

LA NOTION DE DISCRIMINATION

DANS LE DROIT FRANÇAIS ET LE DROIT EUROPEEN

par Danièle Lochak
Professeur à l'université de Paris X-Nanterre (Credof)

in Miyoko Tsujimura et Danièle Lochak (dir.), *Égalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union européenne et Etats-Unis)*, Société de législation comparée, 2006, pp. 39-60

Au départ simple principe de philosophie politique, le principe d'égalité, proclamé solennellement en France à la Révolution, a été converti en règle de droit positif sous l'effet de la jurisprudence du Conseil d'État. Le juge administratif, en effet, a très tôt considéré le principe d'égalité comme un principe général du droit applicable même sans texte, dont le respect s'impose à l'administration, tant dans l'exercice de son pouvoir normatif que dans les décisions individuelles qu'elle prend. L'égalité devant la loi et les règlements, l'égalité devant l'impôt, l'égalité d'accès aux emplois publics, l'égalité devant les services publics : autant d'aspects du principe d'égalité sur le fondement desquels le juge censure les actes de l'administration générateurs d'inégalités de traitement entre les administrés ou entre les fonctionnaires. Par la suite, le Conseil constitutionnel a érigé le principe d'égalité en principe à valeur constitutionnelle dont le législateur lui-même devait tenir compte. Parallèlement, un mouvement législatif engagé à partir de 1972 a abouti à prohiber et incriminer pénalement les comportements discriminatoires des acteurs privés ou publics.

Il existait donc déjà, en France, une jurisprudence abondante et une réflexion doctrinale substantielle sur la question de l'égalité et des discriminations. Le droit français n'en a pas moins subi, dans ce domaine, l'influence des conventions internationales relatives aux droits de l'homme et plus encore du droit communautaire. On se propose donc ici, après avoir clarifié la notion de discrimination, d'abord en examinant comment elle s'articule avec les notions voisines (I), puis en montrant que la définition juridique de la discrimination est elle-même plurielle (II), de mettre en lumière les apports du droit communautaire qui a entraîné à la fois un enrichissement et un élargissement de la notion de discrimination (III). Nous analyserons enfin l'impact des « actions positives » qui visent à conforter l'égalité des chances sur la façon d'appréhender les discriminations, avant de tenter, en conclusion, d'éclaircir la notion de « discrimination positive », passablement obscurcie par son utilisation dans un contexte ou à des fins polémiques (IV).

I/ Inégalité et discrimination

Dans la mesure où la polarisation actuelle sur la question des discriminations s'inscrit dans le contexte plus large d'une volonté de lutter contre les inégalités, il n'est pas inutile de s'interroger sur les rapports entre les deux notions.

L'inégalité est d'abord une situation de fait. Elle peut résulter, soit de facteurs inhérents aux individus, tels que l'âge, la maladie, le handicap, soit de facteurs exogènes liées aux structures économiques et sociales, ou encore bien sûr de la conjonction des deux (une personne handicapée a plus de mal à gagner sa vie).

Alors que l'inégalité peut préexister à tout acte ou agissement d'autrui, la discrimination est le fait d'un agent : le terme « discrimination » connote en effet un acte ou un agissement, il renvoie au comportement d'un acteur – le législateur ou l'administration qui posent des règles « discriminatoires », l'employeur qui recrute sur des critères de sexe ou de couleur de peau... Donc, si la discrimination produit nécessairement de l'inégalité, l'inégalité n'est pas toujours la conséquence d'une discrimination, même si l'acte discriminatoire vient souvent dans les faits redoubler une inégalité préexistante, les personnes en situation d'infériorité (handicapés, chômeurs) étant exposées à une stigmatisation génératrice de discrimination.

En pratique, toutefois, la frontière n'est pas si simple à tracer. Dans certain cas, il y a incontestablement action d'un agent : c'est l'hypothèse où quelqu'un – un employeur, un logeur – recrute ses salariés ou ses locataires sur un critère de sexe ou de couleur de peau. Dans d'autres cas, ce sont les textes qui établissent des distinctions : là encore, c'est bien un acte volontaire – émanant ici du législateur ou d'une autre autorité normative – qui est à l'origine de l'inégalité (on verra plus loin à quelles conditions cette inégalité consacrée par les textes peut-être qualifiée de discrimination). Mais qu'en est-il lorsque les inégalités constatées, sans résulter d'une volonté explicite ou de l'action d'un agent identifiable, résultent, de façon plus diffuse, de « l'état des mœurs » ou des mentalités, d'un sexisme latent par exemple, ou encore du libre jeu des règles de la concurrence – bref, d'effets de système dont personne n'est directement responsable, mais qui néanmoins ne sont pas des faits de nature (comme les inégalités biologiques), mais bien des faits de culture ? Est-il inconcevable, par exemple, de qualifier de discriminations les phénomènes d'exclusion engendrés par le fonctionnement de nos systèmes économiques et sociaux ?

C'est ici que la réponse politique peut diverger de la réponse juridique. Les hommes politiques ou les citoyens stigmatiseront les inégalités sociales comme des « discriminations » qui font tache sur un système démocratique qui a érigé l'égalité en principe fondamental et s'assigneront pour objectif de les faire disparaître. Mais en droit, pour qu'il y ait discrimination, il faudra qu'on puisse rapporter le phénomène observé à un auteur, qu'on puisse désigner l'auteur – individuel ou collectif – de la discrimination. D'où la nécessité de cerner la notion *juridique* de discrimination.

