

# Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne: la lutte contre les discriminations au service du marché<sup>1</sup>

par Olivier DE SCHUTTER \*

*Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1er mai 1999, a étendu considérablement le domaine potentiel d'intervention du droit communautaire en insérant dans le traité de Rome instituant la Communauté européenne une disposition reconnaissant au Conseil des Ministres de l'Union européenne la compétence de «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», dans les limites qu'autorise le principe de subsidiarité<sup>2</sup>. A la suite des initiatives lancées en décembre 1998 par le Commissaire P. Flynn, en charge de l'Emploi et des Affaires sociales, la Commissaire A. Diamantopoulou a présenté le 25 novembre 1999 les trois textes qui seraient proposés au Conseil des Ministres de l'Union européenne sur la base de l'article 13 CE, en accompagnant cette proposition d'une communication concernant un certain nombre de mesures communautaires de lutte contre la discrimination (COM (1999) 645final). Ces propositions ont débouché rapidement sur l'adoption de deux directives et d'un programme d'action communautaire contre la discrimination (2001-2007). L'étude qui suit décrit le régime de ces directives importantes<sup>3</sup>, et formule ensuite quelques remarques plus critiques sur la philosophie qui les oriente.*

---

## 1. LES DIRECTIVES

On peut résumer assez facilement le contenu essentiel des deux directives adoptées successivement sur la base de l'article 13 CE. Une première directive, dite «verticale», relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, a été adoptée le 29 juin 2000 par le Conseil<sup>4</sup>. Elle garantit toute personne contre la discrimination fondée sur la race ou sur l'origine ethnique, que la discrimination soit directe ou indirecte. Le champ d'application de cette directive est relativement large: sont couverts non seulement les

\* Olivier DE SCHUTTER, Faculté de droit, UCL.



conditions d'accès à un emploi salarié ou à une activité indépendante, à une formation ou à une orientation professionnelle, ainsi que les conditions d'emploi et de travail, mais également l'affiliation et l'engagement dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs ou toute organisation professionnelle, la protection sociale et les avantages sociaux, l'éducation et l'accès aux biens et services ainsi que leur fourniture, y compris le logement.

Une deuxième directive, dite «horizontale», crée un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Posant des problèmes plus délicats que la précédente, cette directive n'a été adoptée par le Conseil que le 27 novembre 2000<sup>5</sup>. Elle protège contre toute discrimination, directe ou indirecte, qui se fonde sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Son domaine d'application est cependant plus restreint: la protection contre la discrimination qu'elle institue ne peut être invoquée qu'en ce qui concerne les conditions d'accès à l'emploi salarié ou indépendant et à la formation ou à l'orientation professionnelles, ainsi que les conditions d'emploi et de travail et l'affiliation à, et l'engagement dans, des organisations syndicales ou professionnelles. Sont ainsi exclus du domaine d'application de la directive la sécurité sociale et la protection sociale, l'éducation et l'accès aux biens et services ainsi que leur fourniture.

### 1.1. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION DIRECTE

Ces directives présentent entre elles de nombreuses analogies: elles proposent une même définition des termes auxquelles elles recourent, en dépit de la diversité des situations qu'elles visent respectivement; et elles prévoient, pour l'essentiel, l'application à l'égard de ces situations d'un même régime. Ainsi, selon les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, la discrimination directe s'entend du traitement défavorable d'une personne en raison de sa race ou de son origine ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son handicap, de son âge ou de son orientation sexuelle: elle a lieu lorsque, sur la base de l'un de ces motifs, «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».

Les deux directives formulent en principe à l'égard de la discrimination directe une interdiction absolue, c'est-à-dire que la discrimination directe ne saurait normalement être justifiée par l'objectif que poursuit son auteur. Seules deux exceptions sont prévues. La première exception concerne les rares situations où telle caractéristique dont la prise en compte est *a priori* interdite «constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée»: le cas typique est celui des spectacles dont il s'impose de préserver l'authenticité; mais la directive «horizontale» range également sous cette hypothèse le cas des *Tendenzbetriebe*, des entreprises dites «de tendance», que la directive définit comme les «organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions». Bien qu'il s'agisse d'une exception au principe de l'interdiction de la discrimination directe, les termes auxquels recourt la directive «horizontale» pour définir cette hypothèse sont relativement larges: non seulement la définition qui vient d'être rappelée



