Community Law? From *Kalanke* and *Marschall* to *Badeck*, *IJCLLR*, 2000, p.272.

⁵³ "Action positive" est le vocable généralement retenu dans le droit de l'Union européenne.

⁵⁴ Voy. l'article 5 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, L 180 du 19 juillet 2000, p.22 (à transposer par les Etats membres dans leur législation avant le 19 juillet 2003) ; l'article 7 § 1 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 (dite "directive-cadre" portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (interdiction de la discrimination sur base de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle), *J.O.C.E.*, L 303 du 2 décembre 2000, p.16 (la directive « horizontale » devait être intégrée dans les législations nationales avant le 2 décembre 2003). Voy. également l'article 1^{er} 2) de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant l'article 2 de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en

141 § 4 du Traité instituant la Communauté européenne, introduit par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, fut une étape décisive en la matière. L'« action positive » admise pour la première fois dans la directive 76/207/CEE relative à l'égalité entre les sexes dans l'emploi et la formation n'était en effet conçue, dans sa version initiale, que comme une *dérogation au droit à l'égalité de traitement*⁵⁵. L'article 141 § 4 lui réserve en revanche une place centrale en vue de la réalisation d'une l'égalité de facto : « 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 ». L'article 141, paragraphe 4, qui élève les mesures

oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, J.O.C.E., L 269 du 5 octobre 2002, p. 15 (transposition au plus tard le 5 octobre 2005) ; et enfin, l'article 6 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services, J.O.C.E., L 373 du 21 décembre 2004, p.37 (avec exigence de transposition pour le 21 décembre 2007 au plus tard). Actuellement, les actions positives dans « l'accès aux biens et aux services et la fourniture de biens et services » ne sont prévues que pour prévenir ou compenser des désavantages liés au sexe, ou à la race ou à l'origine ethnique. Nous ne développerons pas cet aspect dans la présente étude. Notons encore que ces directives successives ont été adoptées en application de l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne, introduit par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (entré en vigueur le 1^{er} mai 1999) dans une volonté de développement de la dimension sociale de l'Union européenne. L'article 13 stipule que « sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur propositions de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre des mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

⁵⁵ En 1984 allait être adoptée une Recommandation spécifique à l'action positive, à défaut d'une directive dont une proposition avait été rejetée par la Commission européenne estimant qu'elle ne recevrait pas le support suffisant du Conseil et des États dont aucun n'avait inscrit d'obligation d'adopter pareille actions dans sa législation nationale. La recommandation invitait les États membres à « adopter une politique d'action positive destinée à éliminer les inégalités de fait dont les femmes sont l'objet dans la vie professionnelle ainsi qu'à promouvoir la mixité dans l'emploi » (point 1) et, en particulier, à faire en sorte que les actions positives incluent, dans la mesure du possible, des actions portant sur l'encouragement des candidatures, du recrutement et de la promotion des femmes dans les secteurs, professions et niveaux où elles sont sous-représentées, notamment aux postes de responsabilité » (point 4, sixième tiret). Voy. Recommandation 84/635/CEE du Conseil du 13 décembre 1984 relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes, *Journal officiel* n° L 331 du 19/12/1984, p. 0034 – 0035.

positives au niveau « constitutionnel » de la Communauté⁵⁶, aborde en termes qui ne privilégient aucun sexe sur l'autre la question des actions positives en faveur du sexe sous-représenté⁵⁷ (même s'il ne fait aucun doute que les femmes sont le sexe sous-représenté en matière d'emploi dans tous les pays de la Communauté).

Dans une formulation similaire, l'Union européenne autorise les États membres à adopter des dispositifs d'actions positives dans l'emploi et la formation pour « prévenir ou compenser des désavantages » liés à la race ou à l'origine ethnique, à la religion ou aux convictions, au handicap, à l'âge ou à l'orientation sexuelle⁵⁸. Chacune des deux directives ménage, non tant une véritable exception, mais plutôt un tempérament aux interdictions de discrimination directe et indirecte⁵⁹. Il est désormais acquis au sein de l'Union que l'égalité formelle de traitement ne sera elle-même pas suffisante pour atteindre une égalité réelle, et ne pourra dès lors contrebalancer le poids des désavantages accumulés par les catégories d'individus historiquement discriminés⁶⁰. Un aveu selon lequel les mesures individuelles seraient

⁵⁶ Bien que pas encore ratifiée par l'ensemble des États membres, le point de départ de la Constitution européenne renferme une large vue de l'égalité (le Traité établissant une Constitution pour l'Europe fut signé par les représentants des gouvernements des États membres le 29 octobre 2004 à Rome). Voy. article I-2 qui, s'il identifie l'égalité et la non-discrimination comme des valeurs générales, accorde néanmoins une référence spécifique et notable à l'égalité hommes/femmes et aux minorités. Si l'article I-2 identifie l'égalité comme une valeur, l'article I-3(3) le présente comme un objectif de l'Union. Mais le devoir de promouvoir l'égalité est toutefois limité à l'égalité hommes/femmes. Il faut relever que la Partie III de la Constitution européenne est consacrée à une liste plus détaillée des compétences de l'UE, et c'est là où sont décrites les compétences législatives en matière d'égalité (avec reproduction de l'article 13 et 141 TCE (article III-8 et III-108)). Voy. à ce sujet M. Bell, « Equality and the European Union Constitution », *I.L.J.*, 2004, vol.33, pp.242 à 260.

⁵⁷ Conseil de l'Europe, Actions positives dans le domaine de l'égalité entre les femmes et les hommes, Rapport Final d'Activités du Groupe de Spécialistes sur les Actions Positives dans le domaine de l'égalité entre les Femmes et les Hommes (EG-S-PA), Strasbourg, 2000 07.

⁵⁸ Voy. respectivement l'article 5 de la directive 2000/43/CE et l'article 7 § 1 de la directive 2000/78/CE.

⁵⁹ Il faut aussi relever que la directive 2002/73 a remplacé l'ancien article 2 § 4 (action positive) de la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles par la disposition suivante : « 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 ». L'uniformité avec les autres dispositions de l'UE relative aux actions positives est ainsi atteinte (voy. *infra*).

⁶⁰ Voy. les Mémoires respectifs sur la « directive-cadre » (COM (1999) 565 final, 11) et sur la « directive-race » (COM (1999) 566 final, 8).

inefficaces pour mettre un terme aux discriminations systémiques, institutionnelles, qui marginalisent des groupes entiers⁶¹.

14. Pour des raisons politiques toutefois, la décision d'aller au-delà du respect strict de l'égalité formelle a été abandonnée à la discrétion de chaque Etat⁶². Les nouvelles normes communautaires ne pourront donc fonder une action en manquement contre l'Etat membre qui s'abstiendrait de mener des actions positives efficaces, alors même que la nécessité de celles-ci ne soulèverait aucun doute⁶³.

1. Contours de l'admissibilité de l'action positive au sein de l'UE

15. L'Union européenne n'autorise l'action positive que dans le respect de certaines règles. Les directives taisent la question des conditions concrètes auxquelles doivent satisfaire les actions positives pour être ainsi admises. Mais il faut probablement inférer de deux dispositions dérogatoires à l'article 7 § 1 de la directive 2000/78/CE relatif aux actions positives dans l'emploi que celles-ci seront, en principe, dépourvues de justification objective et raisonnable lorsqu'elles poursuivent la réalisation d'un résultat prédéfini à l'issue du processus de sélection, par l'instauration, par exemple, d'un quota strict⁶⁴. Les quotas rigides étant implicitement autorisés pour deux exceptions : au bénéfice des personnes handicapées⁶⁵ et dans les Services de Police et les emplois d'enseignant en Irlande du Nord⁶⁶.

⁶¹ Voy. D. Schiek, 'A new framework on equal treatment of persons in EC law?' (2002) *European Law Journal* Vol. 8, pp. 290 - 314.

⁶² B. Hepple et C. Barnard, « Substantive equality », *C.L.J.*, 2000, (59), p.577.

⁶³ J. Jacquemain, « Egalité entre femmes et hommes dans les conditions de travail : amendements à la directive européenne 76/207 », *Chron.D.S.*, 2003, 06, p.265.

⁶⁴ Voy. Bell M and Waddington L (2003) "Reflecting on inequalities in European equality law", *Eur. L. Rev.*, Vol. 28 p. 355.

⁶⁵ Voy. l'article 7 § 2 de la directive-cadre : « En ce qui concerne les personnes handicapées, le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle au droit des Etats 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 ». Cette disposition a été interprétée par la doctrine comme autorisant des politiques de quotas. Voy. Bell M and Waddington L (2003) "Reflecting on inequalities in European equality law", *Eur. L. Rev.*, Vol. 28 p. 355 ; L. Waddington, « Tweede-generatie richtlijnen Gelijke Behandeling: de nieuwe Richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming en de Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep », 2000, 12 *S.R.*, 357-362 ; Whittle, « The framework employment directive for equal treatment in employment and occupation : an analysis from a disability rights perspective », 2002, 27, *Eur.L. Rev.*, 303.

⁶⁶ Voy. l'article 15 de la directive-cadre : « 1. Pour faire face à la sous-représentation de l'une des principales communautés religieuses dans les services de police d'Irlande du Nord, les différences de traitement en matière de recrutement dans ces services, y compris pour le personnel de soutien, ne constituent pas une discrimination, dans la

C'est ensuite des cinq arrêts majeurs rendus entre 1995 et 2002 par la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'action positive au bénéfice des femmes que l'on peut cerner, avec plus de précisions, les limites de sa licéité⁶⁷. Les lignes directrices développées s'exporteront vraisemblablement à l'examen de légalité des dispositifs d'action positive instaurés par un Etat membre au bénéfice de groupes ethniques ou de membres de telle minorité religieuse...⁶⁸ En pratique toutefois, il faudra bien admettre que les cibles quantitatives de représentation ne seront pas adaptables pour tous les motifs de discrimination (tels ceux fondés sur l'orientation sexuelle, pour des raisons de respect du droit à la vie privée)⁶⁹.

mesure où ces différences de traitement sont expressément autorisées par la législation nationale.

2. Afin de maintenir un équilibre dans les possibilités d'emploi pour les enseignants en Irlande du Nord tout en contribuant à surmonter les divisions historiques entre les principales communautés religieuses qui y sont présentes, les dispositions de la présente directive en matière de religion ou de convictions ne s'appliquent pas au recrutement des enseignants dans les écoles d'Irlande du Nord, dans la mesure où cela est expressément autorisé par la législation nationale. »

Il fallait notamment préserver la légalité du système de quotas 50/50 (catholiques/protestants) qui avait été introduit pour augmenter la participation des catholiques dans les forces de police nord-irlandaises. Au sujet des dispositifs d'affirmative action en Irlande du Nord, voy. C. McCrudden, R. Ford and A. Heath, « Legal Regulation of Affirmative in Northern Ireland: An Empirical Assessment », *Oxford Journ. of Leg. St.*, Vol. 24, n°3, 2004, pp.363-415.

⁶⁷ Voy. C.J.C.E., 17 oct. 1995, *Kalanke v. Land de Brême*, aff. C. 450/93, *Rec.*, 1995, p. I-3051 ; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, *Rec.*, 1997, p. I-6363 ; C.J.C.E., 28 mars 2000, *Badeck e.a.*, C-158/97, *Rec.*, 2000, p. I-1875 ; C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Abrahamsson e.a.*, C-407/98 ; C.J.C.E., 19 mars 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, C-476/99. Dans le premier arrêt consacré à l'article 2, paragraphe 4 de la directive 76/207 (arrêt du 25 octobre 1988, *Commission/France*, 312/86, *Rec.* p. 3615), la Cour avait jugé que l'article 2, paragraphe 4, autorise les traitements qui ne sont qu'apparemment discriminatoires, et que cela confirme que l'objectif est celui de l'égalité substantielle. Voy. enfin C.J.C.E., 30 septembre 2004, *Serge Briheche contre Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, C-319/03. Sans apporter d'élément nouveau, ce dernier arrêt relatif à l'action positive résume les enseignements des arrêts précédents.

⁶⁸ Voy. O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. "Travail et Société", Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt/M., New York, Oxford, Wien, éd. P.I.E. Peter Lang, 2001, p. 158 ; A. Haquet, "L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes", *R.T.D.E.*, 2001, pp. 307-308. Voy. également, quoique moins affirmatif, M. Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford, University Press, 2002.

⁶⁹ Il est intéressant de mentionner également les considérations de l'arrêt *Bakke* de la Cour suprême américaine (voy. *infra*) sur la question de l'opérationnalisation des classifications : « With respect to gender there are only two possible classifications. The incidence of the burdens imposed by preferential classifications is clear. There are no rival groups which can claim that they, too, are entitled to preferential

16. Les trois premiers arrêts ont été rendus sur renvois préjudiciels de juridictions allemandes. Dans le premier d'entre eux (*Kalanke*, 1995), la Cour avait jugé contraire à la directive 76/207/CEE (sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes) une réglementation d'un Lander allemand qui prévoyait d'accorder la priorité d'embauche aux femmes, en cas de *qualification égale* aux hommes, pour les places dans les secteurs où elles étaient sous-représentées (à savoir où elles composaient moins de la moitié de l'effectif dans l'échelle des salaires du secteur en cause). La Cour de justice des Communautés européennes prétendait qu'en octroyant une priorité automatique aux femmes, cette réglementation visait non plus une égalité des chances, qui doit être interprétée strictement, mais bien une égalité des résultats contraire au droit individuel à l'égalité de traitement⁷⁰. Plutôt que de les considérer comme une prolongation naturelle l'une de l'autre (voy. *supra*), « égalité des chances » et « égalité de résultat » sont présentés, par l'Avocat Général Tesaro, comme des antonymes irréconciliables. Par son rejet radical du dispositif en cause, la Cour prétendait qu'à compétence égale les individus, quel que soit leur sexe, jouissent d'une exacte égalité des chances face à l'embauche et que, par conséquent, seules les mesures qui améliorent le potentiel concurrentiel des femmes dans le marché sont compatibles avec le principe d'égalité. Le modèle économique néoclassique sous-jacent, qui postule un système économique ouvert, libre et pleinement compétitif, prévoit en effet que les individus sont équitablement récompensés conformément à leur productivité qui se reflète dans leur éducation, leur formation et leur effort individuel. Or, pareille prétention revenait à dénigrer l'existence de biais socio-culturels dans les pratiques de recrutement (voy. *infra*).

Les deux arrêts qui suivirent, arrêts *Marshall* (1997) et *Badeck* (2000), concernaient respectivement des normes instituant des politiques de promotion prioritaire des femmes dans certains secteurs publics où elles sont sous-représentées, à condition - à nouveau - qu'elles puissent faire valoir une *qualification équivalente* à celle des individus de l'autre sexe. Ces dispositifs prévoyaient toutefois une « *clause d'ouverture* » : la priorité cesse si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en

treatment. Classwide questions as to the group suffering previous injury and groups which fairly can be burdened are relatively manageable for reviewing courts. (...) The resolution of these same questions in the context of racial and ethnic preferences presents far more complex and intractable problems than gender-based classifications ».

⁷⁰ Voy. point 23 de l'arrêt *Kalanke* : « un tel système, dans la mesure où il vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service, substitue à la promotion de l'égalité des chances (...), le résultat auquel seule la mise en oeuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir ».

sa faveur⁷¹. La Cour jugea qu'en l'espèce, le respect du principe d'égalité était garanti dès lors qu'on n'attribuait pas aux femmes une priorité absolue, automatique et inconditionnelle sur leurs concurrents de sexe opposé⁷². Elle ajouta, à l'issue de chacune des deux affaires, que les candidatures ne doivent cesser de faire l'objet d'une appréciation objective prenant en considération les situations particulières d'ordre personnel de tous les candidats. Ainsi, par exemple, à qualification égale, une femme ne pourrait être d'emblée préférée à un concurrent masculin si ce dernier a traversé une période de chômage de longue durée ou s'il a de nombreux enfants à charge et que son épouse est sans emploi⁷³. Bien qu'il annonce une approbation désormais limitée de l'action positive, l'arrêt *Marshall* reconnaît que l'égalité en fait est un objectif légitime de l'action positive et que les inégalités existantes au détriment des femmes sont suffisantes pour fonder l'action positive.

⁷¹ Le gouvernement de la Rhénanie du Nord-Westphalie (arrêt *Marshall*), invité à préciser concrètement au cours de la procédure les « motifs tenant à la personne d'un candidat masculin » en fonction desquels un candidat de sexe masculin était éventuellement préféré, a déclaré que ces motifs comprenaient des critères secondaires de sélection, tels que « l'ancienneté de service et des motifs sociaux », comme la circonstance que le candidat a des charges de famille. Voy. sur ce point, les conclusions de l'Avocat général sous l'arrêt *Marshall*, en particulier au point 8. L'administration dispose d'une marge d'appréciation lui permettant de prendre en considération toutes sortes de motifs pouvant tenir à la personne de l'autre candidat. Cela soulève en soi des doutes (exprimés par l'AG) - sur lesquels nous reviendrons - sur le point de savoir si la dérogation ne pourrait pas être elle-même discriminatoire et, partant, illégale. La clause d'ouverture ne doit pas permettre la réintroduction de critères discriminatoires. Dans l'affaire *Badeck*, la législation litigieuse prévoyait explicitement que les ressortissants de cinq groupes primeraient sur les femmes pour la promotion : ancien membre du personnel du service public ayant quitté le service pour raisons de famille, ou travailleur à temps partiel (suite à raisons familiales) souhaitant reprendre une activité à temps plein, anciens soldats, personnes gravement handicapées, chômeurs de longue durée. Au regard de leur discrimination dans le recrutement en Allemagne, la Cour n'a pas éprouvé le besoin de mentionner que l'avantage conféré aux anciens soldats - des hommes principalement - pouvait être discriminatoire à l'égard des femmes.

⁷² A la suite de l'arrêt *Kalanke*, la Commission européenne avait présenté une communication relative à l'interprétation de cet arrêt, dans laquelle elle considérait ainsi que « le seul type de régime de quotas qui soit illégal est le régime absolument rigide qui ne laisse aucune possibilité de tenir compte de circonstances individuelles. Les États membres et les employeurs sont donc libres de recourir à toute autre forme d'actions positives, y compris des quotas flexibles. » [Document COM (96) 88].

⁷³ Un homme qui s'occuperait à titre principal des soins des enfants devrait pouvoir bénéficier de l'analyse de sa situation particulière car c'est précisément pour ces critères que les femmes « stéréotypées » sont préjudiciées sur le marché du travail (on pense à ses potentielles absences nécessaires pour garantir les soins des enfants,...). Comme mentionné *supra*, il faut évidemment veiller à ce que la formulation de cette priorité en faveur de l'homme ne soit pas elle-même discriminatoire.