Avant d'engager cette réflexion, on rappellera que, s'il faut distinguer les inégalités juridiques, celles qui sont inscrites dans la règle de droit, des inégalités sociales, les unes et les autres entretiennent entre elles un rapport à la fois nécessaire et ambivalent. Les inégalités juridiques, on le sait, reflètent en général des inégalités sociales qu'elles contribuent en retour à pérenniser (comme l'illustrent le statut longtemps infériorisé de la femme ou aujourd'hui encore celui des non-nationaux). Pour autant, l'égalité en droit, on le sait tout aussi bien, ne suffit pas à établir l'égalité en fait : l'application de la même règle à tous, sans tenir compte des différences entre les individus, conserve, voire renforce les inégalités préexistantes. Mais si le droit prend en compte ces inégalités, s'il ne traite pas tous les individus de la même façon, il n'est plus formellement égalitaire. Aristote, dans l'*Éthique à Nicomaque*, faisait déjà la distinction entre justice commutative et justice distributive, entre égalité arithmétique et égalité géométrique : la première, appelée à régir les transactions entre citoyens, suppose le respect d'une parité entre les biens ou les services échangés ; la seconde, destinée à régir le partage des honneurs et des richesses, implique de les répartir en fonction de la valeur et des mérites des destinataires. Aujourd'hui, les politiques visant à rééquilibrer les rapports entre les groupes favorisés et les groupes défavorisés supposent d'abandonner l'égalité « arithmétique » pour une forme d'égalité « géométrique », plus délicate à mettre en œuvre, puisqu'elle suppose de faire des choix et de se mettre d'accord sur les

critères qui fondent la « juste » distribution des richesses ou des avantages. Parallèlement, la distance prise avec l'égalité formelle rend aussi plus malaisés, comme on le verra, le repérage et la conceptualisation juridique des discriminations.

II/ La discrimination saisie par le droit

Du sens large au sens étroit

Au sens le plus large, on pourrait qualifier de discrimination toute différence de traitement, qu'elle soit inscrite dans un texte ou qu'elle résulte du comportement de telle personne ou de la pratique de telle institution. Après tout, discriminer, étymologiquement, ce n'est rien d'autre que faire une distinction, établir une séparation, une différenciation entre des objets sur la base d'un critère, donc d'un élément « discriminant ». Le mot discrimination est chargé, toutefois, au-delà de son sens premier, étymologique, d'une connotation négative : discriminer, dans le langage courant, ce n'est pas simplement séparer mais en même temps hiérarchiser, traiter plus mal ceux qui, précisément, seront dits victimes d'une discrimination. L'adjectif « discriminatoire », quant à lui, a toujours ce sens péjoratif et désigne exclusivement un acte ou un agissement qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment.

Le langage juridique a intégré cette connotation négative : en dépit d'un certain flottement terminologique qui conduit parfois à qualifier de discrimination toute différence de traitement, toute distinction opérée entre des catégories de personnes, la volonté de plus en plus nette, tant au niveau international que dans les législations internes, de traquer et de mettre hors-la-loi toutes les formes de discrimination ne laisse aucun doute sur ce point : la discrimination apparaît, y compris d'un point de vue juridique, comme ce qui est fondamentalement à proscrire. Dans cette perspective, elle ne recouvre donc pas toute différence de traitement, mais seulement les distinctions illégitimes – d'où l'ambiguïté de l'expression « discrimination positive », dont on a dit, non sans quelque raison, qu'elle était un « oxymore ».

Reste à déterminer ce qui fait qu'une différence de traitement est (ou n'est pas) illégitime. Car – et c'est là toute la difficulté –, traiter des personnes ou des groupes de façon différente, voire inégalitaire, n'est pas forcément discriminatoire : il n'y aura discrimination que si le comportement ou l'acte tombe sous le coup d'une règle ou d'un principe juridique qui le prohibe. Mais cette prohibition peut à son tour revêtir des formes variables, de sorte que l'on a affaire à deux conceptions possibles de la discrimination, l'une extensive, l'autre plus restrictive :

– selon une conception extensive, on entendra par discrimination toute différence de traitement qui n'est pas justifiée et qui porte donc atteinte au principe d'égalité, la justification la plus fréquente résidant dans une différence de situation. C'est l'optique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, ou encore de la Cour européenne des droits de l'homme ;

– selon une autre conception, plus restrictive, la discrimination réside dans le traitement défavorable dont sont victimes des personnes particulièrement vulnérables en raison de leur appartenance à un groupe défini par une caractéristique particulière (le sexe, la race ou l'origine ethnique, le handicap, l'orientation sexuelle...). C'est l'optique du code pénal français, celle du code du travail, ou encore celle de l'article 13 du Traité sur la Communauté européenne (TCE) dans sa rédaction issue du Traité d'Amsterdam.

Les conventions internationales, quant à elles, oscillent entre les deux conceptions selon qu'elles prohibent seulement ces dernières formes de discrimination, ou au contraire énoncent un principe général d'égalité.

L'enjeu n'est pas indifférent, comme l'atteste la comparaison entre les principes qui régissent l'accès à la fonction publique et l'accès aux emplois privés : alors que l'employeur est libre d'utiliser les critères de recrutement qu'il veut, du moment qu'ils ne tombent pas sous le coup du code du travail ou du code pénal, l'administration doit, quant à elle, respecter globalement et rigoureusement l'égalité entre les candidats. Ce contraste, il est vrai, tend à s'atténuer, dans la mesure où le recrutement de non-titulaires redonne à l'administration une plus grande latitude pour sélectionner ses agents, tandis que, en sens inverse, le principe d'égalité se fraie progressivement un chemin dans l'entreprise : le juge impose de plus en plus à l'employeur des obligations qui vont au-delà des dispositions prohibant les discriminations, en vérifiant que les différences de traitement opérées entre les salariés (rémunérations, avancement, avantages divers) correspondent à des différences de situation objectives.

La différence de traitement comme atteinte injustifiée au principe d'égalité

Envisageons d'abord la première approche de la discrimination et sa mise en œuvre. Qu'est-ce qu'une différence de traitement injustifiée ou arbitraire ? Si la question se pose, c'est que, de toute évidence, la loi n'est plus « la même pour tous », comme le voulait la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Cette exigence a cédé devant l'évolution des sociétés développées et la complexité croissante de la législation qui s'efforce de saisir non plus des sujets de droit abstraits mais les membres de groupes concrets et différents les uns des autres, débouchant ainsi sur la multiplication des catégories juridiques et la diversification des règles applicables. Avec l'abandon de la généralité de la règle, le principe d'égalité se transforme et se lit désormais comme un principe de non discrimination : n'obligeant pas à traiter tout le monde de la même façon, il implique de distinguer les différences de traitement légitimes, qui trouvent une justification objective et raisonnable dans une différence de situation ou l'intérêt général, et les autres qui, privées d'une telle justification, seront considérées comme des discriminations arbitraires.

