

ACTION POSITIVE

Colm O' Cinneide
Professeur de droit
University College de Londres (UCL)

1. INTRODUCTION

L'action positive est un concept d'une importance primordiale dans le cadre de la législation contre la discrimination. Elle désigne la mise en œuvre de mesures spécialement destinées à aider les membres de groupes souffrant de désavantages, y compris, en particulier, les femmes, à surmonter les obstacles et les discriminations qu'ils rencontrent dans la société actuelle. Différents types de mesures spécifiques peuvent être déployées à cette fin. Les employeurs peuvent accorder une préférence aux femmes ou aux membres de minorités ethniques désavantagées dans la sélection des candidats à un emploi ou à une promotion. Les organismes ou employeurs publics peuvent fournir une formation, une aide et des conseils spécifiques aux membres des groupes désavantagés. Les gouvernements peuvent promulguer des lois exigeant que les entreprises privées et publiques comptent un certain nombre de femmes dans leurs conseils d'administration.

L'action positive, parfois appelée « affirmative action » aux États-Unis, est couramment utilisée en Europe, en Amérique du Nord, en Afrique et en Inde en faveur de différents groupes. De nombreux parlements nationaux ont adopté des lois imposant l'application de l'action positive. Au sein de l'Union européenne, l'action positive en faveur des femmes est largement répandue, à l'instar de l'« affirmative action » visant à soutenir les Afro-américains et les autres groupes minoritaires désavantagés aux États-Unis. D'une manière générale, bon nombre de pays se sont dotés de mesures d'action positive pour les personnes handicapées, notamment sous la forme de conditions de travail aménagées. La législation de l'Union européenne (UE) autorise l'usage de mesures spéciales pour combattre les désavantages auxquels se heurtent les membres de groupes sous-représentés. Le droit international relatif aux droits de l'homme permet également le recours à l'action positive, et peut même l'imposer dans certaines circonstances. La légitimité de l'action positive est donc aujourd'hui bien établie.

Dans certains cas, l'application de l'action positive peut toutefois susciter la controverse. Ainsi, les membres de groupes majoritaires ont déjà fait usage de méthodes juridiques ou politiques pour remettre en question l'application de mesures spéciales en faveur de groupes désavantagés. Souvent, ces contestations sont émises par des personnes qui affirment que l'adoption de mesures spéciales pour aider les groupes désavantagés constitue une discrimination injuste à leur encontre. Les mesures accordant un traitement préférentiel à des groupes désavantagés en matière d'emploi suscitent en particulier des polémiques houleuses. En conséquence, différents pays ont élaboré une multitude de contrôles juridiques qui s'efforcent de déterminer clairement quand l'action positive peut être utilisée. Le présent document examine a) les raisons pour lesquelles l'action positive est devenue un pilier essentiel du droit et des politiques de lutte contre la discrimination, b) les types de mesures qui sont appliquées dans le cadre d'initiatives d'action positive et c) les contrôles juridiques qui sont opérés dans ce domaine de droit complexe. Il fait

spécialement référence au droit de l'Union européenne, du Royaume-Uni et des États-Unis pour développer ses arguments fondamentaux et il consacre une attention particulière à la problématique de l'égalité entre les sexes.

2. LIMITATIONS DU DROIT ANTI-DISCRIMINATION TRADITIONNEL

Si l'on souhaite comprendre pourquoi l'utilisation de l'action positive peut être indispensable, il est utile de comprendre la nature des désavantages qui frappent les femmes et les membres d'autres groupes sous-représentés sur le marché de l'emploi et dans d'autres domaines de la vie sociale. Une discrimination directe peut parfois être commise si une femme ou un membre d'un autre groupe désavantagé n'est pas choisi pour être recruté ou bénéficier d'une promotion ou d'une autre prestation en raison de son sexe, de son origine ethnique ou de son statut social. Une discrimination indirecte peut également se produire si l'application d'un critère apparemment neutre et équitable pour distinguer des personnes peut exercer une influence négative disproportionnée, qui ne peut être justifiée, sur les membres d'un groupe désavantagé. Ces deux formes de discrimination peuvent entraîner des conséquences extrêmement lourdes pour les membres de groupes désavantagés, qui en définitive, sont fréquemment confrontés à l'exclusion sociale et au mépris du principe de l'égalité de traitement.

En général, la législation anti-discrimination interdit par conséquent ces deux formes de discrimination. Il est recommandé aux personnes qui ont subi une discrimination directe ou indirecte d'intenter une action en justice, et les auteurs de la discrimination sont sanctionnés, sur la base du droit civil, par l'imposition de dommages-intérêts et d'autres formes de réparation juridique. En interdisant ainsi la discrimination pratiquée sous ces formes, la législation anti-discrimination s'est avérée extrêmement fructueuse dans de nombreux pays, notamment en Europe et en Amérique du Nord. Elle a modifié le comportement de nombreux employeurs et organismes publics, transformé les attitudes sociales à l'égard des groupes désavantagés et empêché de multiples cas de discrimination¹.

Il est toutefois également important d'être conscient que l'application d'une législation anti-discrimination pour éradiquer les désavantages dont souffrent les femmes et les autres groupes sous-représentés peut n'apporter qu'une évolution sociale de faible envergure. Les attitudes discriminatoires sont souvent profondément enracinées dans la société. La législation anti-discrimination interdit la discrimination directe et indirecte, mais elle est impuissante lorsqu'aucun élément irréfutable ne prouve qu'une discrimination a été commise ou lorsqu'une personne ne souhaite pas se plaindre du traitement défavorable dont elle a été victime. Même si une personne a envie d'émettre une plainte à la suite d'une discrimination, les pressions financières et sociales qui pèsent sur elle peuvent être si intenses qu'elle décide de renoncer à son action et de rentrer dans le rang de la conformité².

¹ Pour une analyse de l'efficacité de la législation anti-discrimination au Royaume-Uni, voir B. HEPPLÉ, M. COUSSEY et . CHOUDHURY, *Equality: A New Framework: Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation* [Égalité : Nouveau rapport-cadre sur l'examen indépendant de l'application de la législation anti-discrimination britannique] (Oxford : Hart Publishing, 2000), point 1.33.

² Voir S. FREDMAN, *Discrimination Law* [Droit de la discrimination] (Oxford : Oxford University Press, 2001), p. 165. Voir également S. FREDMAN et E. SZYSZCZAK, 'Interaction of Race and Gender'

S'il ne se trouve pas suffisamment de personnes désireuses d'introduire une plainte en justice dans l'un ou l'autre domaine de l'activité économique ou de la vie sociale, la législation anti-discrimination risque bien de n'exercer qu'une influence extrêmement limitée dans ces domaines. Par exemple, des problèmes de discrimination fondée sur le sexe sont constatés depuis un certain temps dans le milieu florissant des services financiers à Londres. Des travailleuses de banques d'investissement de premier plan se plaignent régulièrement d'attitudes sexistes et d'agressivité à l'égard des femmes enceintes qui prennent un congé³. Jusqu'à récemment, un très petit nombre de poursuites pour discrimination fondée sur le sexe avaient toutefois été engagées au titre de la problématique de l'égalité entre les sexes dans le secteur des services financiers de la City londonienne. Les choses ont commencé à changer lorsque plusieurs femmes actives dans des banques d'investissement ont obtenu des dommages-intérêts astronomiques (dépassant parfois le million de livres britanniques) à la suite d'une discrimination fondée sur le sexe. Les victimes de discrimination, opprimées par les pressions sociales, tardent toutefois encore à formuler une plainte.

De surcroît, les personnes dénonçant une discrimination peuvent éprouver de grandes difficultés à monter un dossier solide dans le respect de la législation anti-discrimination, en particulier dans les cas de discrimination indirecte, pour lesquels la loi est complexe et il peut être difficile de prouver les faits en cause. Elles peuvent ainsi être découragées de recourir à la législation anti-discrimination⁴. Même si une action porte ses fruits, l'indemnisation qui peut être accordée à une personne peut se limiter à la réparation du tort immédiat, et souvent, la législation anti-discrimination n'exige pas de modifications plus larges du mode de fonctionnement d'une entreprise, qui pourraient profiter à davantage de travailleurs que la seule victime qui a porté l'affaire en justice. L'impact de la législation peut donc être fortement restreint⁵.

Des problèmes plus profonds peuvent toutefois également se poser. Les mentalités et les attentes des employeurs, des organismes publics et des entreprises sont souvent façonnées par les postulats sociaux et les stéréotypes dominants. Les employeurs peuvent s'imaginer clairement à quoi un travailleur « normal » est censé ressembler et comment il est censé se comporter. Il peut alors arriver que les candidats appartenant aux groupes sociaux dominants soient sélectionnés par préférence à des candidats moins évidents qui peuvent être tout aussi qualifiés. Les entreprises peuvent rechercher des travailleurs potentiels qui possèdent des origines similaires aux dirigeants de l'entreprise, de sorte que la prédominance de groupes sociaux spécifiques est « répliquée » et que les membres d'autres groupes sont mis sur la touche. Un homme issu d'un groupe ethnique dominant et qui provient par ailleurs d'un milieu socioculturel traditionnellement prospère a toutes les chances de réussir alors qu'une femme ou une personne issue d'un milieu plus défavorisé échouera. La plupart des sociétés humaines connaissent ce problème.

[Interaction de la race et du sexe], dans B. HEPPLÉ et E. SZYSZCZAK, *Discrimination: The Limits of the Law* [Discrimination : les limites de la loi] (Londres : Mansell, 1992), pp. 214-26.

³ Voir FAWCETT SOCIETY, *Sexism in the City* [Sexisme dans la City] (Londres : Fawcett Society, 2007).

⁴ Voir N. BAMFORTH, M. MALIK et C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context* [Droit de la discrimination : Théorie et contexte] (Londres : Sweet & Maxwell, 2008), chap. 6 et 7.

⁵ Voir S. FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 170-73.