est plus étendue que celle qui figurait dans la proposition initiale<sup>6</sup>, mais en outre, alors que cette première proposition n'admettait la prise en compte de la religion ou des convictions que lorsque «la nature des activités» pouvait le justifier, l'article 4, §2, de la directive «horizontale» évoque en outre «le contexte dans lequel [ces activités] sont exercées». Pour résumer les choses de façon peut-être un peu schématique: tandis que, selon la proposition initiale de la Commission européenne, le médecin employé dans un hôpital catholique n'aurait pu se voir reprocher des déclarations publiques adoptant vis-à-vis de l'avortement une position différente de celle de l'église, aujourd'hui il semble qu'un tel reproche pourrait lui être fait, et justifier l'adoption à son égard de certaines sanctions<sup>7</sup>. La restriction que cette exception permet d'apporter à la liberté d'expression des travailleurs est potentiellement considérable. Il faut donc se réjouir que, conscients sans doute du risque d'abus auxquels cette clause pourrait donner lieu, les Etats membres aient choisi d'exclure que soient apportées des nouvelles restrictions à la liberté de religion ou d'expression des employés, par rapport aux restrictions qui étaient déjà en vigueur au moment de l'adoption de la directive. L'article 4, §2, de la directive «horizontale», en effet, ne formule pas au bénéfice des Etats une autorisation générale. Il se borne à admettre le maintien dans le droit national des Etats – ou l'inscription dans une législation codifiant des pratiques existantes à la date de l'adoption de la directive – «des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au égard à l'éthique de l'organisation».

La seconde exception au principe de l'interdiction de la discrimination directe concerne le recours à l'action positive. Dans le contexte de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, le Conseil des Ministres de l'Union européenne a défini cette technique juridique comme visant à prévoir au bénéfice des femmes certaines mesures spécifiques appropriées, afin de compenser les inégalités de fait dont elles sont victimes: selon une recommandation du 13 décembre 1984, il s'agit «a) d'éliminer ou de compenser les effets préjudiciables qui, pour les femmes qui travaillent ou cherchent un emploi, résultent d'attitudes, de comportements et de structures fondés sur l'idée d'une répartition traditionnelle des rôles entre les hommes et les femmes dans la société; b) d'encourager la participation des femmes aux différentes activités dans les secteurs de la vie professionnelle où elles sont actuellement sous-représentées, en particulier dans les secteurs d'avenir, et aux niveaux supérieurs de responsabilité, pour obtenir une meilleure utilisation de toutes les ressources humaines»<sup>8</sup>. Compte tenu de la segmentation accrue du marché du travail, à laquelle correspond une ségrégation professionnelle réelle entre les différentes communautés<sup>9</sup>, il se comprend aisément que cette technique soit considérée également comme un outil de nature à favoriser l'intégration professionnelle de groupes de personnes de telle race ou de telle origine ethnique, notamment celles issues de l'immigration; on sait, en outre, que l'action positive connaît des applications importantes, bien que parfois contestées, dans les politiques visant



l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées<sup>10</sup>.

Il est cependant douteux que l'action positive puisse connaître des développements autres que marginaux au-delà du domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes où elle trouve, en droit communautaire, son lieu d'origine. Le premier motif en est que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a imposé de sévères limites au recours à cet instrument. L'action positive vise à prendre en compte la caractéristique «suspecte» que présente une personne – le sexe, la race, l'origine ethnique, le handicap – afin de compenser le désavantage que cette personne subit du fait de cette caractéristique. Elle constitue dès lors une restriction apportée au droit de chacun d'être jugé uniquement sur la base de critères pertinents au regard de l'emploi à pourvoir ou, par exemple, de la formation à recevoir, sans considération notamment de sexe, de race ou d'origine ethnique, ou d'état de santé. Dans plusieurs arrêts successifs rendus à propos de mesures d'action positive adoptées au bénéfice des femmes en Allemagne et en Suède<sup>11</sup>, et bien qu'elle fut placée dans ce contexte face à des textes qui auraient pu l'encourager à une attitude plus respectueuse de la marge d'appréciation des Etats membres<sup>12</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a nettement réaffirmé la prédominance du critère des «mérites» ou de la «qualification» dans les décisions concernant la sphère professionnelle («Une procédure de sélection des candidats à un emploi s'opère, en principe, par l'appréciation de leur qualification au regard des impératifs du poste vacant ou de la fonction à exercer»<sup>13</sup>). Et elle n'a voulu admettre l'action positive que dans la mesure où celle-ci, soit ne garantit pas à une personne un avantage absolu et inconditionnel sur la base d'une caractéristique suspecte, soit garantit une égalité des «chances» (par exemple l'accès à une formation professionnelle ou à l'entretien d'embauche), mais non une égalité de «résultat» (et notamment l'accès à un emploi): selon la Cour, l'action positive qui accorde de manière absolue et inconditionnelle un résultat tel que l'accès à un emploi, sur la base d'une caractéristique prohibée, n'est pas proportionnée à l'objectif de l'égalité des chances que poursuit une telle mesure.