Il faut donc, dans la multiplicité des distinctions entre catégories d'individus, repérer où finit la différence de traitement normale et légitime, où commence la discrimination injustifiée. La réponse donnée par le juge – le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État, notamment, mais aussi, on le verra plus loin, par la Cour européenne des droits de l'homme – est la suivante : une différence de traitement n'est pas constitutive d'une discrimination et ne viole pas le principe d'égalité si elle correspond à une différence de situation ou si elle est justifiée par un intérêt général en rapport avec l'objet de la loi, de la réglementation ou du service public en cause.

L'administration a le droit de traiter différemment des catégories de personnes – usagers du service public, administrés, agents publics... – entre lesquelles, selon la formule consacrée, existent des « différences de situation appréciables ». À défaut, les différences de traitement doivent être justifiées « par une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation ou l'objet du service » ou avec l'objet de la réglementation. Le Conseil constitutionnel, de son côté, reprenant en l'adaptant la jurisprudence du Conseil d'État, a affirmé dans un considérant de principe désormais systématiquement repris, que le principe d'égalité « ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce

qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »

Mais l'existence d'une différence de situation n'est pas toujours aisée à appréhender : assez simple lorsqu'elle réside dans une différence dans les prestations fournies (utilisation de la 1^e classe dans les transports en commun), l'appréciation l'est moins lorsque une même prestation est fournie à des usagers dotés de caractéristiques différentes (âge, nationalité, nombre d'enfants, domicile, ressources...) et donc laisse place à une certaine subjectivité : ainsi, le lieu de résidence, la nationalité, le nombre de salariés seront considérés comme constitutifs d'une différence de situation justifiant une différence de traitement dans certains cas, mais pas dans d'autres. Les étrangers, par exemple, peuvent être soumis à des contrôles d'identité spécifiques, parce qu'ils sont dans une situation différente de celle des nationaux au regard des règles sur le séjour (*CC, 13 août 1993, Maîtrise de l'immigration*), mais ils ne peuvent, s'ils sont en situation régulière, se voir refuser certaines prestations sociales (*CE, 30 juin 1989, Ville de Paris c/ Lévy ; CC, 22 janvier 1990, Loi portant DMOS*). Est de même discriminatoire la différence opérée par la loi dans le montant des pensions versées aux anciens combattants selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'États devenus indépendants : la différence de situation fondée sur la nationalité est en effet sans rapport avec l'objet de la loi, puisque les pensions de retraite constituent des rémunérations différées en rapport avec les fonctions passées (*CE, 30 novembre 2001, Ministre de la Défense et Ministre de l'économie et des finances c/ Diop*). Ou encore, s'il est légitime, comme le fait le code du travail, de fixer certains « seuils » en fonction du nombre de salariés pour déterminer certaines obligations de l'employeur – la désignation de délégués du personnel ou la mise en place de comités d'entreprises par exemple –, l'attribution à l'employeur, pour l'élection aux conseils de prud'hommes, d'un nombre de voix variant avec le nombre de salariés qu'il occupe viole le principe d'égalité (*CC, 17 janvier 1979, Conseils de prud'hommes*).

Quant à la référence à l'intérêt général, elle donne elle aussi des résultats assez aléatoires. Ainsi, dans un premier temps, le Conseil d'État avait jugé que la modulation des tarifs en fonction des ressources des familles se justifiait dans le cas des crèches, compte tenu de l'intérêt qui s'attache à ce que tous les parents puissent y mettre leurs enfants (*CE, 20 janvier 1989, CCAS La Rochelle*), mais non dans le cas des conservatoires de musique (*CE, 26 avril 1985, Ville de Tarbes*) ; par la suite, il a abandonné cette distinction guère convaincante entre les services sociaux et les services culturels (*CE, 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers*). L'appréciation de ce qu'autorise l'intérêt général est tout aussi subjective s'agissant des lois, alors même qu'elle peut déboucher sur l'acceptation de dérogations non négligeables au principe d'égalité. À titre d'exemple, est jugée conforme à l'intérêt général l'exclusion de la nationalisation des banques à capitaux étrangers compte tenu des difficultés diplomatiques qui auraient pu en résulter, mais non celle des banques mutualistes ou coopératives (*CC, 16 janvier 1982, Nationalisations*) ; l'octroi d'avantages fiscaux aux familles qui emploient un salarié à domicile (donc, *a priori*, des familles aisées) ne constitue pas une atteinte inconstitutionnelle au principe d'égalité dans la mesure où cette réduction d'impôt vise notamment à combattre le chômage en développant le travail à domicile, à lutter contre l'emploi non déclaré et à améliorer la qualité de vie des familles (*CC, 27 décembre 2002, Loi de finances pour 2003*) ; dans le domaine de l'audiovisuel, l'avantage accordé aux opérateurs privés en place est conforme à l'intérêt général qui est d'inciter à la constitution de groupes aptes à affronter la concurrence internationale et à promouvoir les intérêts culturels français (*CC 21 janvier 1994, Loi relative à la liberté de communication*), etc.

La protection des catégories vulnérables

Cette seconde conception de la discrimination a été introduite en France pour la première fois par la loi de 1972 contre le racisme, qui a inséré dans le code pénal des dispositions réprimant la discrimination raciale. Dans sa rédaction antérieure à la réforme de 1992, le code pénal ne comportait pas de définition de la discrimination : l'article 416 se bornait à prévoir des sanctions contre toute personne ayant refusé de fournir un bien ou un service ou ayant refusé d'embaucher ou ayant licencié une personne à raison de son origine, de son sexe, etc.