L'arrêt *Badeck* présente un autre aspect remarquable : la validation par la Cour de *quotas stricts* («quota de résultat ('Ergebnisquote') rigide») de femmes pour l'accès à la formation professionnelle⁷⁴. La Cour autorise par conséquent un aménagement des règles de concurrence en amont du processus de sélection pour renforcer l'égalité des chances de ces dernières par la maximisation des possibilités de mobilité sociale. La Cour précise qu'à ce stade, le quota « s'inscrit dans le cadre d'un concept restreint d'égalité des chances »⁷⁵. Ce ne sont pas les postes de travail qui sont réservés aux femmes, mais des places de formation en vue d'obtenir une qualification dans la perspective d'un accès ultérieur à des professions qualifiées dans la fonction publique⁷⁶. Elle relevait encore deux éléments significatifs qui avaient achevé d'emporter sa conviction. Premièrement, la rigidité de la norme litigieuse n'était pas absolue : si, en dépit des mesures appropriées afin d'attirer l'attention des femmes sur les places de formation disponibles, le nombre de candidatures féminines s'avérait insuffisant, la législation en cause prévoyait que plus de la moitié de ces places pourrait, à l'évidence, être occupée par des hommes⁷⁷. Deuxièmement, aucun candidat masculin n'était définitivement exclu d'une formation, dès lors que l'État ne détient pas de monopole en ce domaine et que rien ne s'oppose à ce que les hommes puissent bénéficier de pareil cursus dans le secteur privé. Ce raisonnement, identique à celui prévalant dans l'affaire *Lommers*, n'est pas anodin⁷⁸ : il témoigne de l'intérêt constant de la Cour à ce qu'une action positive ne porte pas disproportionnellement atteinte aux droits et libertés des individus non bénéficiaires. Enfin, toujours dans l'objectif de renforcer l'égalité des chances entre les sexes pour l'accès à l'emploi, l'arrêt *Badeck* juge conforme au droit communautaire la garantie expresse pour les femmes qualifiées remplissant toutes les conditions requises ou prévues, d'être convoquées à des entretiens d'embauche dans les secteurs au sein desquels elles sont sous-représentées. L'entretien d'embauche étant considéré comme une chance pour les candidates de faire valoir leurs qualités singulières, non formalisables dans l'outil institutionnalisé du diplôme...⁷⁹

Enfin, l'arrêt *Abrahamsson* (2000), dernier du quintet, confirme que l'ordre juridique européen ne conçoit l'action positive dans l'emploi que dans un cadre strictement « méritocratique » : aucune personne dans le *pool* de

candidat n'aura de meilleures qualifications que celles de la personne embauchée. L'université suédoise de Göteborg avait en effet tenté d'introduire une embauche prioritaire au bénéfice des femmes qui pouvaient faire valoir une qualification suffisante pour le poste de professeur à pourvoir, estimant que l'atteinte d'une égalité réelle entre hommes et femmes nécessitait des efforts particuliers. Outre l'absence de « clause d'ouverture », la Cour de justice des Communautés européennes reprocha à ce dispositif sa démesure : la volonté de compenser le désavantage subi par les femmes porterait ici atteinte de manière disproportionnée aux droits des candidats masculins. L'arrêt *Abrahamsson* rappelle par là que le seuil formel de qualification égale doit incontestablement être rencontré, avant d'utiliser le genre comme base de décision finale⁸⁰. Le mérite est donc apprécié, par la Cour, dans sa dimension « relative » (auront un égal titre à faire valoir pour le poste à pourvoir seuls ceux qui ont les meilleures qualifications, en comparaison avec celles des autres) et non absolue (aurait un titre équivalent à faire valoir pour le poste tous ceux qui possèdent les qualifications nécessaires et suffisantes pour l'emploi convoité)^{81/82}.

17. Pour compléter ce panel jurisprudentiel, il est intéressant de mentionner l'unique décision de la Cour de l'Association européenne de libre échange (AELE/EFTA) en matière d'action positive au bénéfice des femmes dans l'emploi⁸³. Cette affaire introduite par la « Surveillance Authority » de l'AELE contre le Royaume de Norvège précise en effet, à l'instar des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, l'interprétation à conférer à la directive 76/207 en matière d'égalité entre hommes et femmes⁸⁴. Elle concerne un cas de figure rencontré qu'incidence par la CJCE : la conformité à la directive 76/207 d'une législation nationale réservant

⁸⁰ Voir point 53 de la décision.

⁸¹ Cette distinction entre mérite absolu et relatif est empruntée à G. Calvès. Voy. G. Calvès, *La discrimination positive*, Puf, Collec. Que sais-je, 2004, p.127.

⁸² Il faut admettre que la tendance actuelle à l'acquisition toujours accrue de compétences augmente le « risque » que de nombreuses personnes postulent à un emploi pour lequel elles sont « surqualifiées ». Peut-être devrions-nous estimer que la Cour va au-delà de la logique méritocratique, pour investir ce que nous pourrions qualifier d'être « post-méritocratique » : les qualifications requises pour tel emploi ne suffiraient plus pour pouvoir véritablement y prétendre, car au nom d'une certaine idée de l'égalité, on écarte ceux qui ont des qualifications suffisantes, mais inférieures à leurs concurrents.

⁸³ EFTA Court, 24 janvier 2003, *EFTA Surveillance Authority c./ The Kingdom of Norway*, Case E-1/02.

⁸⁴ Conformément au point 18 de l'« Annexe XVIII to the EEA (European Economic Area) Agreement », la directive 76/207 fait partie intégrante du droit de l'EEA. En outre, l'article 6 EEA et l'article 3(2) du « Surveillance and Court Agreement » ajoute que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes fait autorité auprès de la Cour de l'Association européenne de libre échange lorsqu'il s'agit d'interpréter la directive 76/207.

⁷⁴ En l'espèce, il s'agissait de l'octroi aux femmes d'au moins la moitié des places de formation organisée par le secteur public (voy. article 7 de la HGIG).

⁷⁵ Qui correspond à ce que nous avons qualifié *supra* d'égalité formelle des chances.

⁷⁶ Voy. points 52 et 60 de l'arrêt *Badeck*.

⁷⁷ Voy. § 51.

⁷⁸ Dans *Lommers*, la Cour soutient une vision de l'égalité substantielle en « autorisant » une structure d'accueil des enfants subsidiée par l'employeur et prioritairement ouverte aux femmes employées.

⁷⁹ Il faut toutefois se garder d'idéaliser l'entretien d'embauche qui est parfois le lieu d'expression de tous les préjugés, ceux notamment attachés au physique (dés)avantageux de la personne, à son aisance ou à son accent étranger...

strictement un nombre de postes académiques - permanents ou temporaires - à la destination exclusive des femmes.⁸⁵

A l'appui de sa législation litigieuse, le gouvernement norvégien affirme que le « quota réservé » consistait en un nombre si limité de postes académiques qu'il n'y avait pas d'atteinte disproportionnée au droit à l'égalité de traitement des candidats masculins : « there is otherwise ample opportunity to take special account of male applicants ».⁸⁶ Il prétend ensuite qu'à la différence de la mesure en cause dans l'affaire *Abrahamsson*, le dispositif en l'espèce était « at least neutral as regards quality and not involving the adverse effect of a rejection on a researcher's reputation ».⁸⁷ En parfaite cohérence avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour de l'AELE jugea toutefois la législation norvégienne contraire à la directive 76/207 par son défaut de flexibilité (points 54 et 59) : en stipulant qu'un pourcentage fixe de contrats de travail devait être attribué aux femmes, la norme en cause empêchait une évaluation objective et comparative de tous les travailleurs concernés pour chaque poste vacant et était, par conséquent, contraire à la logique de la directive. La Cour estima également que ce dispositif ne garantissait pas le respect du principe selon lequel le meilleur candidat parmi les postulants devait pouvoir obtenir le poste ouvert. En effet, dans une réponse à une question soulevée par la Cour, la Norvège avait finalement admis qu'on ne pouvait exclure qu'un poste soit octroyé à une femme ne présentant pas exactement les qualités attendues si l'Université était confrontée à une carence de candidates qualifiées (point 45).

18. Quelle synthèse dresser de ces arrêts ? Peut-on prétendre que l'action positive ainsi circonscrite offre une réelle égalité des chances face à l'embauche ? (2.) Porte-t-elle atteinte aux droits et à la dignité des non bénéficiaires ? (3.)

2. Réalisation d'une égalité réelle des chances ? La poursuite de la dignité des bénéficiaires

19. Il y a à la fois rupture et continuité entre l'arrêt *Kalanke* et ses successeurs. Rupture parce qu'entre le premier et les suivants, on relève une transition heureuse. La jurisprudence *Kalanke* accordait une incontestable primauté au principe d'égalité formelle, entendue comme libérale, symétrique et « individuelle ».⁸⁸ On peut considérer que l'approche symétrique de l'égalité repose sur trois propositions de base. Premièrement, la justice est caractérisée dans ce cadre comme un concept *a priori* formé indépendamment des contextes historiques et politiques, et non affecté par la distribution réelle des désavantages dans la société. Deuxièmement, la justice est individuel-centrée et, en ce sens, présente deux dimensions : la récompense doit être octroyée selon les mérites individuels et les désavantages infligés selon la faute commise. Or, l'action positive irait à l'encontre de ces deux principes. Troisièmement, le rôle de l'Etat doit être neutre : il doit intervenir aussi peu que possible dans le libre marché.⁸⁹ Les arrêts *Marschall*, *Badeck* et *Abrahamsson* appréhendent ce principe de l'égalité formelle, de façon plus convaincante, par sa complémentarité avec l'égalité substantielle, dites asymétrique et de groupe, plus conforme au droit international.⁹⁰ L'approche asymétrique aura une incidence sur l'évaluation de l'atteinte aux droits de tiers (voy. *infra*).

Continuité ensuite, parce que la jurisprudence européenne n'admet l'action positive dans l'emploi que si elle se limite à assurer une *égalité des chances*, et non de résultats, entre tous les candidats. La constance de ce paradigme dominant ne signifie toutefois pas que son contenu soit demeuré inchangé : conséquence logique du constat précédent, la Cour après l'arrêt *Kalanke* élargit le spectre des mesures utiles pour garantir une égalité réelle des chances entre postulants.

⁸⁵ Pour l'Avocat Général dans l'affaire *Kalanke*, « une mesure expressément destinée à un seul sexe ne sera pas proportionnée, au regard de l'objectif d'éliminer les inégalités spécifiques qui affectent les femmes dans la pratique et de promouvoir l'égalité des chances, si une mesure neutre, ouverte aux deux sexes, permet d'atteindre le même résultat » (voy. points 42 et 43 de ses conclusions).

⁸⁶ Voy. à ce sujet S. Fredman, « Reversing Discrimination », *The Law Quarterly Review*, 1997, pp.575-600.

⁸⁹ M. Bell and L. Waddington (2003), « Reflecting on inequalities in European equality law », *European Law review*, Vol. 28 pp. 349-369. Ainsi, le Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes plaide pour une lecture asymétrique de l'égalité. Voy. sa 5^{ème} Recommandation, 43^{ème} session, Supplément n°38 (A/43/38), at. 109 : approche selon laquelle les mesures destinées à inclure les groupes exclus doivent être jugées différemment que les mesures destinées à exclure ces personnes. Cette légère asymétrie de l'égalité substantielle est admissible parce que la souffrance subie par les membres de la majorité ne serait pas exactement comparable à celle subie par ceux de la minorité.

⁸⁵ Voy. l'article 30(3) Norwegian Act n° 22 du 12 mai 1995 relating to Universities and Colleges : « The appointing body advertises academic posts. A member of the Department's Steering Committee or of the Appointments Committee can however always request the Board to advertise the post itself. If one sex is clearly under-represented in the category of post in the subject area in question, applications from members of that sex shall be specifically invited. Importance shall be attached to considerations of equality when the appointment is made. The Board can decide that a post shall be advertised as only open to members of the underrepresented sex. »

⁸⁶ Point 32, EFTA Court, 24 janvier 2003, Case E-1/02, EFTA Surveillance Authority c./ The Kingdom of Norway.

⁸⁷ Point 33, *op cit*.

20. La Cour admet progressivement que le groupe d'appartenance d'un individu - et donc la place occupée dans les structures (héritage social et historique) - détermine le fonctionnement économique de ce dernier : fonctionnement qui dépend non seulement des aptitudes d'une personne mais aussi des opportunités réelles d'exercer et de développer ses capacités. Contrairement à ce qui était prétendu dans l'arrêt *Kalanke*, elle reconnaît qu'il n'existe pas de correspondance simple et mécanique entre qualité du niveau d'éducation et mobilité dans le marché du travail : malgré des *profils professionnels équivalents*, les candidats masculins « ont tendance à être promus de préférence aux candidats féminins du fait, notamment, de certains préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active et de la crainte, par exemple, que les femmes interrompent plus fréquemment leur carrière, que, en raison des tâches ménagères et familiales, elles organisent leur temps de travail de façon moins souple ou qu'elles soient plus fréquemment absentes en raison des grossesses, des naissances et des périodes d'allaitement »⁹¹.

Les actions positives se bornant à intervenir sur l'orientation et la formation professionnelles des femmes, voire sur la répartition des responsabilités professionnelles et familiales, ne viendront pas à bout du « cloisonnement sexué » des marchés de travail⁹². Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Badeck*, l'avocat général Saggio relevait que les actions positives au bénéfice des femmes ne doivent pas seulement « assurer une égalité de chances au départ en créant les conditions qui leur permettent d'être d'abord candidates pour tout emploi », mais bien « permettre aussi leur insertion sociale en leur assurant une préférence effective dans les recrutements et dans les promotions ».⁹³ La Cour accepte par conséquent qu'à qualification équivalente, une embauche prioritaire soit établie au bénéfice des membres d'un groupe précarisé sur le marché du travail, là où une inégalité manifeste de représentation est constatée. Une égalité des chances qui conduise véritablement à la réalisation d'un résultat, sans toutefois que ce dernier ne puisse être strictement prédéfini : ce serait en effet franchir une frontière qui priverait l'action positive de sa licéité.

21. Mais dans les limites fixées par la CJCE, l'« action positive » remplit-elle véritablement la promesse de l'égalité réelle des chances ?

Les représentations sociales insidieuses et excluantes, agissant au moment de l'embauche, ont un rôle déterminant qu'il est effectivement délicat de déjouer. Or la certitude de nombreux agents économiques dans leur capacité à respecter strictement une logique méritocratique est à l'origine de vives critiques au sujet de la *discrimination positive*. Ils affirment que leur rationalité économique, rendue plus aiguë encore dans un contexte hautement

concurrentiel, les conduit toujours à embaucher les personnes objectivement les plus compétentes, au mépris donc de toute considération discriminatoire ; et qu'en conséquence, la sous-représentation de groupes précarisés dans certains secteurs d'emploi n'est imputable qu'au déficit de ces derniers dans les compétences acquises. La question des inégalités devrait, selon eux, exclusivement se résoudre en dehors du marché de l'emploi, en amont ; et les *mesures positives* se limiter à perfectionner la formation. Toute inflexion du libre jeu de la compétition sociale entre acteurs sociaux ou agents économiques individuels constituerait une menace de rigidification, puis de sclérose du marché. Pourtant, nous venons de le souligner et c'est un truisme : les inégalités dans l'emploi sont profondément enracinées dans les structures sociales d'une société. Si elles peuvent être la résultante de l'incapacité des citoyens individuels à acquérir les aptitudes nécessaires, elles sont tout autant le produit de normes coutumières - non questionnées - d'évaluation des candidats à l'heure du recrutement⁹⁴.

La rationalité des employeurs ne leur permet en effet pas si aisément de dissocier l'appréciation « objective » des compétences (à partir des qualifications, expérience, etc.) des croyances sociales sur la productivité réelle des candidats à l'emploi : les unes et les autres sont trop profondément intriquées, la connaissance d'une compétence ne s'approximant qu'à travers la mobilisation de croyances. La compétence d'un futur travailleur, n'étant pas *a priori* parfaitement mesurable, est anticipée par des informations qui seront, « conventionnellement », reliées aux caractéristiques personnelles saillantes des individus possédant un diplôme équivalent : l'âge avancé indiquerait une productivité déclinante, le sexe féminin un investissement modéré dans l'emploi, l'obésité une carence de volonté, et l'origine ethnique l'acquisition moins fiable de compétence voire un manque « garanti » de sens de la ponctualité ou de l'organisation. Nombreux employeurs exercent ce processus cognitif afin de « réduire » les incertitudes inhérentes de l'embauche : ils déploient leurs actions individuelles sur un arrière-fond informationnel, des « croyances dogmatiques et catégorielles » qui biaisent, souvent inconsciemment, toutes leurs perceptions. En d'autres termes, il ne suffit pas d'être bien intentionné pour être capable de distinguer entre l'information valide et l'invalidité, et il est généralement difficile pour le décideur de pouvoir identifier les raisons exactes qui l'ont conduit à préférer tel ou tel candidat. S'efforçant d'être parfaitement rationnels, ils reproduisent en réalité les discriminations systémiques... Les perceptions et jugements négatifs et erronés à l'égard des aptitudes de tels individus, en leur qualité de membre de tel groupe, sont à la source du désavantage qu'ils subissent sur le marché de l'emploi. Face à ce phénomène, la *discrimination positive* devient

⁹¹ Voy. point 29 de l'arrêt *Marschall*.

⁹² Voy. point 16 de l'arrêt *Marschall*.

⁹³ Point 27 des conclusions présentées le 10 juin 1999 précédant l'arrêt *Badeck*.

⁹⁴ Une étude de l'Observatoire des discriminations français, publiée en mai 2004, a confirmé ce constat. Réalisée à l'aide de curriculum vitae anonymes, elle a révélé que, à compétences égales, seuls 5 % des recruteurs avaient retenu un candidat d'origine maghrébine en vue d'un entretien d'embauche, contre 30 % pour le candidat « standard blanc de peau ». Voy. « Les résultats du testing réalisé en 2004 », sur le site de l'Observatoire des discriminations positives de l'université de Paris I.

un « projet de reconstruction de la réalité sociale » destiné à stimuler la révision des *représentations partagées*^{95,96}.

Cette analyse renforce la légitimité de la priorité d'embauche réservée aux femmes, aux membres des minorités ethniques ou encore aux personnes handicapées, lorsque des critères objectifs de qualification égale ne suffisent pas à départager entre eux. Le mécanisme de priorité « flexible » contribue à institutionnaliser des procédures d'évaluation plus équitables à chaque étape du processus, en l'absence desquels les préjugés l'emporteraient.