Le second motif pour lequel il y a lieu de se montrer sceptique sur l'usage que les Etats membres pourraient faire de l'autorisation qui leur est accordée de recourir à l'action positive concerne la praticabilité de cette technique, soit lorsque l'assignation de l'individu à telle catégorie implique des immixtions dans la vie privée qui paraissent impossibles à envisager (comment imaginer une politique d'action positive en faveur des personnes homosexuelles, si cela implique de déterminer l'orientation sexuelle des personnes qui prétendent en bénéficier?) soit lorsque les individus se rangent, par rapport à telle caractéristique (le handicap, peut-être l'orientation sexuelle, la race), sur une échelle continue, plutôt que dans une catégorie déterminée que définit un système classificatoire binaire. Bien qu'il subsiste des hypothèses où l'action positive demeure concevable – au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap, notamment; mais aussi au bénéfice des personnes de telle origine ethnique ou de telle religion<sup>14</sup>, voire même, à supposer qu'on laisse les individus s'identifier librement comme appartenant ou non à telle «race», au bénéfice des personnes de telle race –, les difficultés que posera la plupart du temps sa mise en œuvre, combinée aux restrictions juridiques qui en entourent l'usage, la condamnent sans doute à demeurer très exceptionnelle.



## 1.2. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION INDIRECTE

Les directives 2000/43 et 2000/78 utilisent les mêmes mots pour situer la source de la discrimination indirecte dans l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique «apparemment neutre» mais «susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes» d'une race ou d'une origine ethnique donnée (directive verticale), ou d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés (directive horizontale), par rapport à d'autres personnes<sup>15</sup>. L'identification d'une telle mesure «suspecte» crée un soupçon de discrimination indirecte. Mais la mesure suspecte sera néanmoins justifiée si elle apparaît objectivement justifiée par un objectif légitime et si les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires: si ces deux conditions sont réalisées, l'on aboutira à un constat de non-discrimination.

Le principal intérêt de la notion est qu'à la différence de la discrimination directe, la discrimination indirecte peut être *inconsciente*: héritée d'une tradition, telle procédure, telle pratique, n'a simplement jamais été réfléchie à la lumière du principe de l'égalité de traitement, c'est-à-dire que son impact défavorable sur certains groupes n'a jamais retenu l'attention des auteurs des ces mesures ou des personnes chargées de les mettre en œuvre. Mais la discrimination indirecte peut également résulter de ce que l'auteur d'une discrimination, de façon délibérée, souhaite masquer derrière le recours à certains critères ou pratiques neutres en apparence la discrimination qu'il lui est interdit de pratiquer ouvertement: l'interdiction de la discrimination indirecte apparaît en ce sens comme le complément nécessaire de l'interdiction de la discrimination directe, puisqu'elle évite que cette dernière incrimination soit contournée par un acteur suffisamment ingénieux pour ne pas opérer une différence de traitement directement fondée sur un critère de distinction prohibé, mais pour recourir à certaines méthodes de décision qui vont avoir un effet équivalent.

Il y a donc une intersection entre les concepts de discrimination directe et indirecte: il y a un champ de pratiques discriminatoires qui peuvent être analysées sous l'une ou l'autre qualification, selon l'intention qu'on voudra prêter à l'auteur de ces pratiques. Cela est d'autant plus évident si l'on considère le choix qu'ont fait les auteurs des directives quant à l'identification de la mesure susceptible de constituer une discrimination indirecte, et qui ne pourra dès lors être adoptée ou maintenue qu'à la condition de poursuivre un objectif légitime par des moyens appropriés et nécessaires.

Au lieu de définir la mesure suspecte à la façon dont cette définition est opérée dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes – où l'on soupçonnera de discrimination indirecte la mesure qui produit un *impact disproportionné* sur les membres de la catégorie de personnes envers laquelle la discrimination est prohibée, ce qui suppose le recours à des données statistiques portant sur un échantillon suffisamment représentatif<sup>16</sup> –, les directives fondées sur l'article 13 CE fondent leur approche de la notion de discrimination plutôt au départ de l'idée qu'il est des mesures *intrinsèquement suspectes*, parce que susceptibles, par nature, de produire un effet défavorable à l'égard des personnes en raison de telle caractéristique qu'elles présentent<sup>17</sup>. L'avantage de cette approche est sans doute qu'elle dispense la personne qui se présente comme victime d'une discrimination du fait de l'application à son égard d'une disposition neutre en apparence,