Aujourd'hui, aux termes de l'article 225-1 du nouveau code pénal, complété par les lois du 16 novembre 2001 sur la lutte contre les discriminations et du 4 mars 2002 sur les droits des malades, « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patrimoine, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

L'article 225-2 poursuit en énonçant que la discrimination ainsi définie est punissable lorsqu'elle consiste à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, à entraver l'exercice normal d'une activité économique, à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne, à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service ou une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés¹. On constate que les faits incriminés ne recouvrent pas l'intégralité de ceux qui sont constitutifs d'une discrimination : seuls certains types de comportements discriminatoires tombent sous le coup de la loi pénale, sans qu'on puisse dire si cette distorsion a été introduite par le législateur délibérément ou par inadvertance.

Le code du travail, de son côté, ne définit pas la discrimination, mais il interdit toute mesure prenant en compte l'un des critères énumérés dans le code pénal, depuis le stade du recrutement jusqu'à celui du licenciement, en passant par l'avancement et la rémunération. L'article L. 122-45, dans sa rédaction actuelle issue de la loi du 16 novembre 2001 qui a intégré l'acquis communautaire sur les discriminations indirectes (voir *infra*, III), est ainsi rédigé : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap. »

¹ L'article 432-7, de son côté, réprime le fait, pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, et pour l'un des motifs énumérés à l'article L. 225-1, de refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou d'entraver l'exercice normal d'une activité économique.

Cette approche de la discrimination, on l'a dit, est également celle qui inspire le droit communautaire sur lequel on reviendra plus loin, qu'il s'agisse des dispositions des traités et des directives ou de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes.

L'oscillation des conventions internationales entre les deux conceptions

De très nombreuses conventions internationales prohibent la discrimination, au point que le principe de non-discrimination apparaît comme un principe fondamental du droit international des droits de l'homme. Beaucoup énoncent un principe général de non-discrimination dans la jouissance des droits reconnus, sur le modèle de la Déclaration universelle de 1948 : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation » (art. 2). La rédaction de l'article concilie en somme les deux approches dégagées plus haut : l'énumération des critères de distinction interdits renvoie à l'objectif de protection des catégories vulnérables, mais le mot « notamment » ainsi que référence *in fine* à « toute autre situation » montre que l'on se situe dans une problématique générale de l'égalité. Dans le prolongement de la Déclaration, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 2) et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 14) proclament un principe général de non-discrimination qui doit trouver application pour l'ensemble des droits et libertés que ces conventions reconnaissent et énumèrent de façon à la fois très détaillée mais non limitative les critères de distinction illégitimes. Le Pacte va plus loin encore, en ce qu'il fait du droit à l'égalité un droit substantiel, applicable de façon générale et non pas seulement dans le champ des droits et libertés garantis : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race (etc.) » (art. 26). Le protocole n° 12 à la Convention européenne – que tous les États n'ont pas ratifié, et notamment pas la France – élargit lui aussi désormais la portée du principe de non discrimination à « la jouissance de tout droit prévu par la loi ».

Dans l'hypothèse où la convention énonce le principe d'une jouissance égale des droits fondamentaux, le principe d'égalité est converti en principe de non-discrimination. Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme est à cet égard très proche de celui des juridictions françaises, quoique formulé en termes différents. En effet, en dépit de la rédaction apparemment catégorique de l'article 14 de la Convention qui stipule que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] ou toute autre situation », la Cour a jugé que cet article n'interdisait pas toute différence de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention : il n'y a à ses yeux discrimination que si la distinction manque de « justification objective et raisonnable », l'existence d'une telle justification s'appréciant « par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques » (*Affaire linguistique belge*, 27 juin 1968)². Le but doit être un but

² Cette référence à des « critères objectifs et rationnels » se retrouve aussi dans certaines décisions du Conseil constitutionnel, rendues notamment en matière fiscale : ainsi, à propos de l'impôt sur les grandes fortunes, il relève, pour valider la loi, que « pour poser les règles d'établissement de l'assiette de l'IGF, le législateur a fondé son appréciation sur des critères objectifs et rationnels » (*CC, 29 décembre 1983, Loi de finances pour 1984*).

légitime dans une société démocratique, étranger donc à toute volonté de discrimination ; et les effets de la mesure ne doivent pas être disproportionnés par rapport au but visé. Sur cette base la Cour a admis que le système scolaire belge, bien qu'engendrant, pour les enfants francophones, l'impossibilité d'accéder à des écoles françaises dans les régions à majorité flamande, avait une justification raisonnable et objective, car il avait pour but d'assurer l'unité linguistique des régions (*Affaire linguistique belge, précité*) ou, plus récemment, que le rejet d'une demande d'agrément en vue d'adoption opposé à un célibataire en raison de son homosexualité trouvait une justification dans la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants (*Fretté c/ France, 30 janvier 2002*). L'objectif de protection de la famille ne suffit pas, en revanche, à justifier la différence opérée par la législation belge dans les droits reconnus aux mères célibataires ou mariées et aux enfants naturels ou légitimes (*Marckx c/ Belgique, 13 juin 1979*) ou encore la différence de traitement entre les enfants adultérins et les autres (*Mazurek c/ France, 1^{er} février 2000*).

Dans une espèce récente, la Cour a jugé que le principe de non discrimination pouvait obliger les États à prévoir des règles différentes pour régir des situations différentes et que l'article 14 était violé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquaient pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. Ainsi, s'il est légitime d'exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable, l'application de cette règle à un Témoin de Jéhovah condamné pour avoir refusé de porter l'uniforme pour des motifs religieux constituait une violation des articles 9 et 14 combinés de la Convention (*Thlimmenos c/ Grèce, 6 avril 2000*). En affirmant l'obligation, et non simplement la faculté de tenir compte des différences de situation, la Cour reprend un raisonnement développé par certaines juridictions constitutionnelles et par la Cour de justice des Communautés européennes (voir *infra*),

Inversement, on verra que les notions de situations différentes, d'une part, de justification objective et raisonnable, de l'autre, se retrouvent dans les modes de raisonnement de la Cour de justice des Communautés européennes, lorsqu'elle s'interroge sur le caractère discriminatoire ou non des différences de traitement fondées sur la nationalité ou le sexe, donc dans le cadre de ce que nous avons défini comme une conception restrictive de la discrimination.