Mais plus encore, avant d'orienter l'employeur sur les catégories de personnes qui disposeraient ou non des qualités utiles pour l'emploi vacant, les représentations mentales influencent leur manière de percevoir ce qui ferait un bon médecin ou un professeur de qualité. Des conceptions concurrentes existent bien entendu à ce sujet : pour certains le « bon médecin » sera celui dont les incontestables qualités humaines le conduisent à prendre le temps avec ses patients ; pour d'autres, le « bon médecin » sera le médecin efficace qui reçoit un nombre considérable de personnes sur une journée. Les « mérites » ne sont nullement des attributs strictement individuels et figés puisqu'ils sont produits, transmis et assignés socialement. Ainsi, il faut apprécier la loi allemande en cause dans l'affaire *Badeck* en ce qu'elle n'exigeait pas strictement une égalité de qualification (qui est pour partie une fiction) entre candidats de sexe opposé pour que l'obligation de priorité d'embauche s'applique au bénéfice du sexe sous-représenté. Le système instituait un mécanisme destiné à faciliter l'insertion et la carrière des femmes en leur permettant notamment de ne pas être pénalisées par le travail accompli au sein de la cellule familiale : l'article 10, paragraphes 1 à 3 de la HGIG prévoyait ainsi qu'« il y a lieu d'apprécier l'aptitude, les qualifications et les capacités professionnelles par rapport aux exigences du poste vacant ou de la fonction à pourvoir » et que, dans cette évaluation,

⁹⁵ D.Sabbagh, *L'égalité par le droit - Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Economica, 2003, p.1-439 ; A. Koppelman, *Antidiscrimination Law and Social Policy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

⁹⁶ Il faut certes être conscient que l'action positive peut modifier le contexte d'insertion des normes dans une direction non souhaitée. Plutôt que de s'estomper, on assisterait à un durcissement des préjugés. Mais à ceux qui craignent que l'action positive ne renforce au contraire la stigmatisation des groupes, J. Elster nous inspire la réflexion suivante (citée par D.Sabbagh, *op cit.*, p. 319-322) : en réalité, la norme anti-discriminatoire classique – invitant par définition à être aveugle à l'appartenance ethnique ou sexuelle d'une personne – est moins à même de produire la « désidentification raciale ou sexuelle » d'une société que l'*affirmative action*, car cet « état de désidentification » ne peut advenir que sous la forme d'un effet secondaire inconscient. La cécité à la couleur ou au sexe d'une personne exigée par la norme anti-discriminatoire classique suppose chez les acteurs sociaux un « état de conscience de l'absence de ces caractéristiques », soit un processus mental de négation interne quasi inaccessible. En revanche, l'*affirmative action* poursuit « l'absence de conscience de X » (négation externe, effet dérivé d'une action qui poursuit un objectif principal autre)...

l'administration doit utiliser des « critères spécifiques d'appréciation » en tenant compte, en premier lieu, « des capacités et de l'expérience acquise dans le cadre des tâches domestiques (...) également (...) pour les tâches familiales effectuées en plus de l'activité professionnelle »^{97,98}.

Les critères « utiles » mobilisés par les employeurs pour « identifier la compétence » pourraient être plus fréquemment questionnés plutôt que d'être d'emblée validés par les acteurs extérieurs. Dès lors qu'ils ne sont pas pleinement objectivables, mais sont partiellement le fruit de représentations sociales, rien ne s'opposerait, en théorie, à ce qu'on leur substitue la prise en considération d'autres « facteurs sociaux » dans le processus de décision : pour ainsi augmenter la participation de groupes marginalisés. Ceci conduirait alors à admettre des « discriminations positives » à des conditions plus larges que celles fixées dans l'ordre juridique européen : dès qu'ils auraient atteint un seuil minimum de compétence exigible pour pouvoir prétendre au poste convoité, les individus de catégories sous-représentées pourraient bénéficier d'une embauche prioritaire même s'ils semblent, selon la perception du recruteur, avoir des compétences inférieures à d'autres candidats. C'est peut-être à ce prix que serait atteinte une réelle égalité des chances pour les membres des groupes stigmatisés... mais que la Cour serait tentée de sanctionner pour atteinte disproportionnée aux droits des tiers.

3. Atteinte aux droits des tiers ? Le respect de la dignité des non bénéficiaires

22. La question nodale de l'atteinte au droit à l'égalité de traitement des non bénéficiaires, et donc de leur dignité, doit à présent être analysée : le droit fondamental de chaque individu à ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur un motif prohibé de distinction (tel le sexe, l'origine ethnique,...) doit-il céder le pas devant les droits d'un groupe désavantagé afin de compenser les discriminations subies par celui-ci dans le passé ?⁹⁹ Dans le cadre de l'affaire *Badeck*, l'avocat général Saggio avait indiqué que les situations de conflit réel entre mesure positive - en faveur d'un groupe spécifique - et principe général de non-discrimination se présentaient essentiellement dans deux hypothèses : « lorsque la mesure de correction, c'est-à-dire l'action positive, (...), est une mesure arbitraire dans son contenu, c'est-à-dire qu'elle affecte de façon excessive le droit des personnes qui n'appartiennent pas au groupe auquel elle est destinée, ou lorsqu'elle est hors de proportion par rapport aux exigences réelles du groupe

⁹⁷ Voy. l'arrêt *Badeck*.

⁹⁸ Voy. dans le même sens : P. Gynter, « On the doctrine of systemic discrimination and its usability in the field of education », *International Journal on Minority and Group Rights*, 10, 2003, p.53 : « Especially important in any field of minority education is to ensure that anti-discriminatory practice skills and ethnic sensitivity skills are considered as part of professional competency. Professional competence versus incompetence may be different from majority to minority point of view ».

⁹⁹ Ainsi avait formulé la question l'AG Tesaro dans l'affaire *Kalanke*.

désavantagé, c'est-à-dire lorsque la réalité sociale ne justifie pas l'adoption de l'instrument correctif »¹⁰⁰.

23. Plusieurs balises, fixées par la jurisprudence de la Cour, préviennent les atteintes disproportionnées aux droits des tiers par l'action positive dans son acceptation actuelle. Premièrement, tous les (candidats) travailleurs doivent pouvoir concourir pour chaque place disponible. Deuxièmement, c'est uniquement en présence de plusieurs candidats jugés également aptes en terme de capacité professionnelle (le mérite demeure le critère de caractère prioritaire) que le critère du sexe (« critère de sélection de caractère secondaire ») peut s'appliquer pour sélectionner l'un d'entre eux. Ensuite, cette préférence est temporaire puisqu'elle disparaît dès que le groupe qui en est titulaire est adéquatement représenté. Enfin, le dispositif de d'action positive, pour être licite, doit prévoir la possibilité de renverser la présomption établie en faveur de la femme. Une appréciation objective (pour autant que cela soit possible), approfondie et individualisée du profil professionnel et personnel de tous les candidats ne doit jamais cesser d'être menée par le recruteur. Cette « clause d'ouverture » revêt, dans le cadre de cette étude, une portée centrale : bien qu'elle présente des zones vagues et une justiciabilité délicate (voy. *infra*), elle n'en illustre pas moins une tentative intéressante de réconciliation entre revendications parfois concurrentes de justice interindividuelle et d'égalité participation des groupes.

L'imposition de cette clause pourrait offrir un avantage de taille : une propension à contrer la critique qualifiée de « théorie des deux classes » souvent formulée à l'égard de l'action positive. Cette théorie désigne le constat selon lequel ce sont les membres les moins démunis du groupe au bénéfice duquel l'action positive a été établie qui jouissent de cette dernière, accélérant l'exclusion des plus déshérités d'entre eux formant une minorité dans la minorité. Parallèlement, il a souvent été observé (notamment aux États-Unis) que l'action positive profitait aux femmes ou aux Noirs socio-économiquement bien dotés au détriment des hommes ou des Blancs de bas niveau socio-économique. En d'autres termes, il est parfois reproché à certaines formes d'action positive de provoquer la création de nouveaux groupes précarisés, par la marginalisation d'une minorité défavorisée constituée au sein du groupe majoritaire (qui, à l'évidence, n'est pas socio-économiquement homogène) : les mesures préférentielles entraîneraient alors un déplacement de la charge sociale d'un groupe à l'autre¹⁰¹. Éviter ce

¹⁰⁰ Il ajoutait, au § 29, qu'il s'ensuit que l'appréciation relative à sa licéité devra tenir compte non seulement du résultat effectif de l'action, c'est-à-dire des positions subjectives acquises par le groupe destinataire de la mesure, mais aussi du contenu spécifique de la mesure adoptée en fonction de la nécessité réelle de cette même mesure : cette appréciation implique, comme l'a suggéré à juste titre le gouvernement néerlandais, l'examen de la proportionnalité entre la situation effective du groupe, destinataire de l'action, et les effets de celle-ci.

¹⁰¹ Voy. Rapport du 17 juin 2002 (Rapport de M. Bossuyt), "Action positive et application pratique, sous commission de la promotion et la protection des droits de

résultat illégitime nécessite une conception plus individualisée de l'action positive, qui permette de renforcer les chances d'un individu en fonction de ses besoins individuels et non exclusivement en raison de son appartenance à un groupe¹⁰². La Cour suprême indienne a ainsi intégré un « *creamy layer test* », à la suite duquel l'appartenance à un groupe crée une présomption d'éligibilité à l'*affirmative action*, présomption qu'une procédure individualisée d'examen des candidatures selon les « nécessités » des postulants confirmera ou non¹⁰³.

Est-ce la voie vers laquelle se dirige la Cour de justice des Communautés européennes ?

En l'absence de lignes de conduites à ce sujet, il n'est pas évident de déterminer ce qui peut être inclus en pratique dans la « clause d'ouverture ». Invoquer son âge, son ancienneté ou son statut de soutien de famille, pour renverser la présomption favorable à la femme, pourrait conduire à réintroduire des critères excluant ou de discrimination indirecte¹⁰⁴. Et la perspective de l'adoption d'actions positives au bénéfice d'autres groupes que les femmes rend l'application de cette clause encore plus délicate. En pratique, nombreux individus pourraient se réclamer de l'appartenance à au moins un groupe identifié. Quelle devient alors l'étendue des critères qu'un homme pourrait invoquer pour inverser la préférence accordée *a priori* aux femmes ? Des charges familiales importantes supportées par un seul salaire,

l'homme". Voy. également L.A. Graglia, « *Grutter and Gratz. Race Preference to Increase Racial Representation Held « Patently Unconstitutional » Unless Done Subtly Enough in the Name of Pursuing Diversity* », *Tulane Law Rev.*, vol. 78, 2004, pp. 2037 et s. L'auteur déclare qu'il est illusoire de penser que les *affirmative action* aux États-Unis profitent aux désavantagés : en réalité, elles profiteraient à la classe noire moyenne ou supérieure, et désavantageraient les Blancs socio-économiquement moins avantagés mais parfois plus qualifiés...

¹⁰² Voy. § 111 du Rapport de M. Bossuyt, *op cit.* : « il est indéfendable d'octroyer des avantages sociaux à des personnes, au nom du fait qu'elles appartiennent à un groupe social traditionnellement défavorisé, alors qu'*in concreto* elles n'en ont pas besoin, pendant qu'un refus serait opposé aux personnes nécessiteuses et du fait qu'elles appartiennent à une catégorie sociale jugée jusqu'à ce jour plus favorisée ». En conséquence, M. Bossuyt précise qu'« il est clair que la sélection et la définition des groupes cibles visés par des programmes d'action positive posent un problème majeur. Il est donc important de ne pas fonder l'action positive uniquement sur l'appartenance à un groupe mais de prendre en compte d'autres facteurs tels que des facteurs socioéconomiques pour s'assurer que quelqu'un répond aux conditions requises pour bénéficier des mesures d'action positive. Cela implique une conception plus individualisée de l'action positive, qui permette de donner des chances à un individu en fonction de ses besoins individuels et pas uniquement en raison de son appartenance à un groupe ».

¹⁰³ Voy. notamment *Indira Sawhney v. Union of India*, AIR 1993 SC 447.

¹⁰⁴ S. Fredman, « *Affirmative Action and the European Court of Justice : a critical analysis* », in J. Shaw, *Social Law and Policy in an evolving European Union*, 2000, pp. 179 et s.

un handicap, son homosexualité, son origine ethnique ?¹⁰⁵ Qui se verra octroyé l'emploi entre une femme d'origine étrangère et un homme souffrant d'un handicap lorsqu'ils jouissent tous deux de compétences égales ?... Procèdera-t-on à l'établissement d'une hiérarchie « générale » entre les groupes d'appartenance en concurrence (en fonction du fait que certains groupes seraient économiquement moins précarisés que d'autres) ou seulement à une fine pesée *in concreto* des intérêts singuliers en présence ?¹⁰⁶ Ces délicates questions d'opérationnalité demeurent actuellement sans réponse. Ce sont les limites de la praticabilité d'un ciblage toujours plus précis qui sont en jeu : le « mirage » de l'égalité réelle réclamant une analyse au plus près des situations, besoins et intérêts particuliers. Face au nombre potentiellement infini de distinctions autorisées, le défi consistera à chercher sans cesse l'équilibre entre une « logique de compensation en fonction des situations individuelles » et la « logique de la clarté et de la sécurité juridique ».

24. Un autre aspect relatif à la compatibilité entre l'action positive et le respect des droits des non bénéficiaires doit encore être clarifié. Certes, l'action positive met en exergue une tension inhérente à la rareté du bien social qu'est le travail. Elle émerge dans un contexte caractérisé par une surabondance fréquente de personnes qualifiées pour une seule place et par une pénurie de critères de sélection rationnels pour départager entre elles. Il y aura toujours des « exclus » du marché tant qu'il sera traversé par un sous-emploi structurel et une inadéquation significative entre offre et demande de travail. Sauf à être choisi, l'état de marginalisation – et donc le sentiment d'indignité – des individus non-sélectionnés est inévitable, mais sans relation causale directe avec les dispositifs de l'action positive (tout « avantage » conçu en faveur des minorités est reçu comme impliquant – bien que n'établissant pas – un désavantage pour la majorité)¹⁰⁷ : ceux-ci présentent, au contraire, le mérite d'introduire un critère de recrutement subsidiaire fondé sur la justice inter-groupe plutôt que d'abandonner la décision finale à l'« arbitraire » de l'employeur. L'action positive, telle que précédemment décrite, se borne à augmenter l'intensité de la compétition puisqu'elle rend concurrentiels des individus qui auparavant ne l'étaient pas : l'anxiété qui découle de cet élargissement des bases de recrutement est principalement à l'origine de l'aversion de certains pour l'action positive. Le ressentiment d'injustice dans le chef des personnes du groupe majoritaire, écartées injustement, doit être contrebalancé par le celui des groupes minoritaires qui

continuent à souffrir disproportionnellement de tous processus de sélection. Pour limiter ce ressentiment d'injustice individuel, il convient néanmoins d'éviter les exclusions irréversibles. Or, c'est à une telle irréversibilité qu'on aboutirait si les critères « indisponibles et inamovibles » tels que la race, le sexe,...deviennent irréfragablement décisifs dans la distribution des places. Une fois encore, la « clause d'ouverture » imposée par la jurisprudence européenne permet de contourner cet écueil.

25. Nous évoquerons encore deux ultimes éléments mis à jour par la jurisprudence de la Cour suprême américaine.

Premièrement, l'évaluation de l'atteinte aux droits des tiers pourrait dépendre de la nature du droit en jeu : Justice Powell, dans l'arrêt *Memphis Firefighters v. Stotts* relatif à une politique préférentielle au stade du licenciement, déclarait que la perte d'un emploi était trop sérieuse pour autoriser que l'intérêt d'un individu soit subordonné à d'autres objectifs collectifs. L'action positive fut donc invalidée par la Cour, l'atteinte aux droits des tiers étant jugée trop importante¹⁰⁸.

Le second élément revient sur le ressentiment d'injustice individuel et d'atteinte à la dignité personnelle. Ainsi, par exemple, peut-on raisonnablement assimiler les programmes qui excluent les Noirs d'une Ecole de droit de l'Université du Texas sur base de la race (*Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950) et les dispositifs d'*affirmative action* qui excluent les Blancs de l'Ecole de Droit de l'Université de Washington (voy. *DeFurnis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)) ? Certains affirmeront que les deux cas sont semblables : il s'agit de refuser l'admission d'un candidat, pourtant qualifié, pour cause de sa race ; conséquence de cette relation d'équivalence, le programme de l'Université de Washington devrait être condamné par la Cour avec la même sévérité que dans l'affaire *Sweatt*. Or, pareil raisonnement fait fi de d'une variable essentielle : le Texas a pour objectif de perpétuer la ségrégation (moyennant une distinction « maligne » entre les races), alors que l'Etat de Washington recherche son élimination et poursuit l'intégration (nécessitant une distinction « bénigne » entre les races)¹⁰⁹. On ne peut

¹⁰⁵ Ou toutes autres variables reprises dans l'article 13, qui désignent des groupes potentiellement discriminés sur le marché.

¹⁰⁶ Voy. J.-F. Flauss, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoirs et libertés*, Mélanges Jacques Mourgeon, Bruylant, 1998, p.425.

¹⁰⁷ Les candidats sont parfois en défaut d'établir une relation causale entre leur rejet et la classification raciale, sexuelle ou autre. Rien ne permet de constater que, sans pareille classification, les candidats infortunés auraient été retenus.

¹⁰⁸ Voy. *Memphis Firefighters v. Stotts*, 104 S.Ct. 2576 (1984). Dans le même sens, voy. *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986) où il est jugé que le fait de se voir privé de la perspective d'un emploi futur ne constitue pas (pour la personne pénalisée) un bouleversement aussi grave que la perte d'un emploi existant.

¹⁰⁹ L'arrêt *Wygant*, notamment, évoque cette différence entre « distinction maligne et bénigne » entre les races : l'effet, sur les tiers, des préférences engendrées par une politique d'*affirmative action* « is not based on any lack of respect for their race, or on blind habit and stereotype » (at. 1870). Justice Stevens dans l'arrêt *Adarand* (*Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 227 (1995)) déclare à son tour que : « there is no moral or constitutional equivalence between a policy that is designed to perpetuate a caste system and one that seeks to eradicate racial subordination » (at p.46). Voy. également R. Dworkin, *A matter of principle*, p.314 : « The difference between a general racial classification that causes further disadvantage to those who have

soutenir, dans le second arrêt, que la mise à l'écart entretient la stigmatisation des personnes jugées racialement inférieures, tandis que dans le premier, ce dommage à la dignité est sans aucun doute causé.