de mettre en avant des données statistiques significatives qui illustrent l'impact disproportionné que produit cette disposition sur les personnes présentant la même caractéristique qu'elle. Par contre, le champ d'application de l'interdiction est moins large selon cette seconde définition: tant qu'elles ne paraissent pas *a priori* suspectes, des mesures d'apparence neutre échappent à l'obligation de devoir être justifiées par leur auteur, y compris s'il devait apparaître, de données statistiques pertinentes, qu'elles aboutissent à désavantager de manière disproportionnée, par exemple, les membres de tel groupe racial ou ethnique, ou les personnes de telle religion. En outre, toutes les difficultés de méthode ne sont pas absentes même si l'on s'en tient à cette approche de la discrimination indirecte. Celle-ci suppose en effet qu'au sein de chaque catégorie protégée les situations des personnes soient relativement homogènes, ce qui implique que certains critères vont affecter particulièrement les personnes de cette catégorie; et qu'en outre, la situation moyenne de celles-ci par rapport à telle disposition d'apparence neutre soit connue. Par exemple, comment remettre en cause, par rapport à l'interdiction de discrimination sur la base de l'origine ethnique, un critère de sélection à l'embauche qui fait référence au domicile du candidat-travailleur (dont il est requis, par exemple, qu'il soit situé à proximité de l'entreprise), si l'on ne dispose pas au préalable de données indiquant clairement la réalité et l'ampleur du phénomène de la ségrégation géographique dont sont victimes certaines minorités ethniques, reléguées à des ghettos identifiables?

## 2. LES RAISONS D'UN SUCCÈS

Bien que l'interdiction de la discrimination figure déjà dans un ensemble de textes internationaux liant la totalité des Etats membres ou certains au moins d'entre eux<sup>18</sup>, et bien qu'elle soit affirmée également dans la plupart des constitutions nationales, l'adoption de ces directives dans un calendrier aussi bref est en soi remarquable. Car les directives 2000/43 et 2000/78 contiennent plusieurs innovations notables, venant redoubler par l'affirmation de garanties procédurales la simple réitération de la règle matérielle de non-discrimination sur la base d'un des motifs énumérés. Elles prévoient ainsi que «les associations, les organisations ou les personnes morales qui ont, conformément aux critères fixés par leur législation nationale, un intérêt légitime à assurer» le respect de chacune des directives, doivent pouvoir, «pour le compte ou à l'appui du plaignant, avec son approbation, engager toute procédure judiciaire et/ou administrative prévue» afin de garantir ce respect. Elles prévoient également que les Etats membres désignent un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement, et qui auront notamment pour compétence – outre une fonction d'étude et de recommandation – d'«apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination». Enfin et surtout, afin de faciliter la preuve de la discrimination, ces directives prévoient un mécanisme de renversement de la charge de la preuve, selon lequel «dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte,



il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement».

Comment expliquer alors, si ces progrès sont véritables, le rythme auquel ils ont pu être acquis? Il y a cela des raisons conjoncturelles, certes importantes, mais dont l'analyse ici ne présente guère d'intérêt<sup>19</sup>. Mais il y a aussi deux séries de motifs plus dignes d'attention, car ils permettent de souligner quelques-unes des lacunes des directives, d'une part; la philosophie économique qui les caractérise, d'autre part.

### 2.1. LA MARGE D'APPRÉCIATION ABANDONNÉE À LA TRANSCRIPTION DES DIRECTIVES

Ce n'est pas minimiser les mérites des auteurs des directives que de constater que celles-ci abandonnent au moment de la transposition dans les droits nationaux des Etats membres beaucoup des choix les plus difficiles, et dont va dépendre, pour une large part, l'effectivité du principe de l'égalité de traitement qu'elles affirment. Non seulement la liberté d'appréciation des Etats membres est totale en ce qui concerne leur choix de recourir ou non à l'instrument de l'action positive, afin de compenser les inégalités de fait subies par certains groupes de personnes ayant en commun de présenter telle caractéristique suspecte; mais en outre, et de manière peut-être plus frappante, les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'organisation des modalités de preuve de la discrimination.