D'autres conventions visent spécialement à protéger contre la discrimination des catégories d'individus : telles les deux Conventions des Nations unies de 1965 et de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; ou encore la convention n° 111 de l'OIT de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, et celle adoptée sous l'égide de l'UNESCO en 1960, relative à la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement. Toutes contiennent, rédigée dans des termes à peu près analogues, une définition de la discrimination prohibée : « Le terme "discrimination" comprend toute distinction, exclusion, ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession » (Convention n° 111 de l'OIT). « Aux fins de la présente convention, le terme "discrimination" comprend toute distinction, exclusion, limitation ou préférence qui, fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, a pour objet de détruire ou d'altérer l'égalité de traitement en matière d'enseignement » (Convention de l'Unesco concernant la lutte contre la discrimination dans le

domaine de l'enseignement). « L'expression "discrimination raciale" vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique » (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale). « L'expression "discrimination à l'égard des femmes" vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe, qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine » (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes).

*

Les deux concepts de la discrimination que l'on a dégagés ont en commun de renvoyer à la représentation spontanée qu'on s'en fait : c'est l'employeur qui refuse d'embaucher des femmes ou des gens de couleur ; c'est la différence de traitement qui aboutit à défavoriser certains individus en raison de leur appartenance à une catégorie définie sur la base d'un critère arbitraire ou interdit par les textes. Mais à côté de ces discriminations « directes », et sous l'influence du droit communautaire, la notion de discrimination s'est encore élargie pour inclure désormais les discriminations « indirectes » ou encore le harcèlement.

III/ L'apport du droit communautaire : l'approfondissement et l'élargissement de la notion de discrimination

La non discrimination a été posée dès l'origine comme un des fondements du droit communautaire. D'un côté, le Traité de Rome, complété par des règlements et des directives, prohibe les discriminations fondées sur la nationalité en tant qu'elles font obstacle à la liberté de circulation et d'établissement. De l'autre, le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes posé par l'article 119 a été complété par la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 interdisant, de façon beaucoup plus large, toute discrimination « dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité et à tous les niveaux d'orientation professionnelle ».

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) s'est attachée à donner toute sa portée au principe de non discrimination : saisie de recours en manquement, elle a sanctionné les États qui maintenaient dans leurs législations des discriminations fondées sur la nationalité ou sur le sexe ; saisie de questions préjudicielles, elle a été amenée à préciser les contours de la notion de discrimination en proposant de nouveaux concepts comme celui de discrimination indirecte, ou encore, comme on le verra plus loin (IV), en définissant les modalités de l'articulation de l'égalité de traitement avec les mesures prises pour conforter l'égalité des chances, dites aussi « actions positives ».

Dans le prolongement de cette jurisprudence de la CJCE, et pour l'application de l'article 13 du Traité instituant la Communauté européenne dans sa rédaction issue du Traité d'Amsterdam³, plusieurs directives ont été adoptées dans le champ de la lutte contre la discrimination : la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive du 9 février 1976, enfin 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. Toutes incluent une définition du concept de discrimination incluant la discrimination directe, la discrimination indirecte, et aussi le harcèlement.

Le concept de discrimination directe

Concernant les discriminations directes, la Cour a eu à s'interroger sur les conditions dans lesquelles une différence de traitement était admissible ou au contraire constituait une discrimination prohibée. Reprenant un raisonnement classique, évoqué plus haut, selon lequel le principe d'égalité n'interdit pas de traiter différemment des individus placés dans des situations différentes, elle a considéré que la discrimination n'existait que si les situations étaient comparables, mais aussi, symétriquement, qu'une discrimination pouvait résulter de l'application de la même règle à des situations différentes. Il en est ainsi lorsqu'un employeur, utilisant une clause contractuelle qui lui permet de licencier les travailleurs, quel que soit leur sexe, après un nombre déterminé de semaines d'absence continue, licencie une travailleuse enceinte en raison d'absences dues à l'incapacité de travail découlant de son état de grossesse : la règle qui vise également les hommes et les femmes est appliquée de la même façon à des situations différentes, la situation d'une travailleuse enceinte ne pouvant être assimilée à la situation d'un travailleur masculin malade, et il y a donc discrimination fondée sur le sexe (*CJCE, 30 juin 1994, Brown*).

Concernant l'interdiction des discriminations entre hommes et femmes (de plus en plus souvent invoquée – relevons-le – par des hommes qui critiquent les avantages compensatoires accordés aux femmes), elle a admis que des avantages pouvaient être accordés aux femmes pour compenser les désavantages professionnels résultant de l'éloignement du travail inhérent au congé de maternité (*CJCE, 16 septembre 1999, Abdoulaye*), mais qu'était en revanche constitutive d'une discrimination la bonification accordée aux femmes pour le calcul d'une pension de retraite : présentée comme devant compenser les désavantages professionnels résultant pour elles du fait d'avoir élevé des enfants, elle excluait de son bénéfice les hommes qui pouvaient avoir eux aussi assumé l'éducation de leurs enfants (*CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar*. V. aussi, tirant les conséquences de l'arrêt, *CE, 29 juillet 2002, Griesmar*).