Il est en outre possible que les groupes désavantagés n'aient pas le capital social et l'accès aux réseaux d'influence que les membres de groupes dominants peuvent avoir à leur disposition⁶. Ainsi, il peut être malaisé pour les membres de minorités ethniques, les personnes handicapées ou les personnes issues de certains milieux socio-économiques d'étudier dans les meilleures universités à cause d'obstacles éducatifs et culturels, si bien qu'il leur est ensuite extrêmement difficile d'accéder à de bons emplois ou à des postes influents. Les suppositions et les stéréotypes sur la manière dont les femmes et les membres de groupes sous-représentés se comportent et agissent peuvent leur causer de graves préjudices, souvent, par le biais de mécanismes subtils qui rendent impossible l'introduction d'une action judiciaire au titre de la législation anti-discrimination. Dans les pays européens, par exemple, un employeur peut penser qu'une femme musulmane provenant d'un milieu religieux traditionnel ne souhaite pas exécuter des types de tâches spécifiques ou côtoyer des hommes dans certaines circonstances et, partant, décider de ne pas l'embaucher. En conséquence, l'occasion de démontrer ses capacités peut lui échapper uniquement à cause de suppositions et de stéréotypes irréflectifs.

D'autres problèmes encore peuvent exister. Les groupes désavantagés souffrent couramment d'une négligence des gouvernements nationaux et des autorités locales, qui est communément due à une compréhension déficiente de leurs besoins spécifiques, et leurs caractéristiques propres ne sont pas prises en considération. Cette négligence est dans de nombreux cas imputable à la participation limitée des membres de ces groupes désavantagés aux rouages décisionnels⁷. Le problème en cause peut se manifester à la fois dans les secteurs public et privé et réduire injustement leurs possibilités de participation. L'absence de personnes en situation de handicap aux niveaux de décision les plus élevés de la plupart des organismes publics et des entreprises privées a par exemple eu pour effet que les besoins des personnes handicapées ont longtemps été ignorés dans beaucoup de sociétés. De même, lorsque très peu de femmes et de membres de groupes désavantagés prennent part à des domaines particuliers des activités sociales, ces domaines peuvent en fin de compte devenir extrêmement inamicaux pour les personnes de milieux inhabituels qui souhaiteraient s'y intégrer. L'expérience de l'Amérique du Nord et de l'Europe montre qu'il est ardu pour les minorités ou les femmes de trouver leur place dans des domaines d'emploi ou d'activités sociales dans lesquels les hommes ou les membres de groupes dominants règnent sans partage. Les plaisanteries, les habitudes, les pratiques et le comportement des personnes qui sont déjà installées dans l'organisation ou impliquées dans l'activité peuvent, consciemment ou inconsciemment, exclure les nouveaux arrivants.

L'on peut également déplorer un manque de « modèles », c'est-à-dire de personnes issues de groupes désavantagés qui ont réussi à s'intégrer dans des activités ou des organisations spécifiques ou à se hisser à un poste à responsabilité. L'existence de tels « modèles » peut encourager les membres des groupes désavantagés à approcher l'activité ou l'organisation en question. De nombreuses universités britanniques et américaines appliquent ainsi des politiques spécialement conçues pour inciter les membres de groupes désavantagés à s'inscrire et les soutenir dans leurs études, dans l'espoir que leur exemple

⁶ Pour la notion de « capital social », voir P. BOURDIEU, 'The Forms of Capital' [Les formes du capital], dans A. HALSEY, H. LAUDER, P. BROWN et A. STUART WELLS (éd.), *Education: Culture, Economy and Society* [Éducation: culture, économie et société] (Oxford : Oxford University Press, 1997), pp. 46-58.

⁷ Voir S. FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 22-23.

servira de motivation à d'autres membres de ces groupes pour fréquenter à leur tour l'université. L'absence de tels « modèles » peut par contre rebuter les membres de groupes désavantagés, qui n'essaieront même pas de mettre le pied dans des environnements qui leur paraissent en général hostiles ou étrangers.

Tous les facteurs évoqués expliquent pourquoi les discriminations et les désavantages peuvent persister dans des sociétés qui possèdent de puissantes lois anti-discrimination. Ils sont couramment désignés, collectivement, sous le terme de formes « structurelles » d'inégalité parce qu'ils impliquent les structures sous-jacentes de la société, et non des actes de discrimination individuels. En variante, l'on rencontre aussi parfois l'expression « discrimination institutionnelle » car un grand nombre de ces facteurs ont trait au fonctionnement des institutions et à l'influence exercée par la culture des institutions publiques et privées.

La présence de ces facteurs structurels ou institutionnels contribue à expliquer pourquoi la législation anti-discrimination « traditionnelle » ne peut parfois réussir à éradiquer les discriminations et les désavantages. Ainsi que cela a été évoqué, la législation anti-discrimination a remporté de formidables succès en Europe et en Amérique du Nord au cours des quarante dernières années, en ce qui concerne notamment l'égalité entre les sexes. Cette législation a toutefois pour objectif ultime de garantir à chacun l'égalité de traitement, et bien souvent, les formes structurelles d'inégalité ne peuvent être éliminées à l'aide de la législation anti-discrimination⁸.

Les facteurs décrits expliquent également pourquoi il est fréquemment indispensable de prendre des mesures particulières pour promouvoir l'égalité et faire disparaître les désavantages que rencontrent certains groupes sociaux. Les femmes, les personnes handicapées, les minorités ethniques et les autres groupes désavantagés sont confrontés à toute une série d'obstacles, et le fait d'accorder un traitement préférentiel à ces groupes dans certaines circonstances peut les aider à surmonter ces obstacles. De plus, les groupes désavantagés peuvent également souffrir d'une longue histoire de discrimination et d'exclusion sociale. En conséquence, il arrive que l'éducation, l'emploi et l'aide de l'État leur fassent défaut, ce qui les enferme dans la pauvreté ou des conditions socio-économiques médiocres, qui peuvent encore aggraver leur désavantage. Il peut être extrêmement difficile de briser ce cycle. En Europe, la politique sociale consacre des efforts croissants à la recherche d'outils permettant de combattre l'exclusion sociale⁹. Dans le cadre de cette évolution politique, il est apparu que l'accomplissement de progrès requiert que des mesures spéciales soient prises afin d'assurer que les groupes socialement exclus puissent intervenir dans les décisions des autorités publiques, ainsi que dans l'éducation, l'emploi et les autres facettes importantes de la vie sociale. À défaut d'une telle participation, le problème de l'exclusion sociale est voué à persister. Des démarches actives s'imposent donc pour promouvoir une égalité accrue.

3. QU'EST-CE QUE L'ACTION POSITIVE ?

⁸ Ibid. 7-11. Voir également J. SQUIRES, *Gender in Political Theory* [Le sexe dans la théorie politique] (Cambridge : Polity Press, 1999).

⁹ Voir H. COLLINS, 'Discrimination, Equality and Social Inclusion' [Discrimination, égalité et inclusion sociale], 66(1) *Modern Law Review* [Revue du droit moderne], pp. 16-43.

Le terme « action positive » peut désigner un large éventail de politiques et d'initiatives. Parfois, l'action positive signifie l'octroi d'un traitement préférentiel aux minorités, aux femmes et aux autres groupes désavantagés. Privilégier les candidats appartenant à des groupes désavantagés peut constituer une dimension importante d'une politique d'action positive. Les stratégies en la matière peuvent toutefois revêtir une grande diversité de formes, qui ne comprennent pas nécessairement le recours au traitement préférentiel¹⁰. Toute stratégie d'action positive mûrement réfléchie doit sans doute s'efforcer de mettre en application plusieurs formes d'action positive. Différentes stratégies peuvent utiliser différentes formes d'action positive à différents moments selon la nature des désavantages combattus et les paramètres socio-économiques et politiques pertinents.

En conséquence, une définition large de l'action positive pourrait inclure toutes les mesures qui sont destinées à transformer les pratiques sociales existantes, au moyen d'engagements positifs, afin de déconstruire les schémas d'exclusion et de désavantage de certains groupes¹¹. À l'intérieur de cette définition, Christopher McCrudden a distingué cinq catégories fondamentales d'action positive¹².

Catégorie 1 : éradication des discriminations interdites

La première catégorie comprend les mesures positives destinées à éradiquer les discriminations qui nécessitent que les organisations accomplissent des démarches actives pour repérer et faire cesser les politiques qui sont à l'origine de discriminations. En pratique, cette forme d'action positive passe souvent par la réalisation de contrôles réguliers de la manière dont les organisations sélectionnent leurs travailleurs, accordent des promotions et mènent leurs affaires. Le but de ces mesures consiste à mettre un terme à toute discrimination qui est commise ou qui pourrait être commise dans le futur. Les organisations peuvent modifier leurs politiques d'embauche, leur manière de consulter leurs salariés ou leur manière de fournir leurs produits et services au public. Ces mesures sont généralement efficaces pour enrayer la discrimination directe et indirecte, mais elles n'ont que peu d'effets dans la résolution des problèmes plus complexes de la discrimination structurelle ou institutionnelle.

Catégorie 2 : politiques délibérément inclusives

La deuxième catégorie est constituée de politiques et de pratiques qui n'accordent pas un traitement préférentiel aux groupes désavantagés sur la base du sexe, de l'origine ethnique ou d'une autre caractéristique distinctive, mais qui s'appuient au contraire sur le fondement de critères généraux pour fournir une aide particulière. Les autorités publiques peuvent par exemple concevoir des mesures spéciales pour aider les chômeurs à se réinsérer sur le marché du travail ou allouer un soutien particulier aux écoles d'une région qui compte beaucoup de familles pauvres. Ces politiques peuvent néanmoins bénéficier

¹⁰ C. MCCRUDDEN, 'Rethinking Positive Action' [Repenser l'action positive] (1986) 15, *Industrial Law Journal* [Journal du droit social], pp. 219-243.

¹¹ Cette définition est extraite de C. BELL, A. HEGARTY et S. LIVINGSTONE, 'The Enduring Controversy: Developments on Affirmative Action Law in North America' [La controverse persistante : évolution du droit relatif à l'action positive en Amérique du Nord] (1996), *International Journal of Discrimination and the Law* [Journal international de la discrimination et du droit], 233, p. 234.