Le principe du renversement de la charge de la preuve constitue une des avancées les plus bruyamment saluées des directives. Mais l'identification du «fait» dont la présentation devant l'autorité juridictionnelle ou administrative compétente va permettre d'établir une présomption de discrimination dépend de l'appréciation de cette autorité, qui devra se prononcer «conformément au droit national et aux pratiques nationales». Or, l'on aurait pu imaginer par exemple que le recours aux fameux «tests de situation», auxquels certains Etats membres recourent déjà et qu'il est question d'introduire dans l'arsenal législatif belge, soit généralisé, même si imposer l'importation de cette technique dans l'ensemble des droits des Etats membres peut sembler peu compatible avec le respect de leur autonomie procédurale. Les «tests de situation» consistent, dans le domaine du recrutement, à présenter à un employeur potentiel deux candidats identiques en tous points, sauf en ce qui concerne leur origine ethnique ou nationale – ce que révèle la consonance de leur nom ou leur apparence physique –, et à comparer alors le sort réservé aux candidatures respectives<sup>20</sup>: bien qu'elle ne constitue pas une panacée, il s'agit donc d'une méthode particulièrement efficace par laquelle mettre à jour les discriminations directes dont les employeurs se rendent coupables; il aurait été conforme à leur ambition que les directives adoptées sur la base de l'article 13 imposent que les droits nationaux des Etats membres admettent ce mode de preuve afin d'établir l'existence d'une discrimination. De même, l'on aurait pu imaginer que la présentation de données statistiques aux fins d'établir une présomption de discrimination indirecte, là du moins où le recours à cette technique est concevable<sup>21</sup>, constitue une obligation pour les Etats membres, plutôt que – comme dans les textes adoptés – une simple faculté qui leur est reconnue.



## 2.2. LA SUBORDINATION DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS AU MARCHÉ

Ce qui mérite encore davantage d'être relevé, c'est que les directives du 29 juin 2000 et du 27 novembre 2000 prennent appui, dans le régime qu'elles établissent, sur une claire répartition des tâches entre l'agent économique privé (et spécialement l'employeur), d'une part, et la collectivité (notamment les pouvoirs publics), d'autre part. A celui-là il est certes interdit de discriminer. Mais il n'a pas à assumer la responsabilité sociale consistant à favoriser l'intégration des populations exclues du marché du travail: pourvu que l'employeur respecte l'exigence de non-discrimination, il pourra faire reposer ses décisions sur les critères que lui paraît imposer le marché; et il importe peu que le marché, derrière le voile de son apparente objectivité, reproduise en fait des micro-préférences individuelles dans lesquelles les préjugés s'immiscent, ou qu'il récompense des qualités qui sont inégalement réparties au sein des différents groupes de la population. Quant à la collectivité et à l'Etat, c'est à eux seuls que revient la tâche de favoriser l'«employabilité» des personnes, afin de faciliter leur accès au marché du travail: l'employeur quant à lui n'a qu'à récompenser cette employabilité qu'il constate, en aucune manière n'est-il tenu de contribuer à la faire exister.

Or, des solutions différentes auraient été concevables, en parfaite conformité d'ailleurs avec l'objectif des directives «égalité de traitement» qui est d'améliorer le taux d'emploi de la population active et par là de garantir la cohésion sociale. Du côté de l'offre de travail, on aurait pu réclamer des entreprises qu'elles contribuent à favoriser cette «employabilité» des «exclus du marché du travail», qui forment une catégorie au sein de laquelle certains groupes raciaux, ethniques ou religieux, certaines classes d'âge, et les personnes handicapées, se trouvent surreprésentées – et vers lesquelles, par exemple, les formations offertes en entreprises auraient pu être ciblées. Du côté de la demande de travail, on aurait pu exiger plus explicitement que les concepts de «mérite», de «compétence» ou de «qualification» – qui ne doivent leur apparence de neutralité qu'à la croyance commune selon laquelle leur signification est dictée par les «lois du marché» plutôt que par les choix de l'employeur qui y recourt –, soient revus à la lumière de l'intérêt que peut présenter pour l'entreprise une force de travail diversifiée, et combinant ainsi un spectre de perspectives différentes mais qui, portées sur le même problème à résoudre, s'avèrent en réalité complémentaires<sup>22</sup>. Au lieu de quoi, le Préambule de la directive «horizontale» nous avertit que cet instrument «n'exige pas qu'une personne qui n'est pas compétente, ni capable ni disponible pour remplir les fonctions essentielles du poste concerné ou pour suivre une formation donnée soit recrutée, promue ou reste employée ou qu'une formation lui soit dispensée (...)». En définitive, les directives se préoccupent de l'effet des préjugés qu'entretient l'employeur, qui conduisent à le faire dévier de décisions que devraient uniquement guider les critères du marché. Mais n'aurait-il pas été concevable plutôt, et plus riche de solutions nouvelles, de réfléchir la lutte contre les discriminations en s'interrogeant sur les effets discriminants du marché lui-même?