Cette référence à la comparabilité des situations est reprise dans les directives récentes qui toutes définissent la discrimination directe dans les mêmes termes. Une discrimination directe se produit « lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de

³ « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites de compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les 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 ».

manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » (directive 2000/43/CE) ; « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} [religion ou convictions, handicap, âge ou orientation sexuelle] » (directive 2000/78/CE) ; ou encore, lorsque « une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » (directive 2002/73/CE et directive 2004/113/CE). On relève que ces textes invitent à élargir le test de « comparabilité » à des situations décalées dans le temps (« ne l'est ou ne l'a été »), et même à des situations hypothétiques (« ne le serait »), ce qui pourrait permettre de traquer des discriminations dissimulées derrière la ségrégation des femmes et des hommes sur le marché du travail.

Le concept de discrimination indirecte

Mais un des apports les plus notables de la jurisprudence de la Cour consiste à avoir dégagé la notion de « discrimination indirecte ». Dans le champ des discriminations fondées sur la nationalité, les discriminations indirectes sont celles qui, quoique fondées sur un autre critère que la nationalité, ont néanmoins pour conséquence de léser les non-nationaux, par exemple en subordonnant l'octroi d'un avantage à une condition plus difficile à remplir par un étranger que par un national (tel un critère de résidence antérieure ou l'exigence de nationalité française des enfants pour bénéficier d'un avantage vieillesse).

Par la suite, la Cour a étendu la notion de discrimination indirecte à l'égalité entre hommes et femmes pour caractériser les situations où l'utilisation d'un critère apparemment neutre a pour conséquence de défavoriser particulièrement les femmes. Elle a ainsi estimé qu'une pratique salariale consistant à fixer une rémunération horaire moins élevée pour le travail à temps partiel que pour le travail à temps plein était incompatible avec le principe de l'égalité professionnelle des hommes et des femmes dès lors qu'un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein, en raison des difficultés spécifiques que rencontrent les travailleurs féminins pour pouvoir travailler à temps plein (*CJCE 31 mars 1981, Jenkins*), ou encore que la politique du personnel suivie par une société de grands magasins consistant à exclure les employés à temps partiel d'un régime de pensions d'entreprise était susceptible de constituer une discrimination interdite dès lors que cette exclusion frappait un nombre beaucoup plus important de travailleurs féminins que de travailleurs masculins (*CJCE, 13 mai 1986, Bilka Kaufhaus*). Pour repérer ces mesures neutres en apparence mais en réalité discriminatoires, il faut considérer leur impact : le fait qu'une règle ou une pratique « affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe » fait présumer l'existence d'une discrimination. Présumer seulement, parce que son auteur peut établir que la pratique litigieuse s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe : dans l'espèce précitée, il était allégué que le privilège accordés aux employés à temps plein visait à rendre le travail à temps plein plus attractif, les travailleurs à temps partiel refusant de travailler les fins d'après-midi et les samedis ; ou encore, dans le cas de majorations de salaires individuelles accordées aux salariés en fonction de leur flexibilité, de leur formation professionnelle et de leur ancienneté qui aboutissaient à ce que la rémunération moyenne des travailleurs masculins soit supérieure de 6,85 % à celle accordée aux travailleurs féminins, on pouvait faire valoir que la formation et l'ancienneté allaient de pair avec la qualification et l'expérience (*CJCE, Danfoss, 17 octobre 1989*).

Là encore, les directives prises sur le fondement de l'article 13 TCE systématisent la jurisprudence de la Cour tout en l'adaptant : « une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes » (directive 2000/43/CE) ; « [...] pour les personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes » (directive 2000/78/CE), ou pour « des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe » (directive 2004/113/CE) – « à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

On relève que là où la Cour avait dégagé un critère quantitatif pour repérer les discriminations indirectes, en se référant à « l'impact disproportionné » d'une mesure sur une catégorie d'individus, ce qui permet de recourir à des éléments de preuve statistiques, les directives font prévaloir une conception plus souple et plus qualitative puisqu'il suffit qu'une mesure soit de nature à entraîner un « désavantage particulier » pour être suspecte. Cette seconde approche, si elle laisse la voie ouverte à des appréciations plus subjectives, a le mérite d'être plus aisée à mettre en œuvre que l'approche statistique – guère envisageable dans le cas des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, par exemple, et posant des problèmes délicats, au moins dans le contexte français, dans le cas de la discrimination raciale, puisque supposant le recours à des statistiques ethnicisées.

En résumé, il y aura donc discrimination indirecte lorsqu'une mesure, un critère ou une pratique apparemment neutre, soit a un impact disproportionné, qui peut être prouvé à l'aide de statistiques, sur une catégorie ou un groupe de personnes, soit est susceptible de produire un désavantage particulier pour les personnes appartenant à ce groupe ou cette catégorie, étant entendu que l'auteur de la mesure peut se défendre en faisant valoir qu'elle a une justification objective et qu'elle est proportionnée au but poursuivi.

L'assimilation du harcèlement à une forme de discrimination

L'intégration du harcèlement dans la définition de la discrimination est l'œuvre propre du législateur européen et, contrairement aux autres élargissements, ne trouve pas sa source dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE évoquent le harcèlement dans les mêmes termes : « Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique [ou : à l'un des motifs visés à l'article 1^{er}] se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Les directives 2002/73/CE et 2004/113/CE, qui concernent l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, élargissent encore la notion de discrimination en faisant une place, de façon spécifique, à côté du harcèlement *lié au sexe* d'une personne, au harcèlement *sexuel*. Le « harcèlement » est défini comme « la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant », et le « harcèlement sexuel » comme « la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec

pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. à l'emploi et au travail. »

IV/ Des « actions positives » à la « discrimination positive »

Avec l'action positive et les « discriminations positives », on change de registre. On désigne par ces termes des mesures préférentielles prises dans le cadre d'une politique volontariste visant à réduire les inégalités de fait, et qui favorisent une catégorie ou un groupe de personnes en vue de compenser les désavantages attachés à leur situation. Alors que les discriminations directes ou indirectes sont proscrites parce qu'elles produisent ou confortent les inégalités, les mesures prises au titre des actions positives visent à rétablir une égalité réelle en s'affranchissant de l'égalité formelle, voire, dans sa version la plus offensive, en pratiquant une forme de discrimination à rebours. Sur ce point, le droit communautaire n'a pas réellement produit un effet d'entraînement sur le droit français où les débats juridiques et les controverses politiques autour de la discrimination positive restent largement déconnectés des concepts dégagés par les directives.