¹² C. MCCRUDDEN, 'Rethinking Positive Action' (1986) 15, *Industrial Law Journal*, pp. 219-243.

indirectement aux groupes désavantagés. Aux États-Unis, les politiques qui offrent une aide particulière aux écoles affichant une forte proportion d'enfants migrants ou pauvres bénéficient ainsi principalement aux minorités afro-américaines et hispaniques.

Souvent, les gouvernements optent pour des politiques de ce type lorsqu'ils ne souhaitent pas que le grand public considère qu'ils réservent un traitement particulier à certains groupes sociaux. Elles ont toutefois l'inconvénient qu'en raison de leur portée générale, elles ne profitent pas forcément aux groupes qui auraient le plus instamment besoin d'une aide. Au Royaume-Uni, par exemple, les différents groupes ethniques sont en proie à des problèmes sociaux différents : la communauté pakistanaise (dont les membres ont immigré à l'origine depuis le Pakistan et sont majoritairement de confession musulmane) rencontre des problèmes particuliers, qui prennent leur source dans les préjugés contre l'islam et dans le faible nombre de femmes parmi ses membres qui ont un emploi, que ne connaissent pas d'autres minorités ethniques, telles que la communauté indienne (dont les membres sont d'ordinaire issus de milieux plus aisés et d'une multitude de traditions religieuses)¹³. Les mesures générales ciblant les communautés les plus précaires ou les écoles de quartiers spécifiques peuvent laisser intacts les problèmes particuliers de la communauté pakistanaise du Royaume-Uni, et notamment des femmes de cette communauté.

Catégorie 3 : sensibilisation

La troisième catégorie implique le déploiement de programmes de « sensibilisation ». Autrement dit, des instances publiques ou privées mettent en œuvre des stratégies destinées à attirer davantage de candidatures de groupes désavantagés pour un emploi, une promotion ou une inscription à des cours de formation. Cela peut comprendre la réalisation de publicités ciblées, l'établissement de liens particuliers avec les groupes communautaires, les écoles et les organisations des minorités ethniques visées, ou encore la communication aux groupes désavantagés, par l'instance de sensibilisation, d'une présentation soigneusement conçue pour montrer que la diversité et les candidatures de membres de groupes désavantagés y sont les bienvenues. Les organismes publics peuvent également mener des campagnes de sensibilisation spécifiques pour s'assurer que les groupes désavantagés, et notamment les femmes, font appel aux services de santé, de transport, d'aide sociale et d'éducation qu'ils fournissent. D'autres formes d'actions peuvent résider dans la réservation de places à des stades spécifiques du processus de recrutement (en assurant par exemple qu'une femme soit systématiquement interrogée pour chaque emploi vacant ou opportunité de promotion) ou dans l'organisation de formations selon des méthodologies particulières pour les membres de groupes désavantagés. Les mesures de sensibilisation et de développement de ce type présentent l'intérêt de pouvoir compenser les désavantages et les obstacles auxquels se heurtent les membres de groupes défavorisés, mais d'un autre côté, elles ont le défaut qu'elles peuvent encourager la participation des groupes défavorisés, mais pas la garantir ou offrir la certitude d'aboutir à des résultats précis.

¹³ Voir les statistiques sur le désavantage comparatif parmi les groupes minoritaires du Royaume-Uni dans *Fairness and Freedom: The Final Report of the Equalities Review Panel* [Équité et liberté : Rapport final du panel d'examen des égalités] (Londres : Cabinet Office, 2007).

Catégorie 4 : préférences

En quatrième lieu, une forme importante d'action positive consiste à réserver un traitement préférentiel aux membres de groupes désavantagés dans le domaine de l'emploi (et, parfois, de l'éducation). Une large gamme de procédés peuvent être imaginés pour accorder la préférence aux personnes issues de groupes désavantagés dans le recrutement, la promotion et la sélection aux postes supérieurs dans la hiérarchie. Dans certains pays, certaines fonctions peuvent être réservées à des femmes, des personnes handicapées ou des membres d'un groupe minoritaire particulier. En variante, le sexe, l'origine ethnique, le handicap ou toute autre spécificité qui place une personne dans un groupe désavantagé peut constituer un facteur qui doit être pris en considération dans les décisions d'embauche et de promotion. Une société peut par exemple estimer que sa haute direction ne compte pas suffisamment de femmes et, par conséquent, décider que le sexe des candidats doit être pris en considération lors des entretiens de sélection, et que si deux candidats ou davantage possèdent des qualifications sensiblement équivalentes pour le poste à pourvoir, la priorité peut être donnée à une femme. Dans ce cas, le traitement préférentiel est appliqué à titre d'« arbitrage final ». Le traitement préférentiel peut également impliquer que l'appartenance d'un candidat à un groupe désavantagé soit assimilée à un « atout », ou en d'autres termes, un facteur positif en faveur d'un candidat, qui s'ajoute à tous les autres facteurs pertinents.

L'avantage substantiel qu'offre le traitement préférentiel par rapport aux autres formes d'action positive tient à ce qu'il garantit normalement un résultat fructueux. Le traitement préférentiel est souvent instauré lorsque d'autres types d'action ont échoué parce qu'il est efficace. En Norvège, par exemple, l'application de stratégies alternatives d'action positive pendant plusieurs années a donné lieu à un degré considérable d'égalité entre les sexes dans l'ensemble de la société, mais les femmes restaient profondément sous-représentées aux échelons suprêmes des conseils d'administration tant dans les entreprises privées que dans les organismes publics. En 2003, le parlement norvégien a donc adopté une loi selon laquelle si les entreprises ne prenaient pas les mesures appropriées pour faire en sorte que leurs conseils d'administration comptent 40 % de femmes dans un délai de deux ans, elles seraient contraintes de faire respecter ce quota par la force de la loi ou elles encourraient des sanctions juridiques. Constatant en 2006 que de nombreuses sociétés privées n'avaient pas atteint cet objectif, le parlement a mis cette menace à exécution en exigeant que tous les conseils d'entreprise appliquent ce quota à l'horizon 2008, faute de quoi une amende leur serait infligée ou ils seraient dissous¹⁴.

Des mesures similaires ont été adoptées par la suite dans plusieurs États de l'Union européenne, parmi lesquels la France, l'Espagne et l'Italie, et l'Allemagne fait également marche dans cette direction¹⁵. En France, la proportion de femmes dans les instances de décision françaises a grimpé de 12 % à 22 % depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les

¹⁴ Pour plus d'informations, voir la description détaillée de la législation disponible (en anglais) sur le site web du ministère norvégien de l'enfance et de l'égalité, à l'adresse <http://www.regjeringen.no/en/dep/bld/Topics/Equality/rules-on-gender-representation-on-compan.html?id=416864> (dernière consultation : 12 mai 2008).

¹⁵ En Allemagne, la CDU/CSU et le SPD se sont engagés, dans leur récent accord de gouvernement, à exiger que toutes les entreprises cotées à l'indice national DAX placent au moins 30 % de femmes au sein de leurs conseils de surveillance d'ici à 2016.

quotas, en 2011. Récemment, la Banque centrale européenne a en outre annoncé son intention d'arriver à 28 % de femmes dans les postes de direction supérieurs d'ici à 2019.

Le 14 novembre 2012, la Commission européenne a présenté une proposition de directive selon laquelle toutes les sociétés de l'Union européenne, à partir d'une taille déterminée, devraient compter au moins 40 % d'administrateurs non exécutifs de chaque sexe au sein de leur conseil de surveillance d'ici à 2020. Si une société n'atteint pas ce seuil, elle devrait appliquer dans sa sélection des critères clairs et n'établissant aucune distinction fondée sur le sexe, et à niveau de qualification égal, la priorité devrait être donnée au sexe sous-représenté (dans le droit fil des exigences applicables du droit européen à ce sujet, qui seront décrites ci-après). Le 20 novembre 2013, le Parlement européen a voté à une large majorité en faveur de cette proposition en première lecture, mais la directive est actuellement bloquée au niveau du Conseil¹⁶.

Catégorie 5 : redéfinition du mérite

La cinquième catégorie d'action positive décrite par McCrudden consiste à s'efforcer de « redéfinir le mérite », ou d'autres termes, d'examiner et de remanier les critères sur la base desquels les employeurs recrutent des travailleurs (ou les établissements d'enseignement sélectionnent des étudiants) de façon à assurer une participation accrue des groupes désavantagés. Souvent, la manière dont un employeur définit les qualifications demandées pour un emploi exclut en tant que telle de nombreux candidats potentiels issus de groupes sous-représentés. Un employeur peut par exemple estimer qu'un poste impose un horaire très long et irrégulier et évaluer les candidats en gardant à l'esprit qu'ils doivent être capables de prêter ces heures de travail. Cette exigence peut fréquemment défavoriser de nombreuses femmes qui assument des responsabilités de garde d'enfants, ainsi que d'autres candidats qui prennent soin de membres âgés de leur famille. Elle n'est toutefois pas nécessairement incontournable, la charge de travail inhérente au poste pouvant le cas échéant être réorganisée ou adaptée d'une autre manière. Les conceptions actuelles du « mérite » peuvent dissimuler des hypothèses stéréotypées et négliger d'autres approches par lesquelles une fonction donnée peut être accomplie.

En conséquence, il pourrait s'avérer faisable de repenser les qualités requises pour de nombreux postes et de redéfinir la signification courante du « mérite » dans un sens qui ouvre les portes de l'emploi et de l'enseignement aux membres de groupes désavantagés. Aux États-Unis, ainsi que cela sera commenté ci-après, la Cour suprême a déclaré qu'une population estudiantine diversifiée pouvait améliorer l'expérience éducative des étudiants¹⁷. En conséquence, les universités peuvent désormais tenir compte de l'origine ethnique et socio-économique des étudiants dans leurs décisions d'admission et traiter l'appartenance à un groupe sous-représenté comme un facteur positif, car il est reconnu que l'intégration d'un plus grand nombre de membres de

¹⁶ Pour plus de précisions, voir http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/121114_fr.htm, pour le texte de la proposition législative de la Commission, voir <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:fr:PDF>, et pour le contexte politique, voir http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/documents/140303_factsheet_wob_fr.pdf

¹⁷ Voir *Grutter contre Bollinger* 539 US (2003).

groupes sous-représentés dans leur population étudiante améliore sa diversité et, par corollaire, le niveau global de l'enseignement.