Une dernière observation achèvera de justifier le titre donné à cette présentation des directives. Parmi les aspects les plus remarquables de la directive «horizontale», figure une définition de la discrimination à l'encon-



tre des personnes handicapées qui, fondée sur la notion de «disabling environment», admet que la source de la difficulté que représente l'intégration professionnelle de la personne handicapée peut résider non dans ce handicap lui-même, mais dans l'environnement qui, n'étant pas pensé pour accueillir la personne handicapée, implique que ce handicap devient cause d'exclusion. C'est pourquoi la directive requiert de l'employeur qu'il apporte à l'environnement de travail des «aménagements raisonnables» qui permettent à la personne handicapée d'être recrutée et de s'épanouir dans son travail. Seulement l'employeur est dispensé de cette obligation si ces «aménagements raisonnables» représentent pour lui une «charge disproportionnée» (la proposition initiale évoquait la «difficulté injustifiée» pour évoquer la même réalité). Or ici surgit ce qu'on peut considérer comme une anomalie: d'une part, la directive précise que «Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique menée dans l'État membre concerné en faveur des personnes handicapées»<sup>1</sup>; d'autre part, la directive laisse à chaque Etat le soin d'apprécier si une intervention financière des pouvoirs publics doit être prévue afin d'aider les employeurs à rencontrer leur obligation de prévoir des «aménagements raisonnables» au bénéfice des personnes handicapées de leur entreprise, et à plus forte raison le niveau auquel se situe, le cas échéant, cette intervention<sup>23</sup>. Ainsi il dépend de l'Etat membre auquel s'adresse la directive «horizontale» de lui reconnaître une plus ou moins grande effectivité, selon qu'il soutient financièrement l'entreprise qui doit apporter les «aménagements raisonnables» qui sont requis de sa part ou que, lui refusant au contraire son soutien, l'Etat lui permette d'échapper à son obligation en invoquant l'exception de «charge disproportionnée». On peut craindre qu'il résulte de cette curieuse solution la conséquence que, dans un nombre important de cas, l'exception de «charge disproportionnée» sera invoquée par l'employeur, ce qui en retour n'incitera pas l'Etat à assumer une partie ou la totalité des dépenses qu'entraînera l'adoption des «aménagements raisonnables» de nature à permettre l'intégration de la personne handicapée. Ici encore, comment ne pas en conclure que la lutte contre les discriminations est subordonnée à des impératifs économiques, plutôt que réfléchie pour en limiter les effets d'exclusion du marché et pour permettre une intégration effective des groupes que celui-ci relègue hors circuit avec une aussi redoutable précision ?

## NOTES

1. Cet article est fondé sur les recherches effectuées par l'auteur pour un rapport établi en mai 2000 pour le Ministère fédéral de l'Emploi et du Travail, à la demande de l'Observatoire social européen et en collaboration avec le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Revu et actualisé, le rapport sera prochainement publié sous le titre *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi aux éditions P.I.E. Peter Lang.*



2. Article 13 CE. Parmi les commentaires généraux, voy. L. Waddington, «Throwing Some Light on Article 13 EC Treaty», *Maastr. J. of Eur. and Comp. L.*, vol. 6, 1999, p. 1; M. BELL, «The New Article 13 EC Treaty: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?», *Maastr. J. of Eur. and Comp. L.*, vol. 6, 1999, p. 5; L. FLYNN, «The Implications of Article 13 EC - After Amsterdam, Will Some Forms of Discrimination be More Equal than Others?», *C.M.L. Rev.*, vol. 36, 1999, p. 1127; E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, «Nouveaux instruments normatifs et nouvelles avancées jurisprudentielles en matière de lutte contre les discriminations sur base de la nationalité après le traité d'Amsterdam», in: E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 239. Sur la négociation intergouvernementale ayant débouché sur l'adoption de l'article 6A dans le traité CE révisé, renommé article 13: D. CURTIN et GEURTS, «Race Discrimination and the European Union Anno 1996: From Rhetoric to Legal Remedy?», *Neth. Quar. of Human Rights*, vol. 14, 1996, p. 147; M. BELL et L. WADDINGTON, «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article», *Indus. L. J.*, vol. 25, 1996, p. 320; R. WHITTLE, «Disability Discrimination and the Amsterdam Treaty», *E.L. Rev.*, vol. 23, 1998, p. 50.
3. Pour le programme d'action, dont il ne sera plus question dans ce qui suit, voy. *J.O.C.E.*, L 303 du 2.12.2000, p. 23.
4. 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, *J.O.C.E.*, L 180 du 19.7.2000, p. 22.
5. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L 303 du 2.12.2000, p. 16.
6. Celle-ci faisait référence aux seules organisations ayant «pour objectif direct et essentiel» de promouvoir telle religion ou telle croyance idéologique, ce qui incluait certes les églises, les syndicats, les partis politiques, ou organisations à but idéologique, mais semblait par contre exclure les mouvements de jeunesse, les institutions d'enseignement ou établissements hospitaliers même lorsque ceux-ci étaient sous le contrôle d'une église ou d'une organisation à but idéologique.
7. L'hypothèse est mentionnée à dessein, car elle est celle dont la Commission européenne des droits de l'homme a eu à connaître, dans une affaire célèbre où elle a été amenée à admettre le licenciement d'un médecin dans des circonstances semblables à celles décrites: Commiss. eur. D.H., déc. du 6 septembre 1989, *M. Rommelfanger c. Rép. féd. d'Allemagne*, req. n° 12242/96, *D.R.*, 62, p. 151.
8. Recommandation 84/635/CEE du Conseil, du 13 décembre 1984, relative à la promotion des actions positives en faveur des femmes (*J.O.C.E.*, n° L 331, p. 34).
9. Voy. L. BOLSTANSKI et E. CHIAPPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999, pp. 301-313. Parmi les études ayant le plus contribué à mettre en lumière la dualisation du marché du travail, à partir de la notion de marché «interne» du travail, voy. S. BERGER et M. PIRE, *Dualism and Discontinuity in Industrial Societies*, New York, Cambridge Univ. Press, 1980.
10. Voy. *Stratégies d'emploi pour promouvoir l'égalité des chances en faveur des personnes handicapées sur le marché du travail*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, spéc. pp. 18-19, à propos de l'imposition du recrutement de personnes handicapées selon la méthode des «quotas».
11. C.J.C.E., 17 octobre 1995, *Kalanke*, C-450/93, *Rec.*, p. I-3051; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, *Rec.*, p. I-6363; C.J.C.E., 28 mars 2000, *Badeck e.a.*, C-158/97; C.J.C.E., 6 juillet 2000, *Abrahamsson e.a.*, C-407/98. Parmi des commentaires en doctrine, voy. E. BREMS, *Casenote*, *Colum. J. Eur. L.*, vol. 2, 1995/1996, p. 172; J. JACQMAIN, *Chr. D.S.*, 1996, p. 161; E. VOGEL-POLSKY,