26. Enfin, la question de la compatibilité de l'action positive avec la dignité de tous (bénéficiaires et non bénéficiaires) nous conduit naturellement à approfondir les justifications qui sont généralement accolées à ce dispositif. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Kalanke*, l'avocat général Tesauro avait affirmé que le modèle de l'action positive « conçue comme remède aux effets, qui perdurent, de discriminations historiques » était aujourd'hui dominant : cette justification « compensatoire »¹¹⁰ avait pour conséquence de légitimer des traitements préférentiels en faveur des catégories désavantagées, en particulier par des systèmes de *quotas* et de *goals*. Soit « les deux systèmes par lesquels les États-Unis ont poursuivi, depuis les années 60, l'objectif d'éliminer les inégalités de fait », ajoutait-il¹¹¹. La simple constatation d'une discrimination présente qu'il faut combattre suffit toutefois à la CJCE pour légitimer les actions positives, dans une visée « redistributive »¹¹², sans qu'il ne soit nécessaire de prouver la discrimination passée. La Cour suprême américaine est d'ailleurs également revenue sur cette nécessité.

Une référence à la jurisprudence américaine est ici intéressante à un double niveau. D'une part, nous constaterons que les conditions de la licéité de l'*affirmative action* précisées par la Cour suprême américaine sont, contrairement aux mystifications répandues, en certains points similaires à celles de l'action positive européenne. D'autre part, si le caractère compensatoire et distributif de l'action positive semble paradigmatique en Europe, et au Canada, la jurisprudence américaine a mis en exergue d'autres justifications admissibles plus utilitaristes¹¹³. Loin de toute exhaustivité, nous

suffered from prejudice and a classification framed to help them is *morally significant* ».

¹¹⁰ Cet objectif compensatoire a souvent été critiqué, en ce qu'il ne serait pas bien rendu : ce ne sont pas toujours les vraies victimes des discriminations passées qui en bénéficient, et ce ne sont pas les vrais auteurs qui y contribuent. Voy. C. McCrudden, « Rethinking Positive Action », *ILLJ*, XXX, pp.219 et s.

¹¹¹ Note n° (10) dans les Conclusions de Tesauro.

¹¹² Suit l'idée selon laquelle les États ont un devoir, même si cela emporte un coût social significatif, de distribuer les ressources, y compris les emplois, en augmentant les opportunités des groupes sous-représentés.

¹¹³ Dans son Rapport cité *supra*, M. Bossuyt recense comme justifications que les États invoquent pour fonder l'action positive : réparer ou redresser les injustices historiques ; remédier à la discrimination sociale, structurelle ; instaurer la diversité dans l'éducation et l'emploi comme composante nécessaire d'une société juste ; améliorer le bien-être de nombreuses personnes ; prévenir les troubles sociaux ; renforcer l'efficacité du système économique (certains économistes affirment que « le fonctionnement du marché du travail sera optimisé si les imperfections actuelles dues

nous limiterons à exposer quelques arrêts. Nous verrons que les débats sur l'*affirmative action* aux USA sont bien plus complexes que ceux en vigueur au sein de l'UE, car animé de forces contraires : les *affirmative actions* sont prises en tenaille entre la promotion d'une égalité symétrique, et d'une égalité plus substantielle¹¹⁴.

b. Selon la Cour suprême américaine¹¹⁵

1. L'attention portée aux droits des tiers

27. Dans l'arrêt « *United Steel Workers v. Weber* », la Cour suprême aborde, pour la première fois, en 1979, la légalité des *actions affirmatives* en faveur des Noirs dans le domaine de l'emploi et la formation professionnelle¹¹⁶. A travers un accord collectif conclu en février 1974 avec le syndicat d'ouvriers métallurgistes « *United Steel Workers* »¹¹⁷, l'entreprise *Kaiser Aluminium & Chemical Corporation* ambitionnait de compter

à des préjugés irrationnels sont corrigés » (§ 28). Et de citer P.A. Samuelson, *Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1970, pp.780 à 794).

¹¹⁴ S. Fredman, « Reversing Discrimination », *The Law Quarterly Review*, 1997, pp.575-600.

¹¹⁵ Dès la première moitié des années 60 apparaît le terme de l'*affirmative action* aux États-Unis, à travers l'Executive Order 11246 on Equal Employment Opportunity (1964). L'Executive Order 11246 ne peut toutefois pas être considéré comme une manifestation originelle de l'*affirmative action*, car si l'EO parle d'*'affirmative action*', il s'agit en réalité de mesures concrètes que les entreprises qui veulent conclure un marché public avec les autorités publiques doivent pouvoir faire valoir pour démontrer qu'elles ne prennent pas en considération la race dans les critères de recrutement. Il n'est donc nullement question de préférence à l'embauche à l'égard de laquelle régnait une grande prudence tant elle risquait de fragiliser le fondement du Civil Rights Act 1964 qui interdisait toute prise en compte des catégories sociales. Mais le « without regard to race... » a été progressivement interprété comme « with due regard to race », seul à même de garantir une réelle égalité des chances... Ainsi, l'« édification administrative » de l'*affirmative action* remonte aux années 70 : vu la formulation vague de l'EO 11246, l'OFCC (Office of Federal Contract Compliance Programs (service chargé de l'application des programmes de contrats fédéraux)) va l'interpréter largement en demandant aux entreprises employant plus de 50 salariés de remédier à la « sous-utilisation » éventuelle des minorités raciales du bassin d'emploi où est implantée la firme concernée (Order n°4 (1969)). Nous verrons que la jurisprudence américaine n'est ni linéaire, ni globalement cohérente. La Cour suprême américaine a statué sur la licéité des *affirmative actions* organisées dans trois domaines : l'emploi, l'éducation et l'octroi des marchés publics. Nous n'aborderons pas les arrêts prononcés dans le dernier d'entre eux. Sur la jurisprudence américaine, voy. généralement G. Calvès, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis – Le problème de la discrimination positive*, Paris, LGDJ, 1998 ; D. Sabbagh, *L'égalité par le droit*, Paris, Economica, 2003, p.1-439 ; W.W. Van Alstyne, « Affirmative Actions », *The Wayne Law Review*, 2000, vol. n°46, pp.1517 et s.

¹¹⁶ *United Steel Workers v. Weber* 443 U.S. 193 (1979).

¹¹⁷ Tous les employés de la production et de la maintenance y étaient représentés.

désormais, au sein de chacun de ses divers sites d'implantation, un pourcentage d'ouvriers noirs correspondant à la proportion d'habitants noirs dans la population active locale. En 1974 en effet, sur le site de Gramercy (en Louisiane), les Noirs représentaient moins de 2 % des travailleurs manuels (sur environ 273 places) alors qu'ils composaient 39 % de la force de travail du bassin local d'emploi¹¹⁸. L'accord collectif introduisait une *affirmative action* avec objectifs chiffrés dans le temps, prévoyant qu'un travailleur minoritaire serait recruté pour chaque ouvrier blanc qualifié, sauf s'il devait y avoir insuffisamment de travailleurs noirs disponibles, et jusqu'à ce que l'objectif de « juste représentation » soit atteint. Pour assurer les succès de cette politique, et à la lumière du nombre peu élevé de Noirs jouissant des compétences manuelles utiles, l'accord instaurait des nouveaux programmes de formation professionnelle continue « on-the-job » pour lesquels une expérience préalable n'était pas requise¹¹⁹ ; 50 % des places étaient réservées aux travailleurs noirs, même s'ils avaient une ancienneté dans l'entreprise inférieure à celle des concurrents Blancs qui souhaitaient perfectionner leur qualification. En conséquence, l'ouvrier blanc B. Weber s'est vu refusé une place de formation au bénéfice d'un ouvrier noir moins ancien.

Dans une « class action » introduite devant la Cour suprême, Weber posa la question de la conformité de ce programme de formation au Titre VII du Civil Rights Act de 1964 (para. 703 (a) et (d)) consacrant l'égalité de traitement entre les individus dans l'emploi. Renversant les décisions des juridictions inférieures, la Cour suprême jugea l'*affirmative action* légale¹²⁰.

¹¹⁸ Une telle distorsion de pourcentage ne pouvait toutefois être le pur fruit du hasard et l'entreprise Kaiser, de concert avec « Steelworkers Union » craignit qu'il soit à l'origine d'une plainte pour « disparate impact » (l'équivalent de la discrimination indirecte au sein de l'Union européenne) introduite par des candidats noirs.

¹¹⁹ La première méthode pour acquérir une expérience manuelle dans la région de Gramercy était de faire partie des programmes de formation et d'apprentissage organisé par le bâtiment local de l'industrie du commerce : les Noirs n'avaient toutefois pas les mêmes opportunités que les Blancs pour y accéder, les syndicats, dans une attitude protectionniste, ayant historiquement discriminé contre les Noirs en leur niant l'admission aux programmes de formation.

¹²⁰ Il est intéressant de relever l'opinion de la District Court qui avait donné raison à Weber en jugeant que le plan de l'entreprise créait des discriminations contre les individus, contraires au Titre VII du Civil Rights Act. Elle relevait notamment que les Noirs bénéficiant des programmes n'avaient pas subis de discrimination passée, et qu'on ne pouvait nullement reprocher à l'entreprise d'avoir commis préalablement des discriminations, et ce malgré la disparité de pourcentage entre les Noirs aux jobs manuels et les Noirs disponibles dans la force de travail ; la juridiction précisait ainsi que Kaiser avait toujours accompli des efforts pour recruter des Noirs de la Communauté environnante, incluant la publicité dans les périodiques à destination des minorités. Il faudrait donc constater que soit ils furent non-réceptifs aux offres, soit « virtuellement inexistantes ». Le 5^{ème} Circuit confirma cette décision sur le constat selon lequel vu « the absence of prior discrimination, a racial quota loses its character as an equitable remedy and must be barred as an unlawful racial preference ».

Elle précisa d'abord que bien qu'il n'impose pas aux employeurs l'adoption d'*affirmative action*, le Titre VII ne s'oppose pas non plus à de telles actions dans le respect de certaines formes et conditions. En l'espèce, ces dernières avaient été rencontrées. Ainsi, pour être licite, l'*affirmative action* au bénéfice des Noirs ne doit pas entraver indûment les intérêts des Blancs (« do not unnecessarily trammel the interests of whites ») en provoquant, par exemple, le remplacement d'ouvriers blancs par des Noirs ou en bloquant la promotion des premiers. Cette condition avait été jugée satisfaite : les Blancs n'étaient pas exclus des programmes de formation et le mécanisme instauré pour accéder aux emplois disponibles ne consistait pas en un quota rigide. Ensuite, le programme d'*affirmative action* doit être de nature *transitoire*, *temporaire*, avec pour but de corriger un déséquilibre racial manifeste en rétablissant l'égalité au point de départ ; dans cette optique, le programme doit être légitimé par certaines conditions de fait préalables, objectivement constatables, telle une disparité significative entre la composition raciale d'une entreprise et celle de la population active de la localité où elle exerce ses activités. Enfin, l'*affirmative action* est justifiée comme mesure compensatoire destinée à briser les stigmates emportés par la ségrégation raciale et la structure hiérarchique, sans qu'il faille démontrer que l'entreprise concernée se soit elle-même rendue coupable de discrimination dans le passé¹²¹.

28. Les similitudes avec la jurisprudence européenne sont nombreuses.

Un lien plus évident encore peut être tracé entre la logique amorcée dans l'arrêt *Marshall* et celle du célèbre arrêt *Bakke* rendu par la Cour suprême américaine en 1978 alors qu'elle était invitée, pour la première fois, à se prononcer sur la légalité d'une *affirmative action* instaurée au sein d'une université¹²² : les deux décisions s'accordent sur les besoins d'une décision individualisée et sur l'invalidation de préférences automatiques au bénéfice des membres d'un groupe-cible. Pour l'une comme pour l'autre, le sexe ou la race sont respectivement un « facteur auxiliaire » qu'il ne faut pas prioriser de manière absolue.

Bakke était un étudiant blanc qui, non sélectionné bien qu'il avait obtenu de meilleurs résultats aux épreuves d'admission que certains candidats Noirs retenus, estimait avoir été injustement discriminé de la faculté de médecine de Davis de l'Université de Californie : celle-ci avait réservé 16 % des places pour les personnes membres d'une minorité (Noirs, Hispaniques,...), via une procédure spéciale d'admission séparée du concours commun.

¹²¹ Dans l'arrêt *US v. Paradise*, 480 US 149 (1988), la Cour suprême rappelle que des personnes non victimes d'une discrimination passée peuvent également bénéficier d'une *affirmative action* car elles appartiennent à un groupe stigmatisé.

¹²² *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

La Cour suprême¹²³ jugea que ce processus à « double piste » n'était pas autorisé car il empêchait qu'à l'issue des évaluations, chaque individu puisse être comparé avec tous les autres concurrents pour l'ensemble des places disponibles¹²⁴. Au-delà de l'invalidation des quotas rigides litigieux, la Cour rejetait tout système qui renonçait à traiter « *each applicant as an individual in the admissions process* »¹²⁵. Le Juge Powell précisa que les facultés universitaires pouvaient utiliser la race comme un critère de sélection parmi d'autres, en application de programmes d'entrée flexibles prenant en considération l'ensemble des éléments pertinents de chaque candidat pour favoriser la diversité¹²⁶. Cette exigence de flexibilité a été réitérée dans les arrêts subséquents de la Cour suprême¹²⁷.

La Cour marquait par là son opposition aux classifications qui désavantagent des individus ne portant pourtant aucune responsabilité dans les préjudices subis par les bénéficiaires des programmes d'admission spéciaux¹²⁸. Sur ce

¹²³ A travers le Juge Powell qui eut voix prépondérante.

¹²⁴ Par ailleurs, une étude citée par Justice Thomas, dans *Grutter* (voy. *infra*), démontre que, plutôt que de stimuler une excellente éducation à travers la diversité, les places réservées aux Noirs créeraient un sentiment d'injustice et contribueraient à niveler le niveau par le bas. Voy. S. Rothman et al., *Racial diversity reconsidered*, Pub. Int., Spring 2003 at 25, 36.

¹²⁵ Voy. *Bakke*, *op. cit.* at 318.

¹²⁶ Voy. at 317, les propos du Juge Powell en faveur d'« an admissions program (...) flexible enough to consider all pertinent elements of diversity, in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not necessarily according the same weight ». Il poursuivait en affirmant que « the applicant who loses out on the last available seat to another candidate receiving a "plus" on the basis of ethnic background will not have been foreclosed from all consideration for that seat simply because he was not the right color or had the wrong surname. It would mean only that his combined qualifications, which may have included similar non-objective factors, did not outweigh those of the other applicant. » At 318 (*Bakke*).

¹²⁷ Voy. notamment *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987) : la Cour suprême précise la validité du plan d'*affirmative action* (ici dans le secteur public) parce qu'il présente « a moderate, flexible, case-by-case approach to effecting a gradual improvement in the representation of (...) women in the (...) work force » (at. 642). Dans le cas d'espèce, une femme fut promue (elle pouvait l'être même moins qualifiée que l'homme) pour un poste de « road dispatcher » pour lequel aucune des 238 places ouvertes n'était jusqu'alors occupée par une femme.

¹²⁸ Le Juge Powell déclarait : « it is settled beyond questions that the rights...are...guaranteed to the individual. The rights established are personal rights... The guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to an individual of another color ». Il ajoutait encore : « The denial to innocent persons of equal rights and opportunities may outrage those so deprived and therefore may be perceived as invidious. These individuals are likely to find little comfort in the notion that the deprivation they are asked to endure is merely the price of membership in the dominant majority and that its imposition is inspired by the supposedly benign purpose of aiding others ». Voy.

point, le Juge Powell se distingua des juges Brennan, White, Marshall and Blackmun qui, au travers d'une opinion en partie dissidente, avaient estimé que le droit pour une personne de ne pas être désavantagé sur base de sa seule race n'était pas aussi fondamental que le droit de ne pas être stigmatisé comme racialement inférieur¹²⁹. Ils avaient également mentionné que les minorités « discrètes et isolées » n'étaient pas en mesure de protéger leurs propres intérêts face à la tyrannie de la majorité ; et que le processus politique devait donc les y aider. Face à ces derniers arguments, il faut en revanche regretter l'attachement du Juge Powell à une égalité trop symétrique : la recherche d'équivalences subséquentes empêchait la réelle prise en considération du sort spécifique des membres des minorités précarisées. Sur ce point, la jurisprudence européenne est peut-être plus prometteuse en ce qu'elle admet une priorité expresse – bien que flexible car réversible – au bénéfice des membres des groupes fragilisés.

2. Promotion de la diversité : garantie de dignité ?

29. Mais l'arrêt *Bakke* est exemplaire à un autre titre : il semble minimiser les défenses « traditionnelles » de l'*affirmative action*, telle la nécessité de compenser collectivement les discriminations passées, d'enrayer les pratiques discriminatoires présentes, ou encore de réexaminer les notions traditionnelles de mérite et le rôle des universités dans la reproduction des élites. En effet, l'arrêt *Bakke* consacre pour la première fois l'intérêt de prendre la race en considération dans la sélection au nom du paradigme de la diversité¹³⁰, avalisant une sorte de corrélation entre diversité ethno-raciale et richesse intellectuelle : « c'est avant tout dans la « diversité » de la population étudiante que résiderait la substance génératrice de [...] la vitalité intellectuelle qui permet les progrès de la connaissance ».¹³¹ Le juge Powell

également l'arrêt *Adarand* qui affirme qu'il ne peut y avoir une « creditor or debtor race », car ce serait en totale contradiction avec la constitution américaine qui garantit des droits à l'individu, et non au groupe.

¹²⁹ Voy. *Bakke*, *op. cit.* at. 355-359 : « But no fundamental right is involved here. (...) Nor do whites as a class have any of the traditional indicia of suspectness: the class is not saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process ». (...) Voy. également *supra* n°25.

¹³⁰ La notion de diversité pour justifier les préférences raciales dans le contexte de l'enseignement supérieur est en réalité apparue pour la première fois dans l'affaire *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312, 1974). Mais la Cour suprême renonça à se prononcer directement sur cette question, jugeant le requérant dépourvu d'intérêt à agir car il achèverait ses études de droit même si la Cour lui donnait tort.