Il peut par ailleurs être constaté que la présence d'une certaine proportion de personnalités éminentes issues de groupes désavantagés dans le gouvernement et les autorités élues peut rehausser la qualité de la prise de décisions. De nombreux pays européens, en particulier, réservent dès lors des places aux membres de groupes ethniques spécifiques dans leurs assemblées élues ou imposent aux partis politiques de faire figurer sur leurs listes un certain nombre de femmes¹⁸.

4. COMMENT ET QUAND L'ACTION POSITIVE EST-ELLE UTILISÉE ?

Les stratégies d'action positive peuvent revêtir une multitude de formes, en associant généralement des éléments puisés dans plusieurs ou même toutes les catégories décrites. Différents pays ont utilisé de nombreuses formes d'action positive à différentes époques et la mise en œuvre de ce type de mesures précède fréquemment l'adoption d'une législation anti-discrimination. Bon nombre de pays d'Europe et d'Amérique du Nord ont par exemple instauré des quotas d'emplois et réservé des postes spécifiques aux personnes handicapées au lendemain des Première et Seconde guerres mondiales en réaction au nombre immense de survivants grièvement blessés dans ces conflits¹⁹.

D'autres types d'actions positives ont été introduites, initialement, aux États-Unis, à la fin des années 1960 et au début des années 1970 pour remédier à la ségrégation diffuse de la communauté afro-américaine. Une grande partie de ces mesures d'« affirmative action » ont dans un premier temps été imposées par des décisions de justice afin de contrer des discriminations directes ou indirectes existantes²⁰. Leur application s'est toutefois propagée aux États-Unis bien au-delà de leur fonction de réparation dans des affaires judiciaires de discrimination. Toute une panoplie de mesures d'action positive ont aujourd'hui cours et font partie intégrante de la dynamique née après les années 1960 pour enrayer la ségrégation et assurer l'égalité de traitement des Afro-américains et des autres groupes désavantagés.

Au sein de l'Union européenne, une grande diversité d'approches prévalent à l'égard de l'action positive. Des disparités peuvent être observées non seulement entre les États membres, mais aussi à l'intérieur des frontières de certains États, dans la manière

¹⁸ Voir C. O'CONNOR et M. RUSSELL, 'Positive Action to Promote Women in Politics: Some European Comparisons' [L'action positive pour la promotion des femmes en politique : comparaisons européennes] (2003) 53, *International Comparative Law Quarterly* [Revue trimestrielle de droit international comparé], pp. 587-614.

¹⁹ Voir L. WADDINGTON, 'Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws' [Réexaminer l'emploi des personnes handicapées en Europe : des quotas aux lois anti-discrimination] (1996), 18 *Comparative Labour Law Review* [Revue de droit du travail comparé], p. 62.

²⁰ Aux États-Unis, la législation permet aux tribunaux de prononcer un « jugement d'expédient », par lequel une entreprise coupable de discrimination s'engage à prendre des mesures d'action positive pour remédier aux dommages provoqués par ses politiques discriminatoires. Le Département de la justice peut en outre, conformément à la loi de 1994 sur la lutte contre la criminalité violente et l'application de la législation, conclure un accord d'expédient avec un département de police municipal qui est accusé de s'être livré à des « pratiques ou politiques » qui enfreignent les droits civils de ses citoyens tels qu'ils sont protégés par les lois fédérales et locales. Voir 42 USC 14141 (Su IV 1998).

dont l'action positive est utilisée pour s'attaquer à différents types de désavantages²¹. Certaines tendances générales paneuropéennes peuvent néanmoins être décelées. Dans la plupart des cas, le droit européen autorise le recours à différentes formes d'action positive, mais ne le prescrit pas (voir ci-après). La forme qu'adopte l'action positive dans chaque pays est donc déterminée par les États membres eux-mêmes, et non par l'Union européenne.

Les lois nationales permettent d'ordinaire une application plus étendue des mesures d'action positive au profit des personnes handicapées que pour tout autre type de désavantage, ce qui reflète l'usage intensif des quotas d'emplois dans les périodes d'après-guerre²². L'utilisation de formes « puissantes » d'action positive, y compris le traitement préférentiel, est relativement courante pour tendre à l'amélioration de l'égalité entre les sexes. De nombreux Länder allemands ont par exemple édicté des exigences d'« arbitrage final » selon lesquelles la priorité doit être donnée aux femmes lorsque plusieurs candidats satisfont aux critères de recrutement à un poste dans la fonction publique. Ces mesures ont été largement inspirées par un rapport d'experts important, qui affirmait que la fonction publique allemande devait devenir un « modèle » d'égalité dans le domaine de l'emploi²³.

En France, le non-respect d'une représentation équitable des femmes sur les listes de candidats établies par un parti politique pour les élections peut être sanctionné par la réduction du financement public alloué à ce parti. Les autres États européens se sont également dotés d'une multitude de mesures pour permettre ou imposer aux partis politiques de pratiquer une action positive au profit de la sélection de femmes parmi leurs candidats²⁴. Ainsi que cela a été remarqué plus haut, des quotas ont aussi été fixés récemment pour les conseils d'entreprise.

En dehors du contexte du sexe et du handicap, l'action positive est en revanche moins courante dans l'Union européenne. Au Royaume-Uni, les pouvoirs publics sont soumis à des « obligations positives pour l'égalité », selon lesquelles ils doivent contrôler les répercussions de leurs politiques sur les groupes désavantagés et prendre des mesures pour démanteler les obstacles à l'égalité de traitement²⁵. D'autres formes d'action positive

²¹ Voir l'analyse des différences entre les États membres en ce qui concerne l'action positive sur la base de l'origine ethnique dans D. CARUSO, 'Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives' [Limites de la méthode classique : l'action positive dans l'Union européenne après les nouvelles directives sur l'égalité] (2003) 44, *Harvard International Law Journal* [Journal de droit international d'Harvard], pp. 331-386.

²² Pour un exposé sur l'utilisation des quotas pour les personnes handicapées, ainsi que les problèmes inhérents à ces systèmes, voir L. WADDINGTON, 'Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Laws', 18 *Comparative Labour Law Review* (1996), p. 62.

²³ N. COLNERIC, 'Making Equality Law More Effective: Lessons From the German Experience' [Augmenter l'efficacité de la législation sur l'égalité : les leçons de l'expérience allemande] (1996) 3, *Cardozo Women's Law Journal* [Journal du droit des femmes de Cardozo], pp. 229-250. Voir également D. SCHIEK, 'Sex Equality after *Kalanke* and *Marschall*' [L'égalité entre les sexes après *Kalanke* et *Marschall*] (1998) 4(2), *European Law Journal* [Journal du droit européen], pp. 148-166.

²⁴ Voir C. O'CINNEIDE et M. RUSSELL, 'Positive Action to Promote Women in Politics: Some European Comparisons' (2003) 53, *International Comparative Law Quarterly*, pp. 587-614.

²⁵ Voir C. O'CINNEIDE, 'Positive Action and the Limits of the Law' [L'action positive et les limites de la loi] (2006) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* [Journal de Maastricht du droit européen et comparé], pp. 351-365.

destinées à éliminer les désavantages qui pénalisent les groupes minoritaires sont également de plus en plus répandues dans les secteurs public et privé. En Irlande du Nord, une région du Royaume-Uni qui a été le théâtre d'affrontements interreligieux et ethniques violents entre les protestants et les minorités catholiques, un ensemble de « devoirs pour l'équité au travail » ont été imposés à toutes les entités publiques et privées dont les effectifs dépassent un certain seuil et ils ont produit un effet considérable sur l'amélioration de la situation de la minorité catholique, qui était historiquement désavantagée²⁶.

Dans certains pays, les employeurs privés peuvent être contraints d'adopter des mesures d'action positive s'ils souhaitent participer aux appels d'offres de marchés publics. Aux États-Unis, le Président Kennedy a instauré cette forme d'action positive en 1961, en stipulant que les entreprises travaillant pour le gouvernement ne devaient pas seulement s'abstenir de tout acte discriminatoire interdit, mais aussi renforcer la présence de minorités raciales parmi leur personnel. Étoffées ultérieurement par le décret 11246, les « exigences de conformité des marchés publics » sont placées sous le contrôle de l'Office américain des programmes de conformité des contrats fédéraux et s'appliquent à quelque 300 000 entreprises du secteur privé, qui emploient au total environ 40 % de la population active américaine²⁷.

Cette forme d'action positive est également appliquée (dans différentes déclinaisons) au Canada²⁸, en Australie²⁹ et en Afrique du Sud, où l'action positive a succédé à maints égards au racisme du régime d'apartheid antérieur³⁰. Dans l'Union européenne, les organismes publics disposent depuis peu de meilleures possibilités d'appliquer des mesures similaires de « conformité des contrats » grâce à des modifications apportées aux règles régissant la passation de marchés de fournitures et de services entre les pouvoirs publics et les sociétés privées³¹.

Une autre forme importante d'action positive doit également être citée. Les pouvoirs publics déploient différentes politiques d'« approche intégrée » ou de « stratégies pour la diversité » à travers l'Union européenne. La signification d'une « approche intégrée » peut laisser interrogatif, l'expression se prêtant à diverses interprétations³². Le Conseil de l'Europe l'a toutefois définie comme l'incorporation de la

²⁶ Voir C. MCCRUDDEN, R. FORD et A. HEATH, 'Legal Regulation of Affirmative Action in Northern Ireland: An Empirical Assessment' [Réglementation juridique de l'action positive en Irlande du Nord : analyse empirique] (2004) 24 (3), *Oxford Journal of Legal Studies* [Journal d'études juridiques d'Oxford], pp. 363-415. Il peut également être noté que la loi de 2000 sur la police (en Irlande du Nord) exige que 50 % des policiers stagiaires ou des membres du personnel de soutien recrutés dans les services de police de la région soient de confession catholique romaine. Cette mesure est destinée à combler la sous-représentation historique des catholiques romains dans la police d'Irlande du Nord.