De l'égalité de traitement à égalité des chances : les actions positives

Les conventions internationales admettent la possibilité de prendre des « mesures spéciales » en faveur des groupes qu'elles entendent protéger contre la discrimination, dès lors qu'elles ont un caractère temporaire⁴. Le droit communautaire, de son côté, incite les États membres à mener des « actions positives » et prendre des mesures spécifiques en vue de promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, mais aussi, désormais, pour prévenir ou compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique, ou encore la religion, l'âge, le handicap, ou l'orientation sexuelle. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière d'égalité des sexes atteste toutefois, par sa subtilité même, la difficulté d'articuler de façon satisfaisante l'égalité des chances et l'égalité de traitement, potentiellement contradictoire.

La directive 76/207/CE du 9 février 1976 prévoyait déjà la possibilité de prendre « des 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 ». La formule est explicitée par la recommandation n° 84/635 du Conseil du 13 décembre 1984 : elle incite 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... afin d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables [résultant] d'attitudes, de

⁴ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) stipule : « Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient. » La Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes énonce de son côté : « L'adoption par les États parties de mesure 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 » (art. 4-1).

comportements ou de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société ».

La CJCE, amenée à préciser les rapports entre égalité des chances et égalité de traitement, a posé en principe que les dispositions autorisant des mesures préférentielles en faveur des femmes devaient être interprétées strictement, en tant que dérogations au principe de l'égalité de traitement. Pour être licites, les mesures positives ne doivent pas garantir une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou d'une promotion, et l'objectif d'égalité des chances ne doit pas se muer en un objectif d'égalité substantielle ou d'égalité de résultat – dont la fixation d'un quota serait la forme ultime. Conformément à ces principes, elle a déclaré contraire aux exigences du droit communautaire une disposition de la loi du Land de Brême relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les services publics qui accordait aux femmes, à qualification égale, de façon automatique, une préférence pour l'accès aux emplois où elles étaient sous-représentées, (*CJCE, 17 octobre 1995, Kalanke*). Elle a en revanche validé le statut des fonctionnaires du Land de Rhénanie : là encore était prévue une priorité en faveur des femmes à égalité de qualifications, d'aptitudes et de prestations professionnelles lorsqu'elles sont en nombre inférieur aux hommes ; mais cette priorité s'accompagnait d'une « clause de sauvegarde » permettant de tenir compte des circonstances particulières et de faire pencher la balance en faveur d'un candidat masculin sur la base d'autres critères (par exemple dans l'hypothèse où serait lui-même handicapé ou ferait partie d'un groupe défavorisé)(*CJCE, 1996, Marschall*). A été de même acceptée une loi du Land de Hesse qui, pourtant, fixait des objectifs contraignants en termes de pourcentage de femmes dans les postes ouverts au recrutement ou à la promotion, parce que ces objectifs n'étaient pas absolus et inconditionnels et laissaient place à des dérogations (nombre insuffisant de femmes disposant des qualifications nécessaires, priorité donnée à d'autres groupes – anciens militaires, handicapés, chômeurs de longue durée – sur les femmes) (*CJCE, 28 mars 2000, Badeck*).

Le Traité d'Amsterdam a complété l'article 119 du Traité de Rome (devenu l'article 141 du TCE) qui contient désormais une référence aux actions positives : « pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'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 ». Les quatre directives adoptées entre 2000 et 2004, quant à elles, précisent en des termes pratiquement identiques, sous l'intitulé « action positive », que le principe de l'égalité de traitement ne s'oppose pas à ce que, pour assurer la pleine égalité, les États membres maintiennent ou adoptent « des mesure spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique » (directive 2000/43/CE), au sexe (directives 2002/73/CE et 2004/113/CE) ou encore à la religion, à l'âge, au handicap ou à l'orientation sexuelle (directive 2000/78/CE).

La « discrimination positive » : une notion insaisissable ?

Pour une série de raisons, les actions positives ont traditionnellement suscité en France une certaine méfiance. Les mesures préférentielles y occupent une place importante, et parfois ancienne : progressivité de l'impôt, modulation des tarifs des services publics en fonction des revenus, prestations accordées sous condition de ressources, incitations fiscales pour l'embauche des jeunes, recul des limites d'âge pour l'accès aux emplois publics pour les femmes ayant élevé

des enfants, emplois réservés pour les handicapés, etc. Mais les bénéficiaires de ces mesures sont généralement déterminés sur la base de catégorisations contingentes (l'âge, les ressources...), rarement en fonction de l'appartenance à des groupes stables et préconstitués. Les « catégories » ont quelque chose de conjoncturel, de volatil, d'abstrait qui rassure ; les groupes ont à l'inverse une essence, une substance concrète, une permanence qui inquiètent dans un pays qui récuse l'existence en son sein de minorités. Prendre des mesures en faveur des jeunes ou des personnes âgées, des mères de famille ou des handicapés ne pose pas les mêmes problèmes qu'accorder des priorités ou des privilèges aux membres d'un groupe défini par l'origine ou l'appartenance ethnique ou même aux femmes indépendamment de leur qualité de mère.