¹³¹ Des données empiriques récoltées par la Cour semblent démontrer que « a segregated university produces students with weaker cognitive skills, less capacity to work and socialize across racial lines, and a less fully developed ethic of civic obligation and participation. In other words, without racial diversity, the university could not produce the best and the brightest citizens and leader for our democracy ».

enchaînait en affirmant que la diversité est d'une importance primordiale (« of paramount importance ») pour la réalisation des missions éducatives d'une université¹³²; en l'espèce, il considéra également que seul un environnement d'apprentissage socialement, culturellement et ethniquement divers équiperait valablement les médecins destinés à servir une population hétérogène.¹³³ Et plus généralement encore que « *the Nation's future depends upon leaders trained through wide exposure to that robust exchange of ideas which discovers truth 'out of a multitude of tongues...'* ».¹³⁴

30. Vingt-cinq ans plus tard, la Cour suprême fut invitée à se prononcer sur deux programmes d'*affirmative action*, cette fois dans l'Université du Michigan : l'arrêt *Barbara Grutter v. Lee Bollinger et al.* concerne son Ecole de droit, l'arrêt *Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.*, moins riche d'enseignements, son Collège de littérature, de science et des arts¹³⁵.

Un constat préliminaire doit être rappelé, comparable à celui dressé précédemment à propos du marché du travail : chaque année les écoles de droit des universités américaines enregistrent de nombreuses candidatures émanant d'étudiants qualifiés, excédentaires toutefois au regard du nombre places disponibles. En conséquence, une fois classés selon leurs résultats aux tests standardisés, certains candidats mettent en évidence d'autres caractéristiques personnelles telles leur origine géographique, leur statut résidentiel, les compétences de *leadership*, l'expérience professionnelle, ou

¹³² Dans l'arrêt *Grutter (infra)*, la Cour estime qu'il faut réserver une marge de manœuvre importante aux universités pour déterminer la mesure dans laquelle la diversité peut comporter une valeur pédagogique.

¹³³ Voy. at.314 : « Physicians serve a heterogeneous population. An otherwise qualified medical student with a particular background – whether it be ethnic, geographic, culturally advantaged or disadvantaged – may bring to a professional school of medicine experiences, outlooks, and ideas that enrich the training of its student body and better equip its graduates to render with understanding their vital service to humanity ».

¹³⁴ Voy. at.313 et sa référence au First Amendment.

¹³⁵ *Grutter v. Bollinger* (509 U.S. 306, 328 (2003)) et *Gratz v. Bollinger* (539 U.S. 244 (2003)). Cette dernière affaire, que nous n'analyserons pas plus avant, fut introduite par une candidate blanche qui avait postulé au collège de littérature, de science et des arts et en avait été écartée. La Cour a, dans ce cas d'espèce, invalidé le programme d'*affirmative action* qui, « sans fixer de quotas à proprement parler, accordait systématiquement 20 des 100 points nécessaires à l'admission à tous les membres de certaines minorités ethno-raciales, suivant une logique de rationalisation administrative et d'uniformisation des procédures d'autant plus difficilement résistible que le nombre de candidature est élevé ». Voy. D. Sabbagh, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'*affirmative action* dans l'enseignement supérieur », in *Discriminations Positives, Pouvoirs*, Seuil, Paris, n°111, 2004, p.15.

Ces arrêts ont fait l'objet d'une doctrine abondante aux Etats-Unis (voy. références *infra*).

encore leur relation aux *alumni*. Bien que fort peu révélateurs du mérite des candidats ou de leur potentiel, ces facteurs augmentent incontestablement, de manière disproportionnée, le taux d'admission d'étudiants blancs aux dépens des étudiants membres de minorités ethniques¹³⁶. Dans ce contexte, l'Ecole de droit de l'Université du Michigan a jugé légitime de considérer, parmi d'autres, le critère de la « race » afin d'augmenter la diversité étudiante. En soutenant qu'elle n'y accordait pas d'importance démesurée : le même nombre de points était alloué aux membres des minorités ethniques qu'aux athlètes ou aux personnes socio-économiquement défavorisées.

31. La Cour suprême a validé l'*affirmative action* de l'Ecole de droit de l'Université du Michigan, en concluant que la recherche de diversité à son fondement était un « *compelling state interest* »¹³⁷. Elle confirma son rejet des quotas raciaux ou autres programmes qui échouent à fournir une « *individualized consideration* » des candidatures concurrentes. Le paradigme de la diversité reçoit toutefois une signification étendue par rapport à l'arrêt *Bakke*. Sans qu'il n'apparaisse avec clarté si la Cour rattache plus nettement qu'auparavant la diversité à l'idée d'égalité ; ou si, au contraire, elle ne fait de la promotion de la mixité raciale qu'un moyen pour d'autres fins, détachées du droit individuel à « l'égalité des chances ».

32. En effet, d'une part, la Cour avance que la diversité favoriserait la compréhension et la communication entre les races¹³⁸. La diversité raciale n'est pas seule mise à l'honneur par la Cour : elle invite à la diversité géographique, culturelle, de religions, de langages, de capacités, d'expériences de vie et de points de vue¹³⁹. Dans un environnement de valeurs et de vécus si bigarrés, les individus seraient conduits à « se comparer » les uns avec les autres – indépendamment de leur groupe d'appartenance – pour découvrir, peut-être, plus de « ressemblances » avec des individus d'un autre « groupe ethnique » que le leur ; la diminution des

¹³⁶ Voy. M. Higginbotham and K. Bergin, « Why the University of Michigan Should Win in *Grutter* and *Gratz* », *Louisiana Law Rev.*, vol. 63, 2003, pp. 697-703 ; L.A. Graglia, « *Grutter* and *Gratz*. Race Preference to Increase Racial Representation Held « Patently Unconstitutional » Unless Done Subtly Enough in the Name of Pursuing Diversity », *Tulane Law Rev.*, vol. 78, 2004, pp. 2037 et s.

¹³⁷ Premièrement, la Cour a rejeté l'argument selon lequel la constitution américaine était « *color-blindness* » et que les classifications basées sur la race (soumises au « *strict scrutiny* ») seraient *per se* inconstitutionnelles, excepté dans certaines circonstances. Elle a ensuite affirmé qu'il n'était « *never held* that the only governmental use of race that can survive strict scrutiny is remedying past discrimination ». Elle met clairement en évidence l'admissibilité d'une « *forward-looking justification* » telle la recherche de la diversité.

¹³⁸ La diversité « *promotes 'cross-racial understanding' helps to break down racial stereotypes, and 'enables (students) to better understand persons of different races* » (at.330, *Grutter*).

¹³⁹ L'Université en cause « *consider all factors that may contribute to student body diversity* ». Voy. at.337, *Grutter*.

préjugés réciproques conduirait *in fine* à la tolérance et à l'égalité raciale. La diversité peut ici être comprise comme la reconnaissance mutuelle des différences interindividuelles, et la célébration de cette pluralité comme source de connaissance. La diversité serait alors un objectif prometteur : elle rechercherait l'intégration, l'inclusion, de tous par la valorisation des identités singulières plutôt que par leur assimilation¹⁴⁰. En cela, elle serait une voie d'accès à l'égalité¹⁴¹ et d'une certaine idée de la dignité : le soutien du développement d'identités et de l'auto-réalisation de soi autorise chaque individu « to be true to their own originality »¹⁴².

En extrapolant, on peut identifier une affiliation d'une autre nature entre diversité au sein de l'université et égalité : celle de former les étudiants des minorités au *leadership*, et ainsi les équiper face aux éventuels risques d'abus en politique, dans l'univers du *business* ou des forces militaires... La diversité dans l'enseignement supérieur contribuerait, de manière cruciale, à la construction d'une société future métissée à chaque niveau de sa hiérarchie : elle préviendrait la domination d'un « groupe ethnique » sur un autre. Un milieu diversifié sur le plan racial et ethnique serait le reflet fidèle de la société en général et favoriserait la création d'un sens communautaire, plus représentatif et plus juste.

33. L'argumentaire de la Cour dans son ensemble nous conduit, toutefois, à douter de l'importance qu'elle réserve à la promotion de l'égalité comme finalité en soi. D'abord, comme dans son arrêt *Bakke*, la Cour insiste sur les bénéfices intellectuels qui adviendront de la diversité : les échanges plus stimulants et éclairants qui en résulte prépareront chaque étudiant à accomplir avec succès leurs professions futures¹⁴³. Ensuite et surtout, elle valorise la diversité raciale au sein des universités comme moyen nécessaire pour

garantir une force de travail diversement composée, elle-même utile à plusieurs titres. C'est ce dernier objectif, plus que l'importance intrinsèque d'offrir des opportunités de formation aux membres de minorités, qui semble avoir conduit la Cour à qualifier la promotion de la diversité de « *compelling state interest* ».

La Cour s'est ainsi montrée sensible à l'*amicus curiae* d'un groupe d'officiers hauts-gradés retraités et de dirigeants militaires selon laquelle un corps racialement diversifié d'officiers hautement qualifiés était essentiel pour assurer la sécurité nationale¹⁴⁴ : il permettrait de garantir une cohésion dans les unités et préserver un haut moral au sein des troupes. L'*amicus curiae* ne faisait, en revanche, pas référence à une quelconque revendication de justice sociale qui serait rencontrée par la répartition plus équilibrée des postes entre segments de la population. On peut distinguer deux justifications à l'appui de l'argument selon lequel la diversité servirait l'efficacité des troupes et, en conséquence, la nation toute entière¹⁴⁵. Premièrement, intégrer des officiers noirs (ou d'autres minorités ethniques), dotés d'une meilleure compréhension des autres Noirs subalternes, maximiserait l'investissement de ceux-ci dans la tâche¹⁴⁶. Deuxièmement, la Cour admet que la visibilité de personnes talentueuses de toutes les ethnies renforcerait la légitimité de l'institution militaire qui recrute : elle serait la démonstration qu'elle a pleinement intégré l'ambition d'égaliser les opportunités. Ce qui entraînerait un effet d'aubaine, tant en interne (sur la motivation des troupes) qu'en externe (« *role model* »). Plus largement, en facilitant l'accès des minorités aux écoles sélectives, passerelle pour accéder aux postes de *leaders*, c'est tant la légitimité des institutions éducatives que celle des autorités qui est en jeu ; il en va de la confiance que les communautés minoritaires doivent entretenir dans l'ouverture et l'intégrité du système général.

Nécessaires dans la Défense pour assurer la sécurité nationale, des forces de travail diversifiées seraient également indiquées - au sein du monde du

¹⁴⁰ L'arrêt *Grutter* consacre la théorie de la « masse critique » : les minorités doivent être représentées dans une certaine proportion pour que leur présence favorise une certaine « compréhension interraciale ».

¹⁴¹ Dans ce sens, voy. D. Laycock estimant que la diversité dans l'arrêt *Grutter* est une raison éthiquement plus solide que dans *Bakke*, parce qu'elle aurait une portée plus ancrée dans la justice raciale, dans l'Equal Protection Clause. Voy. D. Laycock, « The broader Case for Affirmative Action : Desegregation, Academic Excellence, and Future Leadership », *Tulane Law Rev.*, vol. 78, 2004, pp. 1767 et s. H.T. Edwards, « The journey from *Brown v. Board of Education* to *Grutter v. Bollinger* : from racial assimilation to diversity », *Mich. Law Rev.*, 2004, vol. n° 102, pp. 944-978 : « Through the ideal of diversity, *Grutter* reaffirmed *Brown's* commitment to racial equality » (p. 946) ; M. Higginbotham and K. Bergin, « Why the University of Michigan Should Win in *Grutter* and *Gratz* », *Louisiana law Rev.*, vol. 63, 2003, pp. 697-703.

¹⁴² D. Chalmers, « The Mistakes of the Good European », in, *Discrimination and Human Rights : The Case of Racism*, (sous la direction de S. Fredman), Oxford, University Press, 2001, p. 196. L'auteur cite Charles Taylor.

¹⁴³ Dans l'arrêt *Grutter*, la Cour cite des études démontrant : « that student body diversity promotes learning outcomes, and better prepares students for an increasingly diverse workforce and society, and better prepare them as professionals » (at 333).

¹⁴⁴ Voy. at. 331 : « highly qualified, racially diverse officer corps... is essential to the military's ability to fulfill its principal mission to provide national security ».

¹⁴⁵ En sens, aucun exceptionnalisme ne doit être réservé aux forces militaires. Ainsi, ce raisonnement pourrait être exporté aux gardiens de prison et à la police. En réalité, officiers blancs ne sont pas considérés comme disposant des compétences interrelationnelles nécessaires pour motiver les détenus minoritaires, en ce que nombreux de ces derniers entretiennent un scepticisme à l'égard des « figures blanches d'autorité », au vu de leur mauvaise expérience de vie... Pour une analyse de l'argument des « occupational need for diversity » retenu par la Cour, voy. B.W. Leach, « Race as Mission Critical : The occupational need rationale in military affirmative action and beyond », *The Yale Law Journal*, vol. n° 113, 2004, pp. 1093-1141.

¹⁴⁶ Certes, cela ne signifie pas que les officiers blancs seraient, par « nature », privés de la « sensibilité inter-raciale » requise pour interagir adéquatement avec les minorités de leur unité. Mais pour développer cette sensibilité, ils doivent avoir été en contact avec des Noirs, notamment pendant la période éducative.

business and law - pour satisfaire aux exigences d'un marché globalisé. La Cour fait sien cet argument.¹⁴⁷ Diverses *amicus curiae* émanant d'entreprises soulignaient qu'aujourd'hui les compétences utiles ne pouvaient être développées qu'à travers la confrontation à des cultures, des idées et des points de vues très contrastés¹⁴⁸; l'apprentissage de la diversité facilitait les relations entre collègues aux origines multiples¹⁴⁹; la diversité augmentait la créativité et la productivité¹⁵⁰, entre autre parce qu'elle permettait de mieux anticiper et satisfaire les désirs de la clientèle elle-même hétérogène¹⁵¹.

34. L'argument selon lequel la diversité serait valorisable parce qu'elle, seule, maintiendrait les entreprises en position concurrentielle doit être

¹⁴⁷ Elle déclare que la diversité préparera les étudiants à une « increasingly diverse workforce... in an increasingly global marketplace ».

¹⁴⁸ Voy. at.334.

¹⁴⁹ Voy. *Brief for Amici Curiae 65 Leading American Businesses* at 7, *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003) : « a racially diverse group of managers with cross-cultural experience is better able to work with business partners (and) employees... (I)ndividuals who have been educated in a diverse setting are likely to contribute to a positive work environment, by decreasing incidents of discrimination and stereotyping ».

¹⁵⁰ Voy. *Brief of General Motors Corp. as Amicus Curiae*, at 15-16 : « Managers and employees cross-cultural competence augments not only recruiting and retention of employees, but also work force creativity and productivity. The best ideas and products are created by teams of people who can work together without prejudice or discomfort ».

¹⁵¹ Voy. *Brief of General Motors Corp. as Amicus Curiae* : « managers and employees who understand that people from diverse backgrounds manifest diverse interests and who know how to translate that understanding into creative product development, community outreach, and marketing and advertising campaigns ». Voy. également *Brief for Amicus curiae Boston Bar Association* : « Law firms want a diverse staff of lawyers to be better situated to respond to the needs of their corporate clients and the demands those clients face in the global market. (...) Research has identified a positive correlation between the level of integration among a law firm's attorneys and the demographics of a law firm's client base ». On sait combien est risquée la prise en considération des « besoins » de la clientèle. Si en l'espèce, la satisfaction de cette dernière invite à inclure tous les profils, l'argument pourrait se retourner brusquement contre l'une ou l'autre catégorie sociale. Il a, auparavant, souvent été convoqué par des employeurs suspectés de discrimination : ils justifiaient le refus d'embauche d'un serveur ou d'un gardien de parking d'origine étrangère par la nécessité d'éviter le risque économique que serait la perte d'une clientèle raciste. Les juridictions jugent aujourd'hui l'argument irrecevable. A la lumière de ces considérations, la *Brief for Amicus curiae American Bar Association* avance des motifs plus convaincants que les précédentes. Elle ne met pas l'accent sur le client comme consommateur d'un service économique, mais bien sur le devoir de s'assurer que le système judiciaire emporte la confiance des individus indigents : « (m)any marginalized members of society understandably put their trust more readily in lawyers who possess a shared background or heritage. It is not simply that the availability of such lawyers affects the quality of representation that minority clients receive ; it may determine whether that person seeks legal assistance at all ».

accueilli avec scepticisme. Sur le *plan empirique* d'abord, il est difficile de mesurer les gains de la diversité¹⁵². Un rapport commandé par la Commission européenne (Direction générale de l'Emploi, des relations industrielles et des affaires sociales), achevé en octobre 2003, a mis en évidence tant les coûts que les avantages de la diversité dans l'entreprise. Parmi les avantages, on recense notamment le renforcement des valeurs culturelles au sein de l'organisation, la réputation de l'entreprise et sa capacité à attirer les meilleurs candidats. Par ailleurs, une politique de diversité entraînerait des coûts d'opportunité, liés au passage à une culture interne de l'entreprise plus ouverte à la diversité, au recrutement et à la formation de spécialistes de la diversité, au maintien à jour de données relatives à la composition de la force de travail...¹⁵³

Sur le *plan théorique* ensuite, se pose la question de savoir si la « diversité » est un paradigme souhaitable, parmi les autres valeurs concurrentes, pour justifier l'action affirmative. La diversité est une notion contemporaine valorisée. « Forward-looking » par excellence, le concept de diversité n'est pas fondé sur une justice réparatrice ou redistributrice au bénéfice des groupes traditionnellement désavantagés (« backward-looking »). Plutôt que de compenser les inégalités sociales, elle poursuit, dans le meilleur des cas, la reconnaissance mutuelle des différences culturelles. En ce sens, elle a certes de la valeur en soi, mais elle échoue à rencontrer les nécessités premières des catégories marginalisées par un système passé et actuel¹⁵⁴. Par ailleurs, promouvoir la diversité comporte un

¹⁵² Voy. notamment à ce sujet B.W. Leach, « Race as Mission Critical : The occupational need rationale in military affirmative action and beyond », *The Yale Law Journal*, vol. n°113, 2004, p.1130 : « (...) even the most convincing data available predict further productivity gains to be reaped from America's diverse workforce rather than warn of the severe consequences associated with a loss of diversity. Furthermore, studies purporting to show the benefits of diversity in the workforce often reconfirm the benefits of diverse viewpoints in problem-solving settings without establishing a persuasive connection between diversity and productivity ».

¹⁵³ Le rapport se fonde sur l'étude de 200 sociétés dans 4 Etats membres, sur les études de la littérature disponible, sur 8 études de cas dans 6 Etats membres, ainsi que sur un certain nombre d'interviews des acteurs concernés. Voy. « Coûts et avantages de la diversité. Étude des méthodes et des indicateurs de mesure du rapport coût-efficacité des politiques de promotion de la diversité dans les entreprises ». Rapport préparé par le Centre for Strategy and Evaluation Service (CSES) pour la Commission européenne. Consultable à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/prog/studies_en.htm

¹⁵⁴ Dans ce sens, voy. R.V.M. Andrews, « Affirmative Action after *Grutter* : Reflections on a Tortured Death, Imagining a Humanity-Affirming Reincarnation », *Louisiana Law Rev.*, vol. 63, 2003, pp. 697-703 ; B.K. Fair, « Taking Educational Caste Seriously : Why *Grutter* Will Help Very Little », *Tulane Law Rev.*, vol.78, 2004, pp.1843 et s. Voyez également, plus généralement, sur cette question T. Brown-

risque : celui qu'elle devienne un objectif largement exogène, dans une perspective utilitariste plus soucieuse de l'intérêt des entreprises ou des institutions publiques que des droits des individus, et moins conforme, donc, à la recherche de la dignité de tous.