²⁷ Pour plus d'informations, voir B. Hepple, M. Coussey et T. Choudhury, *Equality: A New Framework Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation* (Oxford : Hart Publishing, 2000), p. 65.

²⁸ Loi de 1995 sur l'équité en matière d'emploi.

²⁹ Loi de 1999 sur l'égalité des chances pour les femmes sur le lieu de travail modifiant et consolidant la loi de 1986 sur l'action positive (égalité des chances d'emploi pour les femmes).

³⁰ Loi de 1998 sur l'équité en matière d'emploi.

³¹ Voir Colm O'Cinneide, *Taking Equal Opportunities Seriously* [Lutter réellement pour l'égalité des chances] (Londres : Equality and Diversity Forum, 2003), Part VIII.

³² Voir T. Rees, *Mainstreaming Equality in the European Union* [L'approche intégrée de l'égalité dans l'Union européenne] (Londres : Routledge, 1998).

perspective de l'égalité dans toutes les politiques du secteur public, dans tous les domaines et à tous les niveaux de la mise en place des politiques³³. McCrudden a identifié deux axes essentiels dans une approche intégrée efficace, à savoir l'« étude d'impact », qui s'intéresse à l'incidence des politiques publiques sur les groupes désavantagés, et la « participation », qui encourage l'implication de ces groupes dans les mécanismes décisionnels³⁴. La stratégie de l'approche intégrée a recueilli au cours des dernières années le soutien des Nations unies, de l'Union européenne, du Secrétariat du Commonwealth, de l'OIT et de l'OCDE³⁵. La quasi-totalité des États membres de l'Union européenne, ainsi que les institutions, ont élaboré des programmes d'approche intégrée de l'égalité entre les sexes, qui affichent des degrés divers d'efficacité et d'ambition³⁶. Des tentatives, quoique modestes, ont en outre été effectuées pour intégrer de façon transversale les questions liées au handicap dans la législation et les politiques de l'Union européenne³⁷, mais aucun programme global révolutionnaire pour une approche intégrée de l'égalité n'a vu le jour³⁸. L'approche intégrée renferme pourtant de toute évidence un formidable potentiel au titre des stratégies d'action positive. Un problème majeur qui y est lié tient toutefois à ce que souvent, la mise en œuvre d'une approche intégrée effective peut seulement se concrétiser lorsque tous les ingrédients nécessaires sont réunis en termes de volonté politique, de capacité organisationnelle, d'autorité dirigeante et de conseils spécialisés³⁹. Une expérience récurrente de la législation anti-discrimination se

³³ Voir *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, Rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité (EG-S-MS (98) 2) (Strasbourg : Conseil de l'Europe, mai 1998).

³⁴ C. McCrudden, "Mainstreaming Equality in the Governance of Northern Ireland" [L'approche intégrée de l'égalité dans la gouvernance en Irlande du Nord] (1999) 22 (4) *Fordham International Law Journal* [Journal de droit international de Fordham], 22.

³⁵ Quatrième Conférence mondiale des Nations unies sur les femmes (1995), *Déclaration et programme d'action de Beijing*. New York, United Nations Publishing. Voir également S. Razavi et C. Miller, "Gender Mainstreaming: A Study of Efforts by the UNDP, the World Bank and the ILO to Institutionalise Gender Issues" [L'approche intégrée de l'égalité entre les sexes : analyse des efforts du PNUD, de la Banque mondiale et de l'OIT pour institutionnaliser les questions de genre], Publication occasionnelle n° 4, Quatrième Conférence mondiale des Nations unies sur les femmes, 1995. Pour un compte rendu extrêmement complet des initiatives d'approche intégrée et des bonnes pratiques, voir F. Mackay et K. Bilton, *Learning From Experience: Lessons in Mainstreaming Equal Opportunities* [Tirer les leçons de l'expérience : leçons de l'approche intégrée de l'égalité des chances] (Édimbourg : Scottish Executive Social Research, 2003), disponible à l'adresse www.institute-of-governance.org/index.html (dernière consultation : 15 octobre 2003).

³⁶ Voir le Rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des « bonnes pratiques »*, EG-S-MS (98) 2 (Strasbourg : Conseil de l'Europe, mai 1998) et F. Mackay et K. Bilton, *Learning From Experience: Lessons in Mainstreaming Equal Opportunities* (Édimbourg : Scottish Executive Social Research, 2003).

³⁷ Shaw, 'Mainstreaming Equality and Diversity' [L'approche intégrée de l'égalité et la diversité], 264.

³⁸ Voir J. Shaw, *Mainstreaming Equality in European Union Law and Policy-Making* [L'approche intégrée de l'égalité dans la législation et les politiques de l'Union européenne] (Bruxelles : Réseau européen contre le racisme, 2004). Shaw pense que l'article III-118 du traité constitutionnel pourrait ouvrir la porte à la formulation d'un programme global pour une approche intégrée, spécialement s'il est lu en conjonction avec les dispositions relatives à l'égalité de la Charte des droits fondamentaux et d'autres dispositions du traité constitutionnel. Voir également M. Bell, 'Equality and European Union Constitution' [L'égalité et la constitution de l'Union européenne], 33 *Industrial Law Journal* (2004), pp. 242-260.

³⁹ Il a par exemple été critiqué que les considérations d'égalité entre les sexes aient brillé par leur absence

répète donc : les initiatives en faveur de l'égalité ne produisent généralement que peu d'effets en l'absence d'un cadre juridique clair qui organise leur fonctionnement et d'un soutien politique ferme⁴⁰.

Dans l'ensemble, les mesures d'action positive peuvent se présenter sous différentes formes. Dans certains cas, elles sont prescrites par la loi. Dans d'autres, elles peuvent être adoptées par les entités publiques ou privées de leur propre initiative, pour autant que le droit national l'autorise. Aucune formule n'est automatiquement synonyme de réussite⁴¹. Différentes mesures produisent par ailleurs des effets très différents dans des contextes différents⁴². Pour qu'une stratégie d'action positive soit efficace, elle doit être spécialement conçue pour l'environnement dans lequel elle sera appliquée et s'appuyer sur des justifications et des objectifs sans équivoque⁴³.

5. CRITIQUES ÉMISES SUR L'ACTION POSITIVE

Les expériences du Canada, des Pays-Bas, des États-Unis, de l'Australie, du Royaume-Uni et d'autres pays ont montré que la réussite des politiques d'action positive est généralement tributaire de la compréhension qu'a le grand public de la justification et de la finalité de ces mesures⁴⁴. Les mesures d'action positive sont fréquemment critiquées, mal comprises ou remises en question au travers de démarches judiciaires ou politiques. D'aucuns considèrent parfois que l'action positive induit un « traitement particulier » injuste pour certains groupes ou une manipulation inique des règles normales de la société. À d'autres moments, elle est accusée de susciter une « discrimination inversée » au motif que si un traitement particulier est accordé à certains groupes, d'autres groupes

au cours de l'élaboration de la stratégie européenne pour l'emploi. Voir J. Rubery, 'Gender Mainstreaming and Gender Equality in the EU: The Impact of the EU Employment Strategy' [L'approche intégrée du genre et l'égalité entre les sexes dans l'Union européenne : l'impact de la stratégie européenne pour l'emploi], 33 *Industrial Relations Journal* (2002), p. 500, J. Rubery et al., 'Gender Equality Still on the European Agenda – But For How Long?' [L'égalité entre les sexes toujours à l'ordre du jour en Europe : pour combien de temps encore ?], 34 *Industrial Relations Journal* (2003), pp. 477-97, J. Rubery et al., 'The Ups and Downs of European Gender Equality Policy' [Réussites et échecs de la politique européenne pour l'égalité entre les sexes], 35 *Industrial Relations Journal* (2004), p. 603.

⁴⁰ Voir C. McCrudden, "Equality" [Égalité] dans C.J. Harvey (éd.), *Human Rights, Equality and Democratic Renewal in Northern Ireland* [Droits de l'homme, égalité et renouveau démocratique en Irlande du Nord] (Oxford : Hart, 2001) pour une analyse approfondie de ces limitations dans le contexte de l'Irlande du Nord.

⁴¹ Voir G. Stephanopoulos et al., *Affirmative Action Review Report to the President* [Rapport d'étude de l'action positive à l'attention du Président] (Washington DC : White House 1995), parties 3 et 4.

⁴² J. Wrench et T. Modood, 'The Effectiveness of Employment Equality Policies in Relation to Immigrants and Ethnic Minorities in the UK' [Efficacité des politiques pour l'égalité en matière d'emploi en ce qui concerne les migrants et les minorités ethniques au Royaume-Uni], Rapport commandé par l'Organisation internationale du travail, Cahier des migrations internationales n° 38 (Genève : OIT, 2000).

⁴³ Voir J. E. Kellough, *Federal Equal Opportunity Policy and Numerical Goals and Timetables* [Politique fédérale de l'égalité des chances, objectifs chiffrés et calendrier] (New York : Praeger, 1989). Voir également J. S. Leonard, 'What Promises are Worth: The Impact of Affirmative Action Goals' [La valeur des promesses : impact des objectifs de l'action positive] (1985) 20 (1) *Journal of Human Resources* [Journal des ressources humaines], pp. 3-20.

⁴⁴ Voir les essais dans Agocs et al. ci-dessus.

font l'objet d'un traitement inéquitable et sont perdants à leur tour⁴⁵. Lorsque ces critiques à l'égard de l'action positive recueillent une large adhésion, les tribunaux, les organes législatifs et les politiques développent souvent une réticence croissante à autoriser l'utilisation de mesures spéciales pour aider les groupes désavantagés.