À vrai dire, cette allergie à la reconnaissance des groupes d'appartenance est parfois prise en défaut. S'il a fallu une réforme constitutionnelle pour surmonter la résistance du Conseil constitutionnel à la prise en considération du sexe dans la loi électorale, le même Conseil a admis que le législateur pouvait tenir compte, dans les collectivités d'outre-mer, de l'existence de communautés ethniques distinctes. Saisi d'un recours contre un découpage électoral en Nouvelle-Calédonie qui prenait en compte la répartition géographique des Kanaks et des Caldoches, il a répondu que si le congrès devait être élu sur des bases essentiellement démographiques, le législateur pouvait tenir compte – dans une mesure limitée, certes, et qui en l'espèce avait été selon lui dépassée, d'où l'invalidation de la première mouture de la loi –, d'autres impératifs d'intérêt général : allusion implicite mais transparente à l'objectif visant à préserver un équilibre entre les communautés (CC, 8 août 1985, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie*). Dans ce même territoire, l'origine ou l'appartenance ethnique des personnes font d'ailleurs partie, avec l'aval de la CNIL (Commission nationale informatique et libertés) des données dont la collecte est autorisée en vue du recensement de la population. Plus récemment, mettant en œuvre les accords de Nouméa qui posaient les bases d'une future accession à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, la loi organique du 19 mars 1999 a subordonné le droit de vote à une durée de domicile de dix ans et autorisé des restrictions à l'accès à l'emploi pour ceux qui ne justifieraient pas d'une durée de résidence suffisante sur le territoire.

Mais ces entorses manifestes aux principes constitutionnels les plus solidement établis n'ont pas, à l'époque, été théorisées comme « discriminations positives ». C'est ultérieurement que la notion a fait irruption dans le débat public en France, sur un ton souvent polémique, favorisé par l'absence de définition uniforme et communément de la notion, tant dans le langage courant que dans le langage juridique. Les uns brandissent comme un épouvantail une vision stéréotypée et inexacte de l'*affirmative action* aux États-Unis pour proscrire absolument l'idée même de discrimination positive tandis que d'autres, à l'inverse, revendiquent des discriminations positives « à la française », mais en donnant à l'expression une telle extension qu'elle en perd toute spécificité.

Parmi les mesures qualifiées, trop rapidement, de « discriminations positives », il convient donc d'opérer une série de distinctions prenant en compte à la fois le but poursuivi, les mécanismes utilisés et le ciblage de ces mesures. Certaines ont un objectif compensatoire, visant à compenser, ponctuellement ou plus durablement, les désavantages résultant d'inégalités de situation, de façon à en atténuer les conséquences ; d'autres, qui s'attachent essentiellement aux écarts de revenus, ont un objectif redistributif ; d'autres encore poursuivent un objectif véritablement correctif, en ce qu'elles visent à éradiquer les inégalités. Les mécanismes utilisés peuvent aller de l'indexation des tarifs sur les revenus jusqu'à des systèmes de discrimination à

rebours. Enfin, le « ciblage » et donc les critères de sélection des publics visés sont très divers : critère socio-économique fondé sur les ressources ; appartenance à une catégorie dont la loi définit les contours – jeunes, vieux, handicapés, mères de famille... – ; rattachement à un territoire (zones d'éducation prioritaires, zones franches...), sachant qu'à travers le territoire ce sont des populations présentant certaines caractéristiques qui sont visées ; enfin, appartenance à un groupe dont les membres possèdent un trait distinctif stable tels le sexe ou l'origine ethnique.

Sur ces bases, on peut distinguer :

– les mesures préférentielles fondées sur un critère socio-économique, qui ont un objectif compensatoire ou redistributif visant à atténuer l'impact des inégalités ou à en limiter l'ampleur (telle la tarification indexée sur les revenus pour l'accès aux services publics ou les prestations sociales ciblées attribuées sous condition de ressources) ;

– des mesures qui entrent bien dans le champ des « actions positives » parce qu'elles ont un objectif correctif, visant à réduire ou supprimer les inégalités liées soit à l'appartenance à une catégorie ou un groupe défavorisé (par exemple en facilitant l'accès à l'emploi des femmes, des handicapés, des jeunes ou des membres de certains groupes ethniques), soit à un territoire (l'exemple-type, dans le cas de la France, est la politique dite des ZEP, ou zones d'éducation prioritaire, consistant à attribuer des moyens supplémentaires aux établissements accueillant une proportion importante d'élèves défavorisés) ;

– enfin, parmi les actions positives, celles qui méritent d'être qualifiées de discriminations positives *stricto sensu*. Elles ont pour cible les membres d'un groupe stigmatisé et/ou ayant été durablement victime de discriminations de droit ou de fait et elles visent à rétablir l'égalité en faisant bénéficier les individus concernés, aussi longtemps que l'objectif d'égalité n'est pas atteint, d'un traitement préférentiel qui s'apparente à une forme de discrimination à rebours au détriment du reste de la population. L'exemple-type en est la politique des quotas telle qu'elle a été pratiquée aux débuts de l'*affirmative action* aux États-Unis pour promouvoir l'accès aux universités des minorités ethniques.

Ce sont ces dernières mesures qui présentent les difficultés les plus grandes, tant sur le plan des principes que de leur mise en œuvre, et qui suscitent donc le plus de réticences ou d'hostilité : d'abord parce qu'elles sont effectivement discriminatoires à l'égard des secteurs de la population non ciblés, ensuite parce que les catégorisations qu'elles impliquent sont loin d'être anodines, comportant des risques de stigmatisation et d'enfermement identitaire non négligeables.

On comprend donc l'intensité des controverses que la question provoque. On comprend aussi l'hésitation qu'on peut avoir à les rejeter d'emblée et en bloc, si elles apparaissent comme le seul moyen de stopper l'engrenage de la « discrimination systémique » et de donner toute sa portée concrète à l'objectif d'universalité des droits.

Repères bibliographiques

- Olivier Bui-Xuan, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004
Gwenaële Calvès, *La discrimination positive*, PUF, Que sais-je ? n° 3712, 2004

- Gwenaële Calvès, « Les politiques françaises de discrimination positive : trois spécificités », *Pouvoirs* n° 111, 2004, p. 29-40
- Jacques Chevallier, « Réflexions sur la notion de discrimination positive », *Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 415-428.
- Marie-Thérèse Lanquetin, « L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 », *Droit social*, mars 2003, p. 312.
- Danièle Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1988, pp. 778-790.
- Philippe Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Droit social*, mars 2003, p. 26