35. Vu l'ambiguïté charriée par la recherche de diversité (son lien parfois tenu avec l'égalité), il importe de maintenir et privilégier la justification redistributive (voire compensatoire) de l'action positive : elle doit tendre à réaliser l'égalité substantielle des chances face à l'emploi. Or, « le fait que deux candidats de sexes différents aient des qualifications égales n'implique pas à lui seul qu'ils ont des chances égales », lisait-on dans l'arrêt *Marschall*.¹⁵⁵ Ce constat nous conduit à un tournant important de notre démonstration : l'inéluctable renversement de la perspective traditionnellement adoptée par les détracteurs de l'action positive. Ces derniers perçoivent l'action positive comme un procédé consistant à réserver à des personnes en situation formellement égales face à l'emploi un traitement différent - préférentiel - et donc discriminatoire.¹⁵⁶ Or, nous pourrions considérer que l'action positive revient en réalité à *traiter différemment* des personnes dans des *situations différentes* (au regard des *chances inégales* d'accéder à l'emploi convoité malgré le niveau de qualification requis). Partant de ces derniers postulats, une problématique de taille demeure à résoudre : celle de savoir si, au-delà de leur admissibilité, les *actions positives* dans l'emploi ne devraient pas, en toute logique, être obligatoirement adoptées par les Etats européens à l'instar d'autres mesures différenciatrices. Nous analyserons cette question à l'aune de la Convention européenne des droits de l'Homme (et Protocoles) et de la jurisprudence de la Cour.

III. MESURE DIFFÉRENCIATRICE REDISTRIBUTRICE : DE LA FACULTÉ VERS UNE OBLIGATION DE L'ACTION POSITIVE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN ?

36. Lors d'une opinion célèbre émise en 1966 dans l'affaire du Sud-Ouest Africain soumise à la Cour internationale de justice, le Juge Tanaka posait la question de la justice substantielle dans les termes suivants : « l'égalité de traitement est un principe, mais à l'appliquer mécaniquement, sans avoir égard à tous les facteurs concrets, on engendre l'injustice [...]. *Traiter différemment ce qui est inégal*, en fonction de cette inégalité, n'est pas seulement licite mais indispensable. Le problème est de savoir s'il y a ou non

Nagin, "Elites, social movements, and The Law : The case of affirmative action", *Columbia Law Review*, vol.105, 2005, pp.1436 et s.

¹⁵⁵ CJCE, arrêt *Marschall*, 11 novembre 1997, *op cit.*, point 30.

¹⁵⁶ Ou, considérés par certains comme pire injustice encore : un traitement préférentiel à des personnes "moins méritantes". A ce sujet, nous vous renvoyons à notre point 21.

différence [...]. La différence de traitement est licite lorsqu'elle peut se justifier d'après le critère de justice »¹⁵⁷.

37. En 2000, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt relatif au respect de pratiques religieuses minoritaires, jugeait que si elle « a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les Etats font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à des personnes se trouvant dans des situations analogues ». Elle estime toutefois que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14 : « Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »¹⁵⁸.

L'arrêt *Thlimmenos* impose ainsi pour la première fois, de manière nette, le respect d'un principe généralement admis : en application du concept d'égalité, les situations différentes doivent recevoir un traitement différent de la même façon que les situations similaires bénéficient d'un traitement égal.¹⁵⁹ Le Rapport explicatif du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales confirme

¹⁵⁷ C.I.J., 18 juillet 1966, *Rec.*, 1966, pp.304-310. L'arrêt ayant été rendu dans le contexte sud-africain, le juge Tanaka s'opposait, il est vrai, à toute différence de traitement sur base d'une classification raciale. C'étaient en outre les différences culturelles, et non sociales, qui étaient visées.

Il est intéressant de relever la similitude de raisonnement avec l'arrêt *Italie c/ Commission* rendu quelques années plus tôt par la Cour de Justice des Communautés européennes selon laquelle « [...] une apparence de discrimination formelle peut [...] correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes ». Voy. C.J.C.E., *Italie c/ Commission*, 17 juillet 1963, 13/63, *Rec.*, p.334.

¹⁵⁸ Cour Eur.D.H., 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, rec. 2000-IV, 31 EHRR 411, § 44.

¹⁵⁹ L'« Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » prévoyait certes déjà la possibilité, au nom du principe d'égalité, de différencier les traitements selon les situations : « Malgré le libellé très général de sa version française (« sans distinction aucune »), l'article 14 (de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *ndlr*) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. [...] (L)es autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait ». Voy. Cour Eur.D.H., 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Série A, n°6, p.34, § 10. Mais l'arrêt *Thlimmenos c/ Grèce* est décisif en la matière en ce qu'il est le premier à énoncer une obligation, et non seulement une faculté, de traiter différemment les situations différentes.

que « toute atteinte à cet égard sera considérée comme une discrimination, à moins qu'il n'existe une justification objective et raisonnable ». ¹⁶⁰ C'est l'existence de pareille justification qui a conduit la Cour, après avoir rappelé la jurisprudence *Thlimmenos*, à rejeter ensuite la prétention de la requérante *Chapman*. ¹⁶¹ Cette dernière avait soutenu que le système juridique britannique ne tenait pas compte du mode de vie traditionnel des Tsiganes, puisqu'il les traitait de la même manière que la majorité de la population, voire les désavantageait par rapport à la population en général : ce qui selon la requérante constituait une discrimination fondée sur sa condition de membre d'une minorité ethnique (article 14) dans l'exercice par elle des droits garantis par la Convention européenne (notamment son droit au respect de sa vie privée et familiale consacré par l'article 8). ¹⁶² La Cour admit qu'il s'agissait bien d'un problème de préservation d'un mode de vie spécifique constituant une partie essentielle de l'identité tsigane, protégé par l'article 8 de la Convention. ¹⁶³ Elle jugea toutefois que l'ingérence, par l'Etat, dans ce

droit était en l'espèce justifiée : il n'y avait par conséquent ni violation de l'article 8, ni de l'article 14 de la Convention. Dans une remarquable opinion dissidente, sept juges avaient en revanche collectivement déclaré que cette décision ne rendait pas compte des « besoins clairement reconnus des Tsiganes – se voir protégés dans l'exercice effectif de leurs droits – et perpétu(ait) leur vulnérabilité due au fait qu'ils forment une minorité dont les besoins et les valeurs diffèrent de ceux du reste de la société ». ¹⁶⁴ Etaient préalablement rappelé que les Etats membres du Conseil de l'Europe s'étaient accordés à reconnaître que « la protection des droits des minorités, telles que les Tsiganes, leur impose non seulement de s'abstenir d'adopter des politiques ou des pratiques discriminatoires envers ces minorités, mais aussi, si nécessaire, de prendre des mesures positives pour améliorer leur situation, par exemple au moyen de la législation ou de programmes spécifiques ». ¹⁶⁵ Par ailleurs, si le droit au respect de la différence religieuse

respecter le choix de résidence des couples mariés et donc d'accepter l'établissement de l'époux d'un travailleur étranger, mais dès lors que cette garantie est offerte aux épouses des travailleurs étrangers au Royaume-Uni, elle doit être octroyée dans une même proportion à l'époux étranger d'une femme étrangère travaillant dans cet Etat. Voy. Cour Eur. D.H., 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/Royaume-Uni*, Série A, n° 94, § 78. Il faut remarquer toutefois que « la jurisprudence distend progressivement le lien de rattachement de l'article 14 à un droit substantiel garanti par la Convention » : voy. F. Sudre, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, Collection Thémis, 2003, p. 74. Voy. dans ce sens Cour Eur. D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz c./Autriche*, rec. 1996-IV (D., 1998, p. 438, Chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly) et Cour Eur. D.H., 26 février 2002, *Fretté c./France*, rec. 2002-I.

¹⁶⁴ Voy. l'opinion dissidente commune à M. Pastor Ridruejo, M. Bonello, Mme Tulkens, Mme Straznicka, M. Lorenzen, M. Fischbach et M. Casadevall, point 3. Le juge Lohmuss, dissident dans l'affaire *Buckley* (op. cit.), avait également estimé que « pour empêcher toute discrimination à l'égard des membres d'une minorité, il peut être insuffisant de leur assurer l'égalité devant la loi. Pour qu'il y ait égalité en pratique, il peut se révéler nécessaire de leur réserver un traitement différent afin de protéger leur héritage culturel spécifique ». Il rappelait que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avait fait état de la nécessité de sauvegarder l'héritage culturel et l'identité des nomades. La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales prévoit, dans son article 4.2 que « les Parties s'engagent à adopter, s'il y a lieu, des mesures adéquates en vue de promouvoir, dans tous les domaines de la vie économique, sociale, politique et culturelle, une égalité pleine et effective entre les personnes appartenant à une minorité nationale et celles appartenant à la majorité ».

¹⁶⁵ L'arrêt *Botta* avait déjà confirmé que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne se contentait pas de commander à l'Etat de s'abstenir d'ingérences arbitraires : à cet engagement négatif pouvaient s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale, et ce jusque dans les relations des individus entre eux. En l'espèce, le requérant, personne handicapée, demandait de pouvoir accéder pendant ses vacances à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle ; en d'autres termes, de bénéficier de mesures adaptées à sa situation particulière. Il pointait le manquement de l'Etat à ses obligations positives d'adopter des mesures et d'exercer des contrôles sur le respect des dispositions

¹⁶⁰ Voy. § 15 du Rapport explicatif du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STE n° 177). Voyez *infra*.

¹⁶¹ Cour eur. D.H., 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, rec. 2001-I, § 129 (RTDH, 2001, p. 887, Obs. F. Sudre ; RTDH, 2001, p. 999, Note F. Benoît-Rohmer, RTDH, 2001, p. 1017, Note D. Rosenberg ; RTDCiv, 2001, p. 448, Chron. J.-P. Marguénaud, D. 2002, Jur., p. 2758, Note D. Fiorina). Voir aussi les autres arrêts rendus le même jour : *Lee c/ Royaume-Uni*, *Coster c/ Royaume-Uni*, *Beard c/ Royaume-Uni*, *Smith c/ Royaume-Uni*.

¹⁶² Voy. § 127, *Chapman c/ Royaume-Uni*, op. cit.

¹⁶³ Voy. § 73 : « La Cour considère que la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane de la requérante car cela s'inscrit dans la longue tradition du voyage suivie par la minorité à laquelle elle appartient. (...) Des mesures portant sur le stationnement des caravanes de la requérante n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition. » Il faut apprécier ici l'évolution heureuse de la perception de la Cour en comparaison avec l'arrêt *Buckley*. Celui-ci statuait sur l'interdiction des Tsiganes de s'installer avec leur caravane sur leur propre terrain au motif d'une contradiction avec l'aménagement urbain et rural : la Cour n'y avait vu qu'un simple problème de respect du domicile n'emportant par la même occasion aucune violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. Cour Eur. D.H., 25 septembre 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, Rec. 1996-IV. Dès lors que la revendication en l'espèce était jugée hors champ de l'article 8, il devenait impossible de considérer s'il y avait ou non discrimination. En effet, d'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins des dispositions de la Convention (portée accessoire). Voy. notamment Cour Eur. D.H., 26 février 2002, *Fretté c/ France*, rec. 2002-I, § 27. Ainsi, dans l'arrêt *Abdulaziz*, la Cour rappelle que l'article 8 n'implique pas une obligation générale pour les Etats de

et culturelle est à présent consacré par la Cour, demeure donc incertaine l'étendue des éventuelles obligations positives imposées aux Etats pour en garantir l'effectivité réelle. Nous reviendrons ultérieurement sur cette dernière notion.

Les auteurs s'accordent sur un point : l'arrêt *Thlimmenos*, confirmé par *Chapman*, a introduit au sein du Conseil de l'Europe l'interdiction de la discrimination indirecte¹⁶⁶. Cette dernière se définissant généralement comme l'application à tous d'une mesure identique qui aura un impact défavorable sur certaines catégories de personnes dont on n'a pas tenu compte de la situation spécifique¹⁶⁷. Les directives européennes d'égalité de traitement (comme le droit américain) interdisent également, sauf « justification objective et raisonnable », la discrimination indirecte¹⁶⁸ : appliquer la même norme ou décision à tous est inacceptable si cela revient à nier les différences entre les acteurs. Suivant une logique similaire, elles imposent, sauf « charges

internes relatives aux établissements de bains privés ; en résultait une discrimination dans son droit de pouvoir jouir d'une vie relationnelle normale qui lui permette de participer à la vie de la collectivité (combinaison des articles 8 et 14 de la Convention). La Cour a toutefois jugé qu'aucun lien direct et immédiat entre les mesures exigées de l'Etat et la vie privée de l'intéressé n'était ici établi et que les relations interpersonnelles ayant un contenu trop ample ou trop indéterminé ne pouvaient pas toujours emporter la responsabilité de l'Etat. A l'instar de l'arrêt *Buckley*, le fait d'être hors champ de l'article 8 empêchait tout examen subséquent du caractère discriminatoire ou non de l'absence de mesure souhaitée. Voy. Cour Eur. D.H., 24 février 1998, *Botta c/ Italie*, rec. 1998-I. Dans le même sens, voy. Cour Eur. D.H., 14 mai 2002, *Zehnalova et Zehnal c/ République tchèque*, DR, req. n° 38621/97 (décision d'irrecevabilité).

¹⁶⁶ Voy. O. De Schutter, « L'action affirmative comme instrument de la lutte contre les discriminations en Europe », in M. Martiniello (éd.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Presses univ. de Liège, sous presse, pp. 127 et s. (voy. toutefois les nuances apportées par l'auteur dans O. De Schutter, « Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights, in *Disability and Discrimination*, (eds. J.-Y. Carlier et O. De Schutter) à paraître en 2006, pp.35-63 ; J. Small, « Structure and substance : developing a practical and effective prohibition on discrimination under the European Convention on Human Rights », *Intern. Journ. of Discrim. and the Law*, 2003, vol. 6, pp.45-68.

¹⁶⁷ La Cour européenne des droits de l'Homme a explicitement admis la possibilité de sanctionner, sous couvert de l'article 14, les discriminations indirectes, par quoi elle vise les pratiques ou dispositifs apparemment neutres, qui, en réalité, frappent spécifiquement une catégorie de personnes bien déterminée. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Hugh Jordan c. Le Royaume-Uni* du 4 mai 2001, Application no. 24746/94, § 154.

¹⁶⁸ Voy. notamment articles 2.2 des directives 2000/43 et 2000/78. Une double possibilité est toutefois ouverte pour remédier à l'interdiction de discrimination indirecte : soit adoption de mesures différenciatrices (concours religieux), soit suppression pour tous d'une mesure qui créait des inégalités (tests d'embauche impertinents...)

disproportionnées », l'adoption d'aménagements raisonnables au bénéfice des personnes handicapées pour satisfaire leurs besoins particuliers^{169/170}. Bien que l'exception soit admise, l'obligation de respecter les situations différencielles est le principe commun de ces dispositifs. En matière d'action positive, l'Union européenne (comme les Etats-Unis) inverse le raisonnement : à condition de recevoir une justification légitime, l'action positive est admissible sans être obligatoire. La question se pose par conséquent de savoir si cette différence de régime entre actions positives et autres mesures différenciatrices se justifie par une éventuelle différence de nature entre elles. Et, dans la négative, d'adopter une vision prospective de ce que pourrait être l'attitude de la Cour à leur égard.

a. La nature de la discrimination positive dans l'emploi la différencie-t-elle des autres mesures différenciatrices ?

38. Comme toute mesure différenciatrice justifiée, la *discrimination positive* dans l'emploi est destinée à garantir effectivement l'égalité en jouissance d'un même droit, et rétablir ainsi une égalité dans les faits. Nous avons démontré en outre que le caractère préférentiel de la *discrimination positive* et *ipso facto* l'atteinte aux droits des non bénéficiaires doivent être clairement relativisés : ils ne constitueraient donc pas son trait distinctif le plus saillant. Ce serait en revanche le fait générateur de la différence, ou la source de l'inégalité de fait, qui distingue la *discrimination positive* des autres mesures différenciatrices : les *discriminations positives* ne tentent de répondre qu'aux différences de situations créées par un facteur exclusivement *exogène*, c'est-à-dire à la création de la différence par un autre individu que celui qui en est victime. Les inégalités de distribution entre groupes dans l'emploi apparaissent à la suite de représentations, comportements et modes de fonctionnement « arbitraires » des acteurs sociaux¹⁷¹ (les individus particuliers ou, plus subsidiairement, les institutions¹⁷²).

¹⁶⁹ Voy. article 5 de la directive 2000/78 relatif au concept 'aménagements raisonnables'. Ce concept implique que la société doit adapter son comportement aux possibilités d'une personne handicapée (et non l'inverse), à moins que cette adaptation n'exige des efforts irraisonnables.

¹⁷⁰ Il faut préciser ici que, malgré des développements encourageants, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore affirmé l'obligation, pour les Etats, de fournir des aménagements raisonnables à destination des personnes handicapées. O. De Schutter, « Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights, in *Disability and Discrimination*, (eds. J.-Y. Carlier et O. De Schutter) à paraître en 2006, pp.35-63.

¹⁷¹ Voy. point 21 sur la force des représentations. Voy. également D. Sabbag, « L'affirmative action : effets symboliques et stratégie de présentation », in G. Koubi, G.J. Guglielmi, *L'égalité des chances. Analyse, évolutions, perspectives*, La découverte, Collec. Recherches, 2000, p. 157.