- «The conception and instrumentalisation of legislation on equal opportunities for men and women: programmed not to succeed», *Transfer*, 1996, p. 349.
12. Voy. l'article 2, §4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*J.O.C.E.*, n° L 39, p. 40); l'article 141, §4, du traité CE dispose, depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mai 1999, du traité d'Amsterdam, que «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 Etat 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 les désavantages dans la carrière professionnelle». Annexée au traité d'Amsterdam, la déclaration n° 28 précise à propos de cette disposition: «Lorsqu'ils adoptent les mesures visées à l'article 141, para. 4, du traité instituant la Communauté européenne, les Etats membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle».
  13. Arrêt *Abrahamsson e.a.*, précité, point 46.
  14. L'appartenance de l'individu à tel groupe ethnique, comme à telle religion, résulte toujours en partie d'un choix de sa part: il choisit de s'inscrire dans les traditions culturelles du groupe ethnique dont il est originaire, il choisit ou non de pratiquer la religion de ses parents. Dans cette mesure, le fait de fonder un traitement préférentiel sur cette assignation ne pose pas les mêmes difficultés que le fait de prévoir un tel traitement au bénéfice de personnes d'une race déterminée. Le recours à l'action positive sur base de la race présentant au surplus cette difficulté que, sous prétexte de prendre en compte la réalité du racisme, l'on risque de créer l'impression qu'à la notion de «race» correspond une réalité objectivable, notamment sur la base de critères biologiques – c'est-à-dire de contribuer à entretenir l'idée fausse sur laquelle le phénomène culturel du racisme prend appui de manière plus ou moins explicite. Sur ce qui différencie la race et l'origine ethnique, voy. O. DE SCHUTTER, «Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme: droits culturels, droits des minorités, discrimination positive», *Rev. trim. dr. h.*, 1997, p. 64, spéc. pp. 65-68; ainsi que S. POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights. The English Experience*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 302-305.
  15. Article 2, §2, b) de la directive verticale; article 2, §2, b), de la directive horizontale. Des versions antérieures des directives évoquaient la mesure «susceptible de produire un effet défavorable» à l'égard d'une personne en raison de ce qu'elle présente telle caractéristique protégée.
  16. Voy. not. la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes (*J.O.C.E.*, n° L 14 du 20.1.1998, p. 6), selon laquelle «une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit approprié(e) et nécessaire et puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés». Le législateur communautaire n'a fait ici que reprendre le critère défini initialement dans la jurisprudence de la Cour de justice des C.E.: voy. notamment C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84, *Rec.*, p. 1607 (point 29); ou C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, *Rec.*, p. I-5535 (point 17).
  17. Cette méthode de définition de la discrimination est celle que le juge communautaire utilise dans le domaine de la libre circulation des personnes ou des services, fondés sur l'interdiction de discriminer à raison de la nationalité ou de l'Etat au départ duquel l'opérateur économique conduit ses activités: voy. C.J.C.E., 12

février 1974, *Sotgiu*, 152/73, *Rec.*, p. 153 (point 11) («les règles de l'égalité de traitement (...) prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat»); «il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité»).