De nombreuses formes d'action positive ne nécessitent aucune justification particulière. C'est notamment le cas pour les politiques qui visent à faire cesser les discriminations interdites ou à supprimer les politiques et les pratiques qui désavantagent injustement des groupes particuliers. D'autres formes d'action positive peuvent par contre susciter des difficultés conceptuelles si elles impliquent le traitement préférentiel de certains groupes désavantagés.

D'autre part, l'action positive peut signifier la prise en compte d'un facteur tel que l'origine ethnique, le sexe ou la religion d'une personne pour définir les groupes qui doivent bénéficier d'une aide particulière. Or, la législation anti-discrimination s'articule en majeure partie autour de l'abandon de l'utilisation de tels facteurs pour établir une distinction entre différentes personnes. L'action positive est donc parfois décriée en ce qu'elle emploie, pour classer les gens dans différentes catégories, des moyens que la législation anti-discrimination s'efforce d'éradiquer. Les détracteurs de l'action positive allèguent régulièrement que l'application de mesures spéciales pour aider les groupes désavantagés fait perdurer les clivages sociaux entre les groupes et contribue à l'éclatement de la société autour de lignes de fracture religieuses, ethniques, raciales et sociales. Une partie de ses opposants prétendent en outre que l'action positive est une forme d'« ingénierie sociale » malsaine, à travers laquelle les gouvernements tentent de transformer les sociétés par le biais de politiques artificielles et contre-productives⁴⁶.

À l'opposé, les défenseurs de l'action positive clament que des mesures spéciales sont indispensables pour corriger les discriminations structurelles qui frappent les groupes désavantagés. Ils s'appuient en outre sur l'argument selon lequel l'utilisation de l'action positive est justifiée par l'objectif de la réalisation d'une égalité matérielle tangible pour tous dans la société et le traitement spécial accordé aux groupes désavantagés compense et répare les inégalités persistantes dont ils pâtissent⁴⁷. Les adeptes de l'action positive affirment en outre que les mesures prises à ce titre, si elles sont mises en œuvre correctement, ne doivent en aucune manière porter préjudice à la qualité de l'exécution du travail ou des travailleurs⁴⁸.

La pierre angulaire du débat a trait à la légitimité d'utiliser des caractéristiques « suspectes » telles que l'origine ethnique et le sexe pour déterminer qui seront les bénéficiaires des mesures d'action positive. Au premier abord, la philosophie de base de

⁴⁵ M. Frase-Blunt, 'Thwarting the Diversity Backlash Develop an Inclusive Plan that Highlights the Bottom-line Effect and Benefits to all Employees' [Déjouer les réactions hostiles à la diversité en élaborant un plan inclusif mettant en exergue ses effets de fond et ses avantages pour tous les travailleurs] (2003) 48 (6), *HR Magazine* [Magazine des ressources humaines], pp. 137-138 et 141-144.

⁴⁶ Voir M. Abram, 'Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers' [Action positive : partisans d'un traitement équitable et ingénieurs sociaux] (1986) *Harvard Law Review* [Revue de droit d'Harvard], pp. 1312-26

⁴⁷ Voir p. ex. R. Dworkin *A Matter of Principle* [Une question de principe] (Cambridge MA Harvard University Press 1985) et G. Ezorsky, *Racism and Justice: The Case for Affirmative Action* [Racisme et justice : plaidoyer pour l'action positive] (Ithaca, NY : Cornell University Press 1991).

⁴⁸ H. J. Holzer et D. Neumark 'What Does Affirmative Action Do?' [Qu'est-ce que l'action positive ?] (2000) 53, *Industrial and Labour Relations Review* [Revue des relations sociales et du travail], pp. 240-66.

la législation anti-discrimination appelle à ce qu'il soit considéré que l'égalité suppose le droit que les décisions affectant une personne soient arrêtées sans que des caractéristiques personnelles spécifiques telles que la race, le sexe, etc. n'interviennent. Cette approche est dite « anti-classification » car elle postule que la législation anti-discrimination devrait chercher à enrayer l'utilisation de formes particulières de distinctions suspectes⁴⁹.

Les partisans de l'action positive opposent toutefois habituellement à ces arguments que l'application de telles mesures est justifiée lorsque la participation déficiente de groupes désavantagés à des pans importants de l'activité sociale risque d'exacerber l'exclusion sociale de ces groupes⁵⁰. Leur approche peut être appelée « anti-subordination » car elle approuve l'utilisation de l'action positive lorsqu'elle est nécessaire pour remédier à la subordination des groupes désavantagés dans la société. L'action positive est parfois également légitimée au motif qu'elle assure une meilleure « diversité » sociale ou qu'elle compense les « injustices du passé ». Ces deux raisons d'être spécifiques de l'action positive peuvent paraître quelque peu discutables. De plus, les arguments fondés sur les « injustices du passé » peuvent tomber à plat s'il n'existe pas de lien clair entre les discriminations d'autrefois et les personnes ou les groupes qui les invoquent aujourd'hui⁵¹. D'une manière générale, l'argument selon lequel l'action positive peut procurer une réparation efficace des désavantages d'un groupe est peut-être le plus pertinent⁵².

Elizabeth Anderson, une universitaire américaine réputée, a rejeté dans une étude l'argument selon lequel les États doivent s'abstenir d'utiliser des caractéristiques « suspectes » et obéir rigoureusement au principe d'anti-classification et conclu que « la chirurgie est souvent nécessaire pour soigner les blessures au couteau »⁵³. Dans un esprit similaire, un autre universitaire américain éminent, le professeur Owen Fiss, a déclaré que les mesures d'« action positive » qui cherchent à briser les schémas de désavantages et de subordination, qui s'apparentent à ses yeux à un système de « castes », ne doivent pas être comparées à des mesures discriminatoires qui nécessitent une justification particulière, mais plutôt à des mesures particulières de soutien et de réparation⁵⁴.

Une universitaire britannique spécialisée dans ce domaine, le professeur Sandra Fredman, a affirmé dans le même registre que l'utilisation de l'action positive est légitime et n'implique pas la moindre aucune discrimination. Elle explique que les mesures d'action positive de ce type peuvent être indispensables pour vaincre les formes structurelles de discrimination indirecte et qu'elles peuvent donc être perçues comme un *remède* à la discrimination. Elle situe cette perspective d'une « égalité substantielle » en opposition aux approches qui insistent sur l'« égalité formelle », c'est-à-dire l'identité du

⁴⁹ J. Balkin et R. Siegel, 'The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?' [La tradition américaine des droits civils : anti-classification ou anti-subordination ?] (2004) 58 *U. Miami L. Rev.* 9.

⁵⁰ Voir R. Fiss, *The Constitutional Logic of Affirmative Action* [La logique constitutionnelle de l'action positive] (Durham, NC : Duke University Press 1992).

⁵¹ CITER SOURCE AMÉRICAINE - RÉFÉRENCE CROISÉE.

⁵² Voir Elizabeth Anderson, 'Integration, Affirmative Action and Strict Scrutiny' [Intégration, action positive et examen rigoureux], 77 *N.Y.U. L. Rev.* (2002), p. 1195.

⁵³ Elizabeth S. Anderson, 'Integration, Affirmative Action and Strict Scrutiny' (2002) *NYUL Rev* 1195, p. 1270.

⁵⁴ Owen M. Fiss, 'Groups and the Equal Protection Clause' [Les groupes et la clause de l'égalité de protection] (1976) 5 *Phil & Pub Aff* 107, p. 126.

traitement et le refus de toute distinction fondée sur des motifs suspects. Si l'on se fie trop à la réalisation d'une « égalité formelle » pour tous, d'après elle, il en résultera que la lutte contre la discrimination reviendra de plus en plus à apporter des garanties formelles d'égalité de traitement plutôt qu'à aider les groupes désavantagés et à renforcer leurs capacités⁵⁵.

Tous les arguments énoncés en faveur de l'action positive gravitent autour du postulat de base selon lequel l'action positive est un procédé utile pour promouvoir la pleine égalité, matériellement et concrètement, pour les groupes désavantagés⁵⁶. Même les plus fervents défenseurs de l'action positive admettent toutefois en général qu'il devrait être démontré que l'utilisation de telles mesures est objectivement justifiée et qu'elle ne devrait pas être poursuivie plus longtemps que la durée minimale nécessaire pour atteindre ses objectifs. Certaines raisons instrumentales peuvent l'expliquer. Même les mesures d'action positive qui se proposent de remédier à des désavantages peuvent être dépourvues d'un fondement rationnel solide, être manipulées de façon à favoriser des intérêts ou des cercles spécifiques ou pénaliser indûment les personnes qui n'appartiennent pas aux groupes désavantagés ciblés. Il peut exister un intérêt à ne pas alimenter de tensions inutiles entre différents groupes sociaux. À la lumière de toutes ces raisons, il est donc impératif d'examiner l'impact des mesures d'action positive et de soumettre en permanence leur utilisation à certains contrôles juridiques⁵⁷.

6. LE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET L'ACTION POSITIVE

Les directives européennes sur l'égalité, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, permettent le recours à l'action positive dans certaines circonstances⁵⁸. L'affaire Kalanke, dans laquelle la Cour s'est prononcée pour la première fois sur l'octroi d'un traitement préférentiel en tant que mesure d'action positive, portait

⁵⁵ Voir O. Fiss 'Groups and the Equal Protection Clause' dans Cohen M. T. Nagel et T. Scanlon (éd.) *Equality and Preferential Treatment* [Égalité et traitement préférentiel] (Princeton, NJ : Princeton University Press 1977), p. 85.