¹⁷² G. Calvès, *La discrimination positive*, Puf, Collec. Que sais-je, 2004, p. 44. C'est ainsi que le Gouvernement britannique a longtemps refusé de recruter des femmes dans les Royal Marines au motif que leur intégration aurait pour conséquence de nuire

À l'inverse, la prise en considération « compensatoire » ou « adaptative » de la grossesse et de la maternité¹⁷³, du handicap (via des aménagements raisonnables) ou d'une identité culturelle (via l'interdiction de la discrimination indirecte) se fonde sur une constatation de différence objective entre plusieurs catégories de personnes : elle opère sans l'interaction des autres. Le facteur à l'origine de la différence – naturelle ou culturelle – entre deux individus est alors *endogène* : il naît par les personnes, leur est « intrinsèque » et « direct ». Cette analyse ne récuse nullement l'idée selon laquelle la différence elle-même n'est jamais inhérente aux membres des groupes : elle émerge de la relation entre groupes comparateurs et est contingente à la perspective de la personne l'identifiant. En ce sens et contrairement aux perceptions du groupe dominant, elle n'est pas individuelle, mais toujours relationnelle. Toutefois, dans une situation de handicap ou de maternité, la différence entre deux individus est une réalité objectivable qui préexiste aux perceptions réciproques, plutôt que d'être le pur produit de représentations¹⁷⁴.

Un même groupe d'individus pourra faire l'objet de ces deux types de mesures : la situation des femmes ou des personnes handicapées, par exemple, nécessite ces diverses formes d'interventions qui répondent tantôt à leurs spécificités et besoins propres (une singularité à protéger), tantôt à la permanence des préjugés en leur défaveur (une inégalité à sanctionner).

« au moral et à la cohésion des équipes de commandos » alors même que différentes études démontraient le fait contraire. Sur ce point : F. David, « Les femmes, l'armée et le droit communautaire », *Rev. Trim. D.H.*, 2004, p. 689.

¹⁷³ La directive 76/207 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail consacre son article 2 § 3 à la protection de la grossesse et de la maternité en indiquant que « la présente directive ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». J.-F. Flauss rappelle que la CJCE s'est longtemps montrée sévère en excluant toutes mesures différenciatrices « non liées à la prise en compte de spécificité inhérentes à la femme, grossesse ou maternité ». Voy. J.-F. Flauss, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté*, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 430.

¹⁷⁴ Ainsi, il y a une différence « objectivable » entre la culture de la minorité Tsigane et la culture « dominante » (ce schéma binaire ne reflétant à nouveau que très imparfaitement la réalité). Et empêcher légalement la construction identitaire des Tsiganes via l'adoption des mesures adaptées à leur singularité, est le fruit d'une conception erronée du groupe dominant selon laquelle la « neutralité » est représentée par le mode de vie sédentaire, tout mode de vie « déviant » n'ayant qu'une valeur subsidiaire. De la même façon, il existe une différence « objectivable » entre les « personnes en situation de handicap » et les autres. Et refuser d'adopter des aménagements raisonnables au bénéfice des premières reviendrait à nier la responsabilité de la société dans la construction du handicap : l'inadaptation de l'environnement (auparavant exclusivement conçu pour les « bien-portant ») à leur déficience. L'erreur du groupe dominant est de fixer la différence comme « appartenant à quelqu'un », plutôt que comme réalité relative.

39. La différence de nature de la *discrimination positive* comparativement à d'autres mesures différenciatrices justifie-t-elle à suffisance la différence de régime qui lui est assignée ? On peut certainement interpréter le caractère temporaire que doit revêtir toute *discrimination positive* à l'aune de notre développement. Le pari est le suivant : par la mise en commun inédite d'individus qui auparavant ne coopéraient pas entre eux, la mesure de *discrimination positive* briserait les préjugés à la source de son intervention et participerait ainsi à sa propre disparition¹⁷⁵. Les autres mesures différenciatrices ont en revanche un caractère durable correspondant à la permanence de traits biologiques ou de singularités culturelles. Fonder la justification de la *discrimination positive* sur la nécessité de transformer le contexte exogène pour garantir une distribution plus juste des emplois la rend certes vulnérable dans son imposition. Fragile au regard de la réticence des employeurs ou d'autres acteurs sociaux à reconnaître le rôle des représentations dans leurs décisions et, par conséquent, la nécessité d'adopter des mesures différentielles. Mais rien dans la nature exogène de la différence ne permet de justifier le caractère non obligatoire de la *discrimination positive*.

b. *De faculté à l'obligation d'adopter des actions positives ?*

40. Il nous revient à présent d'explorer, voire anticiper, l'attitude de la Cour européenne des droits de l'Homme face aux Etats qui adoptent ou, au contraire, renoncent à organiser des *actions positives* dans la sphère de l'emploi.

En 1986, la Commission n'a pas jugé contraire à l'article 14 de la Convention une mesure d'abattement fiscal instituée uniquement en faveur des femmes, en vue d'encourager les femmes mariées dans leur projet professionnel et favoriser ainsi l'égalité des sexes.¹⁷⁶ Elle se prononçait sur l'admissibilité, non sur l'obligatorité, de ce dispositif *différentiel redistributif*. Domaine où la marge nationale des Etats est importante, une action positive de nature fiscale devait, il est vrai, largement échapper au contrôle de la Cour. De manière générale, on ne peut en réalité identifier avec clarté la mesure dans laquelle la Cour estime que le principe de non-discrimination entraîne l'admissibilité, et *a fortiori* l'obligation, pour les Etats Parties, d'adopter des mesures d'actions positives.

¹⁷⁵ Voy. O. De Schutter, « L'action affirmative comme instrument de la lutte contre les discriminations en Europe », in M. Martiniello (éd.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Presses univ. de Liège, sous presse, pp. 127 et s.

¹⁷⁶ Plus concrètement, la mesure visait à aider les femmes à retourner dans le marché du travail après avoir eu des enfants. *Comm. Eur.D.H.*, 11 novembre 1986, *Lindsay et autres c. Royaume-Uni*, DR 49, pp.202-203.

Il faut admettre que l'action ou la discrimination positive est une référence normative qui n'a jamais été explicitement mobilisée par la Cour pour justifier (ni *a fortiori* imposer) des mesures différentielles¹⁷⁷. Elle abandonne à ses juges le soin d'en parler eux-mêmes à titre individuel¹⁷⁸. La carence de contentieux relatif aux actions positives peut s'expliquer ainsi : les Etats adoptent principalement ces mesures dans la sphère de l'emploi qui échappe encore largement à la compétence de la Cour¹⁷⁹. L'avenir de l'examen de leur conventionnalité se pose toutefois au regard de la « perméabilité croissante » de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux, et plus fondamentalement de l'adoption du Protocole n°12.

41. Le Protocole n°12, ouvert à la signature le 4 novembre 2000, établit en effet un droit autonome d'être libre de toute discrimination¹⁸⁰ : à son entrée en vigueur¹⁸¹, le droit à la non-discrimination s'appliquera à la jouissance des

¹⁷⁷ Voy. J.-F. Flauss, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté*, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 419 et 421.

¹⁷⁸ Opinion dissidente de M. le juge Pettiti, sous CEDH, 25.09.1996, Buckley c/ Royaume-Uni, Rec. 1996-IV (Rev. Trim.D.H., 1997, p. 47, Obs. O. de Schutter) : « Or la seule discrimination acceptable au titre de l'article 14 est la discrimination positive, celle qui implique que pour parvenir à l'égalité des droits par l'égalité des chances on est conduit dans certains cas à accorder plus de droits aux populations les plus déshéritées, telles celles du quart monde et les communautés tsiganes ou yémiches (Communauté nomadisant en Alsace) ».

¹⁷⁹ C'est pourquoi aujourd'hui ce sont essentiellement les mesures positives à caractère pécuniaire qui pourraient être justiciables (via les articles 6 et 8 de la CEDH, ou l'article 1 Protoc.1, combinés avec l'article 14 de la CEDH).

¹⁸⁰ L'adoption du Protocole montre qu'un large consensus politique s'est dégagé autour du fait que la persistance de la discrimination dans les sociétés européennes et la manifestation de nouveaux types d'attitudes discriminatoires justifiaient un renforcement de la protection que la Convention européenne des droits de l'homme offre contre les violations des droits de l'homme dans ce domaine. Voy. J. Schokkenbroek, « Renforcement de la protection européenne contre la discrimination : le nouveau Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Actualité et Droit International*, octobre 2001.

¹⁸¹ Il est entré en vigueur le 1^{er} avril 2005 avec 11 Etats signataires jusqu'à ce jour : Albanie, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Finlande, Géorgie, ex-République yougoslave de Macédoine, Pays-Bas, Saint-Marin, Serbie-Monténégro. Parmi d'autres Etats, le Royaume-Uni comme la Suède ont exprimé leur grande réticence à signer et à ratifier ce protocole, notamment à cause de son très vaste champ d'application (comprenant la question de l'étendue de la responsabilité d'un Etat pour l'interdiction de la discrimination entre particuliers). En effet, dans la plupart des Etats Parties, le Protocole sera directement applicable par les juridictions internes. Par ailleurs, il étendra magistralement le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme (il ne fait guère de doute que la dimension de contrôle judiciaire supranational a accru les difficultés des négociations pendant la préparation du Protocole). Dans sa Recommandation 1671 (2004) relative à la Ratification des protocoles, et retrait des réserves et des dérogations à la Convention européenne des Droits de l'Homme, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande

droits tant civils et politiques, qu'économiques et sociaux. Un optimisme prudent doit toutefois lui être consacré¹⁸². Il faut regretter sa formulation en terme de « droit à la non discrimination » plutôt que de « droit positif à l'égalité » auquel il n'est fait référence que dans son préambule¹⁸³. Cette option pourrait avoir un impact non négligeable. En effet, certains ont soutenu que l'obligation de non-discrimination ne requerrait rien d'autre de la part des Etats que de s'abstenir de certaines formes de conduites discriminatoires (« obligation négative »). Alors que le devoir exprès de garantir l'« égalité pleine et effective » leur aurait imposé des obligations positives parmi lesquelles le devoir, dans des circonstances appropriées, d'adopter des programmes d'action positive¹⁸⁴.

En réalité, on ne peut totalement exclure que le devoir d'« assurer », formulé au paragraphe premier de l'article 1 du Protocole n°12, infligera des obligations positives « minimales » aux Etats pour prévenir les cas de discrimination - y compris la discrimination entre particuliers¹⁸⁵ - ou pour y remédier. Aujourd'hui, « la Cour n'hésite pas à lier l'exercice de certains droits à des prestations positives de l'Etat, prenant ainsi acte du fait qu'il convient de donner aux droits individuels les moyens de s'exercer

au Comité des Ministres d'inviter les Etats parties à la Convention européenne des Droits de l'Homme : (...) i. à ratifier tous les protocoles dans un délai de trois ans à compter de l'adoption de la présente recommandation sans préjudice de délais plus brefs qui pourraient être fixés à l'égard de certains Etats membres. Voy. Texte adopté par la Commission permanente, agissant au nom de l'Assemblée, le 7 septembre 2004.

¹⁸² J. Small, « Structure and substance: developing a practical and effective prohibition on discrimination under the European Convention on Human Rights », *Intern. Journ. of Discrim. and the Law*, 2003, vol. 6, pp.45-68.

¹⁸³ En fait, il a été convenu, dans le cadre d'un compromis, d'aborder ces questions dans le troisième alinéa du préambule ainsi libellé : Réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les Etats parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable (...). Voy. à ce sujet le Rapport du « Committee on Legal Affairs and Human Rights » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Doc 8614. Voy. également J. Small, « Structure and substance: developing a practical and effective prohibition on discrimination under the European Convention on Human Rights », *Intern. Journ. of Discrim. and the Law*, 2003, vol. 6, pp. 63 ; O'Hare U (2001) « Enhancing European Equality Rights: a New Regional Framework », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 8, pp.144.

¹⁸⁴ O'Hare U (2001) « Enhancing European Equality Rights: a New Regional Framework », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 8, pp. 138 et s.

¹⁸⁵ L'admission de l'effet horizontal fait partie intégrante des obligations positives de l'Etat : il lui est alors reproché d'avoir permis, par son abstention, une immixtion par une personne privée dans le droit d'une autre personne privée.

réellement »¹⁸⁶. On passe de la protection de « droit de... » à la celle de « droits à... »¹⁸⁷. Il en va de l'effectivité des droits garantis par la Convention, son but étant, selon la formule célèbre, « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁸⁸. Le Rapport explicatif mentionne ainsi que l'infliction d'obligations positives « peut, par exemple, se poser lorsqu'il existe une lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination. En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre particuliers, l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'État »¹⁸⁹. Il est indiqué en conclusion que toute obligation positive dans le domaine des relations entre particuliers concernerait, au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'État a une certaine responsabilité (par exemple : le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à d'autres services).¹⁹⁰ La question se pose néanmoins de savoir si les démarches positives à adopter par les États pour garantir la « liberté de toute discrimination » ne devraient pas s'étendre au-delà de mesures destinées à empêcher et réprimer les actes de discrimination directe ou indirecte infligés par l'État ou entre particuliers ; ainsi, une obligation positive d'adopter des actions positives s'inscrirait parfaitement dans le mouvement général de la jurisprudence de la Cour qui impose fréquemment un comportement actif aux États.¹⁹¹

Il faut toutefois constater que le Protocole n°12 n'offre aucune protection explicite à l'action positive : il n'encourage et, *a fortiori*, n'exige pas l'adoption de tels dispositifs par les États. Le Rapport explicatif du Protocole n°12, en référence au 3^{ème} paragraphe du Préambule, mentionne que « le fait que certains groupes ou catégories de personnes soient défavorisés ou

l'existence de certaines inégalités de fait, peut constituer une justification pour l'adoption de mesures octroyant des avantages spécifiques afin de promouvoir l'égalité, sous réserve que le principe de proportionnalité soit respecté ». Il poursuit toutefois en soutenant que « le présent protocole n'impose aucune obligation d'adopter de telles mesures. En effet, une telle obligation de caractère programmatique 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 ». En revanche, et c'est important, il ajoute que plusieurs instruments internationaux obligent les États à adopter des mesures positives¹⁹², et le Protocole n°12 ne peut à l'évidence restreindre les obligations contractées sous les autres Traités.

L'article 1, § 4, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et l'article 4, § 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ont souvent été interprétés par la doctrine comme imposant aux États l'adoption d'actions positives dès lors que certaines conditions étaient rencontrées¹⁹³ : le groupe bénéficiaire a historiquement souffert de discrimination, les conséquences actuelles de celle-ci empêchent ses membres de jouir

¹⁹² Voy. § 16 du Rapport.

¹⁹³ U. O'Hare, « Equality and Affirmative Action in International Human Rights Law and Its relevance to the European Union », *Intern. Journ. of Discrim. and the Law*, 2000, vol. 4, p.9. Les deux conventions précitées autorisent des « mesures spéciales », même discriminatoires à première vue, à titre de dérogations à l'interdiction de principe de la discrimination qu'elles comportent. L'importance historique de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (adoptée le 21 décembre 1965 et entrée en vigueur le 4 janvier 1969) ne fait aucun doute. C'est le premier instrument juridique international de portée universelle qui comportait un article d'exemption autorisant les États à adopter des mesures spéciales en vue de réaliser une égalité de fait sans que cela constitue un acte discriminatoire. Ce paragraphe devrait être lu en liaison avec le paragraphe 2 de l'article 2 de la même Convention, lequel impose aux États parties l'obligation de prendre « 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 ». Les mesures positives doivent être temporaires et être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a, pour sa part, été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1979 et est entrée en vigueur le 3 septembre 1981. En 1988, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) a recommandé de recourir davantage aux mesures spécifiques temporaires telles que les actions positives, le traitement préférentiel ou les régimes de quotas, afin de faire progresser l'intégration des femmes dans l'éducation, l'économie, la politique et l'emploi. Voy. Recommandation générale n° 5, Septième Session, 1988, mesures spéciales temporaires. Voy. § 70, Rapport Bossuyt.

¹⁸⁶ F. Sudre, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence des droits de l'Homme », *Rev. Trim.D.H.*, 1995, p. 363.

¹⁸⁷ F. Sudre, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 363.

¹⁸⁸ Cour Eur. D.H., 9 octobre 1979, *Airey c./ Irlande*, Série A 32. Voir aussi : Cour Eur.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c./ Royaume-Uni*, Série A 161 ; Cour Eur.D.H., 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c./ Suède*, Série A 201 ; Cour Eur.D.H., 10 février 1995, *Allenet de Ribemont c./ France*, Série A 308.

¹⁸⁹ Voy. § 26 du Rapport explicatif du Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (STE n° 177).

¹⁹⁰ Voy. § 27 du Rapport explicatif. Voy. J. Schokkenbroek - « Renforcement de la protection européenne contre la discrimination : le nouveau Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme ». - *Actualité et Droit International*, octobre 2001 (www.ridi.org/adi).

¹⁹¹ Il faut d'ailleurs remarquer la similitude d'esprit entre action positive et obligation positive qui confine à l'homologie terminologique. Voy. sur ce point : J-F. Flauss, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in « Pouvoir et liberté », Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.415

pleinement de droits consacrés et les dispositifs entrepris sont à même de remédier aux effets des discriminations passées¹⁹⁴.

42. Il serait bienvenu que la Cour - système régional infiniment plus efficace que d'autres systèmes de protection des droits de l'homme - s'aligne sur ces principes directeurs. Il demeurera certes à sa discrétion d'interpréter librement le Protocole n°12 à l'aune de ses paragraphes préambulaires. Tant le secteur d'emploi public que le secteur privé pourraient être concernés par l'exigence de mettre en oeuvre des actions positives. On assiste en effet à « une extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »¹⁹⁵, notamment dans la relation qu'un individu noue avec une entreprise¹⁹⁶; à l'instar de l'Etat, les acteurs privés ne seraient plus uniquement soumis à l'obligation (« négative ») de respecter le principe de

¹⁹⁴ Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDH-NU), dans son commentaire général n°4, soutient que les gouvernements sont tenus de prendre des mesures palliatives visant à garantir la jouissance concrète des droits, dans la mesure où on ne peut pas prévenir la discrimination uniquement en adoptant des mesures de protection et en légiférant; les obligations positives pesant sur les Etats pour garantir le principe d'égalité inclut l'obligation d'adopter des actions positives. Voy. Observation générale 4 sur l'égalité entre les sexes, Treizième session, 1981. Voy. également *Obiter dictum* dans Affaire Danning du CDH-NU, 9 avril 1987. (Recueil des rapports CDH p.155). Voy. également Comité des droits de l'homme, Observation générale No 18, par. 10, dans HRI/GEN/1/Rev.4 (2000). Il convient toutefois de souligner que ni le Pacte international des droits civils et politiques des Nations Unies, ni celui des droits économiques, sociaux et culturels n'a expressément reconnu le caractère obligatoire de l'action positive; et que ni la forme de cette action ni le type de situation en exigeant l'adoption n'ont été définies, compte tenu de la complexité de la question.