18. L'interdiction de toute discrimination dans les domaines de l'emploi et du travail est déjà formulée, notamment, dans la convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), adoptée en 1958 dans le cadre de l'Organisation internationale du travail; dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à signature et à ratification par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 (article 26); et, pour ce qui concerne en tout cas l'accès à l'emploi, elle a été déduite par le comité européen des droits sociaux (alors comité d'experts indépendants) de l'article 1<sup>er</sup>, para. 2, de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, qui reconnaît le droit du travailleur «de gagner sa vie par un travail librement entrepris». A l'avenir, le Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe à Rome le 4 novembre 2000, imposera aux Etats l'ayant ratifié une obligation générale de non-discrimination qui aura pour effet d'obliger les autorités de ces Etats à veiller au respect de la règle de non-discrimination «dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'Etat a une certaine responsabilité (par exemple: le refus arbitraire d'accès au travail, l'accès aux restaurants ou à des services pouvant être mis à disposition du public par des particuliers, tels que les services de santé ou la distribution d'eau et d'électricité, etc.)» (Rapport explicatif (H (2000) 11 prov., 29 août 2000, §28).
19. L'arrivée au pouvoir d'une coalition gouvernementale en Autriche comprenant une participation du *Freiheitliche Partei Österreichs* a sans nul doute favorisé la progression des instruments proposés par la Commission européenne en novembre 1999, notamment ceux visant à combattre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique: tandis que les quatorze Etats membres de l'Union ayant adopté vis-à-vis de l'Autriche l'attitude particulièrement ferme qu'on sait ne pouvaient risquer d'être soupçonnés de manquer de cohérence, l'Autriche elle-même n'aurait pas pu se permettre, politiquement, de retarder ces développements.
20. Sur cette technique, voy. surtout J. WRENCH et D. OWEN, *Preventing Racism at the Workplace*, The UK National Report, Centre for Research in Ethnic Relations, Univ. of Warwick, Coventry, United Kingdom, 1996. Pour une comparaison avec les limites que rencontre le droit français dans la lutte contre les discriminations, en raison des difficultés de preuve, M. MINÉ, «Approche juridique de la discrimination raciale au travail: une comparaison France - Royaume-Uni», *Travail et Emploi*, n° 80, septembre 1999, p. 91.
21. Comme on l'a déjà noté, la méthode consistant à faire présumer la discrimination indirecte par recours à des données statistiques portant sur un échantillon suffisamment représentatif suppose qu'à travers ces données, l'on mette en lumière l'impact disproportionné que produit tel critère, telle disposition ou telle pratique apparemment neutres, sur les membres d'un groupe déterminé. Mais cette technique suppose notamment que l'ensemble des personnes concernées puissent être classées dans l'une ou l'autre catégorie par rapport auxquelles l'impact est évalué, ce qui non seulement peut se révéler difficile lorsque l'on n'a pas affaire à deux groupes distincts mais plutôt à un continuum de situations (ainsi dans le cas de l'âge ou du handicap), mais qui, en outre, peut poser des difficultés liées au respect de la vie privée (ainsi comment évaluer l'impact de telle procédure de recrutement sur l'embauche des personnes ayant telle orientation sexuelle?).



22. Voy. not. T.H. COX, *Cultural Diversity in Organizations*, San Francisco, Cerret-Koehler, 1993; et T.H. COX et C. SMOLINSKI, *Managing Diversity and Glass Ceiling Initiatives as National Economic Imperatives*, University of Michigan, Ann Arbor, 1994 (rapport élaboré pour la U.S. Department of Labor Glass Ceiling Commission).
23. Ceci est en parfaite conformité avec le refus par les Etats membres, lors de la Conférence intergouvernementale ayant débouché en 1997 sur l'adoption du traité d'Amsterdam, de prévoir une compétence de la Communauté européenne dans le domaine de l'intégration des personnes handicapées - même sur le mode très modeste que prévoit, en ce qui concerne l'intégration des personnes exclues du marché du travail, l'article 137 CE. Voy. L. WADDINGTON, «The European Community's Response to Disability», in M. JONES et L. A. BASSER MARKS (eds.), *Disability, Divers-Ability and Legal Change*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publ., 1999, p. 139, ici p. 149.