⁵⁶ Des recherches ont révélé que dans une série de contextes publics et privés différents, la focalisation sur le seul respect de normes anti-discrimination aboutit à des résultats limités. Il est extrêmement difficile de rompre les schémas d'inégalité et d'exclusion sans recourir à l'action positive. Voir H. C. Jain, P. J. Sloane et F. M. Horwitz, *Employment Equity and Affirmative Action: An International Comparison* [Équité en matière d'emploi et action positive : comparaison internationale] (Londres : M.E. Sharpe, 2003), Federal Glass Ceiling Commission [Commission nationale sur le plafond de verre], *Good for Business: Making Full Use of the Nation's Human Capital* [Bon pour les affaires : exploiter pleinement les ressources humaines du pays] (Washington D.C. : Printing Office, 1995).

⁵⁷ S. Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' [Critique du droit communautaire européen en matière de discrimination] (1992) 21(2) *I.L.J.* 119, p. 130.

⁵⁸ Mark Bell a déclaré qu'une « mosaïque de modèles » d'égalité s'est formée sous les auspices des lois et des politiques européennes en matière d'égalité, où trois courants essentiels se côtoient : l'approche anti-discrimination classique, un attachement plus récent à l'égalité substantielle et un souhait de gérer la diversité. Voir M. Bell, 'The Right to Equality and Non-Discrimination' [Le droit à l'égalité et à la non-discrimination], dans T. Hervey et J. Kenner (éd.) *Economic and Social Rights under the EC Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective* [Droits économiques et sociaux en vertu de la Charte européenne des droits fondamentaux : perspective juridique] (Oxford : Hart Publishing, 2003), p. 91. Voir également G. More, 'Equal Treatment of the Sexes in European Community Law: What Does 'Equal' Mean?' [L'égalité de traitement entre les sexes dans le droit de la Communauté européenne : que signifie « égal » ?], 1 *Feminist Legal Studies* (1993), p. 45.

sur une loi du Land de Brême qui accordait automatiquement la priorité aux femmes par rapport aux hommes possédant des qualifications égales dans le recrutement aux postes des services publics auxquels les femmes étaient sous-représentées. Cette loi a été contestée en justice au motif qu'elle serait incompatible avec l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe prévue dans le droit européen⁵⁹. L'article 2, paragraphe 4, de la directive de 1976 sur l'égalité de traitement disposait que la directive « ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »⁶⁰. La Cour a toutefois estimé que l'application d'un traitement préférentiel pour les femmes candidates à un emploi s'écarterait du principe général de l'égalité de traitement sur la base du sexe. Elle a déploré que la manière dont la loi en cause attribuait automatiquement la préférence aux femmes par rapport aux hommes dans certaines circonstances entraînait apparemment une discrimination directe fondée sur le sexe à l'encontre des hommes. En conséquence, bien que cette loi ait été destinée à remédier aux désavantages dont souffraient les femmes dans le sillage de discriminations du passé, la Cour a statué qu'elle n'entrait pas dans le champ d'application des mesures d'action positive permises.

Cet arrêt de la Cour a essuyé des critiques acerbes de la part d'ONG, d'universitaires et de plusieurs acteurs politiques⁶¹. Dans ses arrêts ultérieurs, la Cour a toutefois témoigné d'une plus grande disposition à accepter l'utilisation de l'action positive⁶². Dans l'affaire Marschall⁶³, la Cour a estimé que l'action positive en cause dans le litige au principal était compatible avec le principe de l'égalité entre les sexes. Cette affaire concernait une autre disposition adoptée par le gouvernement d'un Land allemand, qui prévoyait que les femmes devaient bénéficier d'un traitement préférentiel dans le recrutement dans les services publics du Land, mais uniquement lorsque les candidats masculins et féminins concernés avaient été soumis à une appréciation individuelle et qu'il avait été constaté qu'ils possédaient des qualifications équivalentes. La Cour a considéré que l'exigence d'une appréciation objective de chaque candidat impliquait que les femmes n'étaient pas automatiquement privilégiées par rapport aux hommes car il restait possible qu'un homme démontre que sa candidature était supérieure aux autres et

⁵⁹ Affaire C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, Rec. 1995, p. I-3051.

⁶⁰ Cette disposition était étayée par la recommandation 84/635/CEE, qui encourageait les États membres à adopter une politique d'action positive afin de promouvoir la mixité dans l'emploi. L'arrêt rendu dans l'affaire Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles (Rec. 1989, p. 4407) a confirmé que cette recommandation faisait fonction de guide d'interprétation de l'article 2, paragraphe 4, de la directive.

⁶¹ La Commission a proposé d'amender comme suit la directive sur l'égalité de traitement : « Parmi les mesures possibles figure la préférence accordée, en matière d'accès à l'emploi ou à la promotion, à un membre du sexe sous-représenté, pour autant que de telles mesures n'excluent pas l'évaluation des circonstances particulières d'un cas précis. » Cet amendement a ensuite été rejeté. Voir la communication COM(96) 88 final et l'avis du Comité économique et social (97/C 30/19) publié au JO C 30 du 30 janvier 1997, p. 57.

⁶² Affaire C-450/93, Kalanke/Freie Hansestadt Bremen, Rec. 1995, p. I-3051. Voir C. Tobler, 'Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive' [L'action positive en vertu de la deuxième directive révisée sur l'égalité de traitement], dans AFFA et EWLA (éd.) *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle ; Le point sur les développements actuels en Europe* (Paris : Dalloz, 2003), pp. 59-92, pour une excellente analyse de ce glissement progressif.

⁶³ Affaire C-409/95, Helmut Marschall/Land Nordrhein-Westfalen, Rec. 1997, p. I-6363.

qu'il méritait d'être engagé. Elle a donc conclu que le principe de l'égalité entre les sexes n'était pas enfreint.

Cette approche plus permissive a également été adoptée dans l'affaire Badeck, dans laquelle une loi d'un autre Land allemand prescrivait un traitement préférentiel pour les femmes au cours des phases de recrutement initiales précédant la décision d'embauche effective. Des places étaient par exemple réservées aux candidatures féminines dans les entretiens finaux pour l'octroi d'un poste. La Cour a toutefois estimé que les exigences en cause n'accordaient pas de manière automatique la priorité aux femmes par rapport aux hommes et que cette forme d'action positive pouvait donc être admise⁶⁴.

Après les arrêts Marschall et Badeck, il semble que la Cour ait décidé qu'une action positive destinée à compenser des désavantages du passé est admissible lorsqu'elle sert à départager des candidats ayant des qualifications sensiblement équivalentes pour autant qu'il soit toujours possible d'apprécier leurs mérites sur une base individuelle et que la politique en question soit proportionnée⁶⁵. Les dispositions de la directive sur l'égalité raciale⁶⁶, de la directive-cadre sur l'égalité⁶⁷ et de la directive remaniée sur l'égalité entre les sexes⁶⁸, toutes adoptées après 2000, confèrent désormais une plus grande marge de manœuvre aux États membres dans l'utilisation de l'action positive. L'article 157, paragraphe 4, TFUE, qui a succédé à l'article 141, paragraphe 4, du traité d'Amsterdam⁶⁹, prévoit expressément l'usage de l'action positive. L'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît également la légitimité de l'action positive⁷⁰. Il ressort de ces dispositions que l'action positive est autorisée lorsqu'elle a pour but de compenser des désavantages spécifiques dont souffrent des groupes particuliers.

⁶⁴ Affaire C-158/97, Badeck/Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Rec. 2000, p. I-1875.

⁶⁵ Voir l'arrêt Badeck, Rec. 2000, p. I-1875.

⁶⁶ Voir l'article 5 de la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique : « Pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. »

⁶⁷ Voir l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : « Pour assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à l'un des motifs visés à l'article 1er. »

⁶⁸ Voir l'article 3 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail : « 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 dans la vie professionnelle. » Voir également l'article 6 de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

⁶⁹ Voir l'article 157, paragraphe 4, du traité CE : « 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. »

⁷⁰ Voir l'article 23, paragraphe 2, de la Charte : « Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté. »

La nouvelle tendance à une acception plus large de l'approche de l'égalité substantielle peut être observée dans les arrêts Schnorbus⁷¹ et Briheche⁷² de la Cour. Dans ces affaires, la Cour a admis que les États doivent pouvoir exercer un pouvoir discrétionnaire confortable lorsqu'ils définissent l'utilisation de mesures spécifiques destinées à remédier aux désavantages structurels que rencontrent les hommes et les femmes, mais précisé que ces mesures compensatoires doivent néanmoins obéir aux exigences générales du principe de l'égalité de traitement. Dans l'affaire Lommers, la Cour a estimé qu'un système de garde des enfants qui accordait la priorité aux femmes était compatible avec le principe de l'égalité entre les sexes au motif que le système en cause était destiné à lutter contre la sous-représentation des femmes⁷³. Dans les affaires Abrahamsson⁷⁴ et Autorité de surveillance AELE/Norvège⁷⁵, la Cour a confirmé que l'octroi automatique de la préférence aux femmes restait une violation du principe de l'égalité entre les sexes.

La jurisprudence continue donc de susciter certaines difficultés. La Cour n'a pas encore expliqué précisément ce que signifie l'attribution d'une préférence automatique aux femmes, de sorte que sa position au sujet de l'action positive demeure ambiguë et floue. Le cas échéant, ce manque de clarté peut dissuader les États membres d'utiliser certaines formes d'action positive car les gouvernements rechignent logiquement à s'exposer à un arrêt défavorable de la Cour.

Certains spécialistes sont d'avis que la Cour devrait laisser aux États membres une marge d'appréciation plus large encore dans l'utilisation de l'action positive⁷⁶. D'autres analystes expriment par contre la crainte que les États membres puissent s'efforcer de classer les politiques existantes, qui en « protégeant » les femmes et les autres groupes désavantagés, pourraient en réalité perpétuer les stéréotypes relatifs aux sexes sous le couvert de « mesures d'action positive ». Dans l'arrêt important qu'elle a rendu récemment dans l'affaire C-104/09, Pedro Manuel Roca Álvarez/Sesa Start España ETT SA⁷⁷, la Cour a déclaré que toutes les mesures destinées à refléter le fait que les femmes assument la majeure partie des responsabilités dans la garde des enfants ne relèvent pas nécessairement d'une stratégie d'action positive. En particulier, les mesures d'action positive qui sont « sous-inclusives » (autrement dit, qui n'aident qu'une partie d'un groupe désavantagé) peuvent prêter le flanc à la critique. Le raisonnement de la Cour étant important, il mérite d'être cité dans son intégralité :

« 34. Ledit article 2, paragraphe 4, vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 157, paragraphe 4, TFUE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées (voir, en ce sens, arrêts Kalanke, précité, point 19; du

⁷¹ Affaire C-79/99, Julia Schnorbus/Land Hessen, Rec. 2000, p. I-10997.