¹⁹⁵ *Convention européenne des Droits de l'Homme et droit privé*, sous la direction de J.-P. Marguénaud, La Documentation française, 2001, p. 77. Voy. notamment: Cour Eur. D.H., 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, req. 69498/01. La Cour admet la violation de l'article 14 sur le fondement de l'effet horizontal des dispositions de la Convention. Il s'agissait en l'espèce d'un testament comportant une substitution fidéicommissaire au bénéfice du fils de la testatrice, lequel devait transmettre cet héritage à son fils issu d'un mariage légitime et canonique. Or, le fils était un enfant adopté. La sœur de son père, fille de la testatrice, demandait à bénéficier de cet héritage au motif que les conditions requises dans le testament n'étaient pas réunies. Ce qu'ont accepté les tribunaux andorrans. La Cour constate une violation l'article 14 combiné avec l'article 8 en jugeant discriminatoire le jugement des juridictions andorranes, sans toutefois reprocher à ce dernier un quelconque manquement à d'éventuelles obligations positives.

¹⁹⁶ Voy. Cour Eur. D. H., 29 février 2000, *Fuentes Bobo c/ Espagne* (D., 2001, jur. p. 574, Note J. Mouly et J.-P. Marguénaud), mais la Cour avait paré l'un des cocontractants de tous les attributs de l'intérêt général. Voy. également, par analogie, Cour Eur. D.H., 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne* (Rev. Trim. D. Civ., 2004, p. 361, Chron. J.-P. Marguénaud). Dans cette dernière affaire, la Convention s'est appliquée à la requête d'une personne transsexuelle demandant le remboursement partiel de son opération chirurgicale de changement de sexe auprès de sa compagnie d'assurance maladie privée.

non discrimination, mais également à celle de promouvoir une « égalité substantielle » dans l'emploi. En conséquence, on pourrait imaginer qu'un Etat passif face à la sous-représentation, dans un secteur professionnel, de membres qualifiés de tels groupes ethniques soit condamné par la Cour: non doté de législation imposant des actions positives aux acteurs publics et privés, il aurait en effet failli à son obligation positive consistant à tout mettre en oeuvre pour qu'il soit remédié aux inégalités, y compris dans les rapports que les individus nouent entre eux.

A condition que les principes de « justification objective et raisonnable » et de proportionnalité soient respectés, il n'est pas hérétique de soutenir que la Cour pourrait, à l'avenir, juger obligatoire plutôt que simplement admissible l'action positive dans l'emploi. Il ne fait aucun doute que la promotion de l'égalité des chances ou la lutte contre la sous-représentation d'une catégorie défavorisée « seraient des objectifs profitant d'une présomption quasi-irréfragable de « légitimité » » auprès de la Cour¹⁹⁷. Il faudra ensuite, classiquement, veiller à ce que le dispositif mis en oeuvre soit proportionné à la finalité poursuivie. Ceci implique, d'une part, un examen rigoureux de sa nécessité¹⁹⁸ (son « efficacité ») et, d'autre part, l'exploration d'autres mécanismes qui, tout en satisfaisant de manière équivalente le but poursuivi, porteraient une atteinte minimale au droit à « l'égalité de traitement » des tiers. Les actions positives, telles qu'encadrées par la CJCE, franchiraient avec succès le cap de cette analyse: la sous-représentation manifeste du groupe bénéficiaire et les droits de tiers ont dûment été pris en considération dans sa jurisprudence.

¹⁹⁷ Voy. J.-F. Flauss, « Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme », in *Pouvoir et liberté*, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles, 1998, p.423. L'auteur précise, p.425, que les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la définition de l'objectif poursuivi. Dans le même sens, voy. M. Melchior, « Le principe de non discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme », in A. Alen et P. Lemmens (édit.), *Egalité et non-discrimination*, Anvers, Kluwer, 1991, p.19.

¹⁹⁸ Le contrôle de nécessité « prendra également en compte les modalités d'aménagement de la mesure discriminatoire (quotas flexibles ou au contraire rigides, préférence inconditionnelle ou à l'inverse conditionnelle, etc...), l'identité de la catégorie au profit de laquelle une inégalité de traitement est établie (femmes, handicapés, personnes appartenant à une minorité raciale, linguistique, religieuse ou autre, etc...) ou encore bien entendu l'existence ou non d'une convergence (et dans l'affirmative dans quel sens) entre les solutions consacrées par les droits des pays membres du Conseil de l'Europe » J.-F. Flauss, *op cit.*, p.425). Voyez quant à l'importance du dernier paramètre d'appréciation: Cour Eur.D.H., 22 avril 1997, *X, Y, Z contre Royaume-Uni*, § 44.

IV. L' « ACTION POSITIVE » COMME CONDITION DE RÉALISATION DE LA DIGNITÉ

43. Le défi majeur des actions positives revient à traiter les inégalités sans sacrifier la liberté de chacun : leur capacité à honorer la dignité de tous se mesure à cette condition¹⁹⁹. Elles doivent élargir « les moyens d'exercer un libre choix, choix du travail, choix du métier (...) »²⁰⁰,²⁰¹

L'action positive nous semble précisément trouver sa justification « ultime » (soit la démonstration tant de sa justice que de sa justesse) dans « l'extension corrélatrice du champ de choix subjectivement vécus » par les membres du groupe traditionnellement dominé²⁰². Parce qu'elle renforce l'égalité des chances, elle élargit auprès des personnes qui en bénéficient le spectre des opportunités disponibles. Elle égalise entre tous ce qu'Amartya Sen appellera les « capabilities » des individus, soit les moyens contextualisés pour l'exercice d'une liberté réelle.

A la suite d'un processus de « réduction de la dissonance cognitive »²⁰³, certains individus membres d'un groupe traditionnellement discriminé calibrent leurs prétentions sur ce qu'ils pensent pouvoir raisonnablement obtenir. Sen dira que « les groupes défavorisés peuvent être habitués à l'inégalité, ignorants des possibilités de changement social, sans espoir quant à l'amélioration des circonstances objectives de leur misère, résignés à leur destin, tout en étant disposés à accepter la légitimité de l'ordre établi » [Sen, 1993, p. 235]. Les actions positives accordant, par exemple, la priorité au recrutement des membres de telles minorités ethniques (dans un secteur

¹⁹⁹ P. Bouretz, *Sur la philosophie politique de l'égalité*, in Conseil d'Etat, Rapport public 1996 sur l'égalité, La documentation française, 1997, p. 477

²⁰⁰ M. Miné, *Droit et discrimination sexuelle au travail*, entretien avec C. Coste, *Cités*, 2002, n°9, p. 91

²⁰¹ Le législateur français a fait sienne cette conceptualisation à travers la Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées qui met au cœur de son action « le projet de vie de la personne » ou encore « son choix de vie ». Voy. notamment à ce sujet : J.-P. Laborde, « Quelques réflexions à propos du projet de loi sur l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées », *Dr. Soc.*, n°11, nov.1994, pp.986 et .

²⁰² D. Sabbagh, *L'égalité par le droit*, Paris, Economica, 2003, p.315. L'auteur réfère à Amartya Sen et notamment à son ouvrage *Repenser l'inégalité*, Paris, Le Seuil, 2000. A. Sen avertit ainsi que « les écarts liés au sexe, à l'âge, à l'hérédité et à beaucoup d'autres caractéristiques nous donnent des possibilités tout à fait différentes d'édifier la liberté dans notre vie, même quand nous disposons d'un bagage identique de biens premiers » (p.128).

²⁰³ A savoir la capacité pour un individu de « calquer » ses 'soit-disant' désirs sur ce qu'il sait qu'il va pouvoir obtenir au regard du contexte dans lequel il agit. Il 'réduit' donc ce qui aurait été ses 'désirs authentiques' s'il avait été dans un contexte idéal, et ce aux fins d'éviter le précipice entre ce qu'il veut et ce qu'il peut obtenir.

d'emploi où elles sont sous-représentées et pour autant qu'elles bénéficient d'une qualification suffisante pour le poste convoité) pourraient au contraire les encourager à acquérir des compétences qu'ils avaient précédemment délaissées, en leur garantissant la liberté réelle de parvenir à certaines fonctions dont ils étaient traditionnellement écartés. L'assimilation de la qualité des personnes (Noirs, femmes, handicapés...) à la position qu'elles occupaient jusqu'alors (prophétie autoréalisatrice) s'estompera ensuite par l'érosion de l'observation empirique sur laquelle elle se fondait.

De même, l'absence historique d'association avec les membres de tel groupe, la discrimination réelle ou redoutée des individus de l'autre communauté composant la force de travail, la désapprobation potentielle du cercle familial sont autant de facteurs qui dissuadent certains de postuler dans telle firme²⁰⁴. Les actions positives mettraient progressivement un terme à l'« auto-sélection » des individus : l'« effet de seuil » atteint - « critical mass » ou présence significative d'un groupe - aura un impact sur l'augmentation de la liberté des autres membres du groupe. Le succès visible d'autres membres du groupe permet de combattre les sentiments d'infériorité (« Role models theory »)²⁰⁵. L'action positive contribuerait à éviter que les individus n'aient plus le désir d'aller au-delà de leurs « circonstances actuelles » (phénomène de « l'individu découragé »).

44. En cela, les actions positives ne doivent « pas chercher à rétablir la représentativité (des groupes, ndr) comme une fin en soi » mais « plus modestement viser à faire en sorte que le manque de représentativité ne soit le résultat que des libres choix des individus et non de la discrimination intentionnelle ou systémique »²⁰⁶. La sous-représentation est donc un indicateur de l'inégalité ; son éradication ne devrait pas être un objectif premier, mais bien dérivé. L'exclusion des quotas rigides au bénéfice de dispositifs flexibles est conforme à cette ambition. Une stricte représentation proportionnelle est par ailleurs problématique au regard de la volonté de maximiser les « choix réels » de tous les individus : sauf à postuler que les préférences (pour tel ou tel emploi) seraient réparties de façon parfaitement

²⁰⁴ C. McCrudden, R. Ford and A. Heath, « Legal Regulation of Affirmative Action in Northern Ireland: An Empirical Assessment », *Oxford J. Legal Stud.* 24, no. 3 (2004), 363-415.

²⁰⁵ Voy. l'arrêt de la Cour suprême canadienne : *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*, (1987) 1 S.C.R. 1114. La Cour relève notamment trois bienfaits de l'action positive. Premièrement, placées dans des rôles non traditionnels, on apporte la preuve que les femmes bénéficiaires peuvent accomplir pareils jobs, ce qui permet de dissiper les préjugés selon lesquels elles n'auraient pas ces capacités. En second lieu, l'action positive permet d'atteindre une « critical mass » - effet de seuil - qui contribuera à éviter le harcèlement, ... Enfin, cela réduira les stéréotypes et les craintes à l'égard de formes de travail non conventionnelles.

²⁰⁶ D. Weinstock, <http://www.forum.umontreal.ca/numeros/1997.1998>

égale au sein de chaque groupe, elle privilégierait au final la satisfaction des choix des membres d'une catégorie au détriment des membres de l'autre.

L'action positive flexible promettait ce que certains qualifient, en évoquant la recherche moderne d'égalité, l'«*égalité en possibilité d'épanouissement*²⁰⁷», répondant ainsi à la finalité de toute règle de droit juste : le bien-être²⁰⁸ de l'homme et la qualité de la vie²⁰⁹. En ce sens, il est intéressant de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme a elle-même consacré « le droit à l'épanouissement personnel » des individus : fondé sur les notions de dignité et de liberté qui forment l'essence même de la Convention, elle en impose la garantie par les Etats²¹⁰.

Conclusion

45. Si, conformément à l'exigence de dignité, on souhaite combler l'abîme entre l'égalité, formulée comme proposition abstraite, et l'égalité comme réalité, on ne peut se limiter à l'interdiction d'actes de discrimination (ni au maintien d'une neutralité passive). Dans cette perspective, les *actions positives* dans l'emploi trouvent naturellement leur place au sein du principe d'égalité. Redistributives, elles pourvoient à une *réelle égalité des chances* face à l'embauche : elles corrigent une situation sociale jugée inégale au départ que l'égalité formelle est incapable de juguler. En ce sens, les *actions positives* sont nécessaires : elles enrayent l'exclusion durable et indigne qui est à la source des revendications de justice d'un groupe contre un autre. Les

²⁰⁷ M. Demonque, Y Eichenberger, *La participation*, France Empire, p. 26.

²⁰⁸ Voy. Cour Eur. D.H., 24 novembre 1986, *Gillow c/ Royaume-Uni*, Série A 109 (AFDI, 1987, p. 239, Obs. V. Coussirat-Coustère ; JDI, 1987, p. 803, Obs. P. Rolland) ; Cour Eur. D.H., 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, Série A 303-C (JDI, 1995, p. 798, Obs. P. Tavernier ; RUDH, 1995, p. 112, Chron. F. Sudre, Rev. Trim. D. Civ., 1996, p. 507, Chron. J.-P. Marguénaud.

²⁰⁹ M. Borysewicz, *La qualité de la vie une finalité nouvelle de la règle de droit*, in Etudes offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 127 : « Chacun peut avoir sa conception du bonheur comme chacun n'a pas les mêmes atouts pour y parvenir. Il faut seulement que le droit objectif ménage à chaque homme la possibilité d'y parvenir ». En ce sens voir CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory c/ Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01.

²¹⁰ Voy. Van Kuck, *op cit.*, § 69 : « (...) La dignité et la liberté de l'homme étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel (...) des transsexuels est garanti (...). » Le droit à l'épanouissement (Cour Eur. D.H., 6 février 2001, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, req. 44599/98, rec. 2001-I ; Cour Eur.D.H., 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, req. 35968/97, Cour Eur.D.H., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. 42326/98, rec. 2003-III personnels) fait « partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée ». Voy. Opinion dissidente commune de Messieurs les juges Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Pellonpää, et Madame la juge Tulkens, sous Cour Eur. D. H., 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, req. 42326/98, rec. 2003-III, § 11.).

actions positives ne doivent pas être jugées comme la manifestation d'une politique communautarienne (protégeant les collectifs et fragmentant la société) en collision avec une logique libérale (seule à même de respecter les individus). Au contraire, inclusives, elles potentialisent le sentiment d'appartenance de chacun à une même communauté : celle qui fait de l'égalité réelle un enjeu normatif fondamental. En ce sens, les normes instaurant des dispositifs d'*actions positives* ne sont pas seulement réglementaires, mais bien constitutives d'un ordre symbolique²¹¹.

Au nom de l'effectivité des droits consacrés dans la Convention européenne des droits de l'Homme et ses Protocoles additionnels, il n'est pas exclu, dans le futur, que soit imposée aux Etats l'obligation positive d'adopter des législations organisant des *actions positives*. La Cour de Justice des Communautés européennes les a encadrées dans des limites telles que les non-bénéficiaires ne peuvent raisonnablement prétendre à une violation disproportionnée de leur droit à l'égalité de traitement : les préférences entre candidats dotés de qualifications *équivalentes* s'octroient *in fine* selon un second système d'évaluation individualisée en fonction des particularités de chacun. On peut d'ailleurs regretter que la jurisprudence européenne n'autorise pas tout individu pouvant arguer de compétences *suffisantes* pour le poste à pourvoir à « concourir » pour cette deuxième étape de sélection. Certes, l'action positive réserve une priorité - réfragable - aux femmes par rapport aux hommes (ou aux membres de minorités ethniques par rapport aux autochtones...) dans les secteurs où, bien que qualifiées, elles sont sous-représentées. Cette légère asymétrie se justifie tant au regard des désavantages historiques subis que de la force, toujours actuelle, des représentations défavorables véhiculées à leur égard.

Il faut être convaincu d'une chose : en améliorant le statut des membres des groupes marginalisés, l'*action positive* recherche la plus grande dignité de tous. L'atteinte à la dignité d'autrui porte en effet atteinte à ma propre dignité. C'est précisément dans cette nature radicalement intersubjective (ma dignité dépend du respect de celle d'autrui) qui différencie, en valeur, la dignité de l'égalité ou de la liberté prises isolément. J. J. Abrantes, rappelle que « la dignité n'est plus considérée comme la liberté de l'individu isolé, seigneur absolu de son destin ; elle est plutôt considérée comme le libre développement de la personnalité d'hommes solidaires, vivant en société et responsables au regard de cette société »²¹².

Les *actions positives* contribuent à renforcer les « capacités » des individus : elles égalisent, entre les bénéficiaires et les autres, la liberté de chacun de choisir sa vie. Sur ce point encore, elles répondent parfaitement au

²¹¹ M. Vacquin ; R. Gély.

²¹² J. J. Abrantes, *Contrat de travail et droits fondamentaux*, Frankfurt/Main 2000, p.15.

« méta-principe » de la dignité : celui-ci en effet suggère la mise en place d'une « politique de l'autonomie » qui nécessite, dans le chef de l'Etat, la protection des choix individuels « authentiques ». La référence à l'auto-détermination et à la réalisation personnelle est importante : elle reconnaît les êtres humains comme des poseurs de choix et des planificateurs, des êtres animés de projets « *who make commitments and attachments and at least partly measure their own sense of worth according to their ability to exercise their capacities and realize their dreams. Behavior based in prejudice or stereotype often impairs autonomy* »²¹³. Cette vision individualiste de la dignité (soit le développement du potentiel humain)²¹⁴ contraste avec une autre acception de cette notion : le partage d'un standard décent de vie, la répartition juste des ressources collectives (travail), également réalisé par l'action positive.

Les différences de traitements nécessaires pour protéger l'égale dignité humaine ne devraient plus être appréhendées comme un « statut préférentiel » ou une discrimination à rebours, mais être promues comme l'expression sociétale d'un sens fondamental de la justice : « *the core of human dignity, I suggest, is the ability of human kind to collectively understand compassion and collectively understand the need for justice to remedy necessary suffering* »²¹⁵. Il s'agit de tempérer un certain esprit contemporain, habitué à raisonner exclusivement en termes de droits et mérites individuels. Et désormais, comme le souhaitait R. Dworkin, de poursuivre au-delà de l'égalité formelle de traitement le droit d'une personne d'être traitée comme un égal, avec le même degré de respect et de sollicitude²¹⁶.

²¹³ D. G. Réaume, « Discrimination and Dignity », *Louisiana Law Rev.*, 2003, (vol.63), p. 673.

²¹⁴ Voy. l'arrêt de la Cour suprême canadienne : *Miron v. Trudel*, (1995), 2 SCR 418, 442.

²¹⁵ E. P. Mendes, « Taking Equality into the 21st Century : Establishing the Concept of Equal Human Dignity », (2000), 12.1 *NJCL*, 3.

²¹⁶ Le droit d'être traité comme un individu égal est fondamental, tandis que le droit à un traitement égal est dérivatif. Dans certaines circonstances, mais non dans toutes, le premier implique le second. Voy. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 (Prendre les droits au sérieux (trad.), Paris, Presses universitaires de France, coll. « Léviathan », 1995).