⁷² Arrêt du 30 septembre 2004 dans l'affaire C-319/03, Briheche/Ministre de l'Intérieur, Rec. 2004, p. I-8807.

⁷³ Affaire C-476/99, Lommers, Rec. 2002, p. I-2891.

⁷⁴ Affaire C-407/98, Abrahamsson et Anderson/Fogelqvist, Rec. 2000, p. I-5539.

⁷⁵ Affaire E-1/02, 24 janvier 2003. Voir l'analyse de cette affaire faite par C. TOBLER, 41 *Common Market Law Review* [Revue du droit du marché commun] (2004), pp. 245-260.

⁷⁶ D. CARUSO, 'Limits of the Classic Method' [Limites de la méthode classique].

⁷⁷ [2011] 1 CMLR 28.

6 juillet 2000, Abrahamsson et Anderson, C-407/98, Rec. p. I-5539, point 48, ainsi que du 30 septembre 2004, Briheche, C-319/03, Rec. p. I-8807, point 25).

35. Ainsi qu'il a été dit au point 21 du présent arrêt, le congé en cause au principal prend la forme d'une autorisation d'absence pendant la journée de travail ou d'une réduction de la durée de celle-ci. Il est certain qu'une telle mesure peut avoir pour effet de favoriser les femmes en permettant aux mères ayant le statut de travailleur salarié de conserver leur emploi tout en consacrant du temps à leur enfant. Cet effet est renforcé par le fait que, si le père de l'enfant a lui-même le statut de travailleur salarié, il a la possibilité de bénéficier du congé en lieu et place de la mère, laquelle ne subirait pas de conséquences néfastes sur son emploi du fait des soins et de l'attention accordés à son enfant.

36. Cependant, le fait de considérer, ainsi que le soutient le gouvernement espagnol, que seule la mère ayant le statut de travailleur salarié serait titulaire du droit de bénéficier du congé en cause au principal alors que le père ayant le même statut ne pourrait que jouir de ce droit sans en être le titulaire est plutôt de nature à perpétuer une distribution traditionnelle des rôles entre hommes et femmes en maintenant les hommes dans un rôle subsidiaire à celui des femmes en ce qui concerne l'exercice de leur fonction parentale (voir, en ce sens, arrêt Lommers, précité, point 41).

37. Ainsi que l'a souligné Mme l'avocat général au point 47 de ses conclusions, le fait de refuser le bénéfice du congé en cause au principal aux pères ayant le statut de travailleur salarié, au seul motif que la mère de l'enfant ne dispose pas de ce statut, pourrait avoir pour effet qu'une femme, telle que la mère de l'enfant de M. Roca Álvarez, qui est travailleuse indépendante, se verrait contrainte de limiter son activité professionnelle et de supporter seule la charge résultant de la naissance de son enfant, sans pouvoir recevoir une aide du père de l'enfant.

38. En conséquence, une mesure telle que celle en cause au principal ne s'analyse ni en une mesure ayant pour effet d'éliminer ou de réduire les inégalités de fait pouvant exister, pour les femmes, dans la réalité de la vie sociale, au sens de l'article 2, paragraphe 4, de la directive 76/207, ni en une mesure visant à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, à prévenir ou à compenser, conformément à l'article 157, paragraphe 4, TFUE, des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées. »

D'une manière générale, l'expérience de l'action positive au sein de l'Union européenne montre qu'il s'agit d'un outil politique essentiel pour résoudre les problèmes de désavantages. Il faudrait toutefois une législation et une jurisprudence constante pour éclaircir les cas dans lesquels un traitement préférentiel, en particulier, peut être appliqué. Il semblerait en outre préférable que les entités publiques et privées jouissent d'une flexibilité et d'une marge d'appréciation suffisantes pour organiser la mise en œuvre de mesures d'action positive. Les tentatives déployées pour réglementer le recours à des

mesures de ce type peuvent engendrer une situation d'incertitude et de manque de clarté. Il peut néanmoins être opportun de maintenir certains contrôles juridiques, notamment pour exiger qu'il soit démontré que les mesures d'action positive soient justifiées au moyen d'éléments objectifs et qu'elles ne soient pas utilisées abusivement ou manipulées.

7. DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Il semble que les normes internationales des droits de l'homme permettent l'application de mesures d'action positive, qui dans certains cas, doivent impérativement être mises en œuvre afin que le droit à l'égalité ait un sens pour tous. L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« PIDCP ») dispose que « [t]outes les personnes sont égales devant la loi » et que les États parties doivent « garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination ». Dans son Observation générale 18 sur le PIDCP, le Comité des droits de l'homme (CDH) des Nations unies, qui est chargé d'interpréter le Pacte, a déclaré que « toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard du Pacte »⁷⁸. Au point 10 de cette Observation générale, le CDH a en outre expressément reconnu la nécessité de l'action positive :

« (...) l'application du principe d'égalité suppose parfois de la part des États parties l'adoption de mesures en faveur de groupes désavantagés, visant à atténuer ou à supprimer les conditions qui font naître ou contribuent à perpétuer la discrimination interdite par le Pacte. Par exemple, dans les États où la situation générale de certains groupes de population empêche ou compromet leur jouissance des droits de l'homme, l'État doit prendre des mesures spéciales pour corriger cette situation. Ces mesures peuvent consister à accorder temporairement un traitement préférentiel dans des domaines spécifiques aux groupes en question par rapport au reste de la population. Cependant, tant que ces mesures sont nécessaires pour remédier à une discrimination de fait, il s'agit d'une différenciation légitime au regard du Pacte. »

Ainsi, cette Observation générale fait apparaître clairement que l'action positive est parfaitement compatible avec le droit à l'égalité de traitement, et que dans certaines circonstances, elle peut même être indispensable pour donner corps à ce droit⁷⁹. Cette logique s'exprime également à l'article 4, paragraphe 1, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (« CEDAW »), qui dispose ce qui suit :

« L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès

⁷⁸ Observation générale 18, point 13, 37^e session (1989).

⁷⁹ Dans son Observation générale 23, le CDH a par ailleurs affirmé (au point 6.2) que « les États devront également parfois prendre des mesures positives pour protéger l'identité des minorités et les droits des membres des minorités de préserver leur culture et leur langue et de pratiquer leur religion, en commun avec les autres membres de leur groupe ».

que les objectifs en matière d'égalité des chances et de traitement ont été atteints. »

Le même article prévoit en outre que l'adoption de « mesures spéciales (...) qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ». L'article 2, point e), et l'article 3 de la CEDAW franchissent un pas supplémentaire en imposant aux États parties l'obligation positive forte de prendre activement des mesures pour garantir l'égalité entre les sexes. Plus loin, l'article 5, point a), de la CEDAW illustre la raison d'être de cette obligation en enjoignant aux États parties de « modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques (...) de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité (...) de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». L'article 7 de la CEDAW établit ensuite clairement que les « mesures temporaires spéciales » visées peuvent servir à assurer l'égalité au niveau de la représentation politique.

D'autres instruments internationaux témoignent d'une position similaire, parmi lesquels, pour les Nations unies, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (« CRED ») et la Convention relative aux droits des personnes handicapées (« CRPD »). Du côté de l'OIT, la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession) situe les mesures spéciales en faveur des personnes ayant besoin d'une assistance particulière en dehors de la définition des discriminations. D'autre part, une série de documents politiques des Nations unies font état d'opinions similaires, comme la Déclaration de Beijing de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes et la Déclaration de Copenhague de 1995.

Dans un autre exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elle reconnaît la légitimité de mesures d'action positive si elles ont une justification objective. Dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, elle a ainsi jugé que l'action positive n'était pas incompatible avec l'article 14, affirmant que « certaines inégalités de droit ne tendent (...) qu'à corriger des inégalités de fait »⁸⁰. Dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*, la Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs conclu qu'une discrimination peut être constatée lorsque, « sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »⁸¹.

Un large consensus se dégage par conséquent pour soutenir que le droit international sur les droits de l'homme permet l'utilisation de mesures temporaires et proportionnées d'action positive et peut même imposer certaines obligations aux États d'appliquer une politique d'action positive.

8. CONCLUSION

⁸⁰ Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique [1967] 1 EHRR 241.

⁸¹ Requête n° 34369/97, arrêt du 6 avril 2000. Voir également l'arrêt de la CEDH du 28 février 2004 dans l'affaire *Nachova c. Bulgarie*, requêtes n°s 43577/98 et 43579/98.

L'action positive représente un outil d'une grande utilité dans la lutte contre les discriminations et les désavantages. Elle désigne la mise en œuvre de mesures spéciales destinées à aider les groupes désavantagés à surmonter les formes structurelles de discrimination qui entravent leurs possibilités de participation à la vie sociale. Aucune formule rigide ne prévaut et différents types d'action positive peuvent donc être utilisés dans différentes circonstances. Il est important de prévoir des contrôles juridiques afin d'encadrer la pratique de l'action positive et d'inciter les entités publiques et privées à faire usage de mesures spéciales pour soutenir les groupes désavantagés. L'expérience récoltée dans l'Union européenne, au Royaume-Uni et aux États-Unis montre toutefois que si les contrôles juridiques entourant une stratégie d'action positive sont trop restrictifs, ils peuvent amoindrir son efficacité. L'action positive ne doit pas être considérée comme une exception au principe de l'égalité de traitement. Lorsqu'elle est menée d'une manière proportionnée, l'action positive peut au contraire jouer un rôle fondamental dans la garantie de l'égalité de traitement substantielle des personnes désavantagées.