

Document	PJA 1999 p. 390
Auteur(s)	Samantha Besson
Titre	Mesures positives: le nouvel équilibre asymétrique -- perspectives pour le droit suisse
Publication	Pratique juridique actuelle
Editeur	Ivo Schwander
Anciens Editeurs	
ISSN	1660-3362
Maison d'édition	Dike Verlag AG

Mesures positives: le nouvel équilibre asymétrique -- perspectives pour le droit suisse

SAMANTHA A. BESSON, M. Jur. (Oxon.), lic. iur. (Fribourg), doctorante à l'Université de Fribourg

"L'affirmative action n'a rien à voir avec la modernité. Elle est le remède triste et brutal qui doit solder l'héritage d'un système résolument prémoderne: celui d'une société où les chances, mais aussi les droits, sont différenciés en fonction du statut et de la naissance."

(G. CALVES, Le problème de la discrimination positive, Paris 1998)

Die Autorin zeichnet -- nach Klärung einiger Begriffe und Darstellung der aktuellen Kontroversen (Teil I) -- die neusten Entwicklungen des Rechts der positiven Gleichstellungsmassnahmen (affirmative action, positive action) im Recht der USA (Teil II/1) und im Europarecht (Teil II/2) nach.

Es geht (vgl. Teil I/2) um die Entwicklung von einem bisher symmetrischen zu einem gemässigten asymmetrischen Verständnis der positiven Gleichstellungsmassnahmen. Im symmetrischen Modell -- dem das englische Recht überwiegend folgt -- soll das Diskriminierungsverbot im Sinne einer formellen Gerechtigkeit in beide Richtungen, d.h. zugunsten beider Geschlechter wirken; im Vordergrund steht das zu schützende Individuum; der Staat soll eine neutrale Position einnehmen. Das asymmetrische Modell -- zu welchem jetzt die Rechtsordnungen der USA und der Europäischen Union tendieren -- nimmt nicht eine vollständige Gegenposition ein, korrigiert aber einige Positionen des symmetrischen Modells: Auch wenn das Kriterium des Geschlechts die Stellung der Einzelnen in der Gesellschaft nicht beeinflussen soll, so kann man sich nicht der Einsicht verschliessen, dass es dies tatsächlich tut, sodass mit DWORKIN zu unterscheiden ist zwischen Diskriminierungen, welche die schon bisher Diskriminierten weiter diskriminieren, und solchen, welche die bisher Diskriminierten besser stellen. Auch ein nicht-intervenierender staatlicher Rechtsapparat übt, wie ein vermehrt materiell-rechtlich orientiertes Rechtssystem, eine zuteilende Funktion aus, indem er die traditionellen Diskriminierungen verstärkt. Das Kriterium der Leistung der einzelnen Person sollte nicht allein anhand formeller

Nachweise, sondern vermehrt anhand tatsächlicher Erfahrungen geprüft werden, denn Frauen mit familiären Verpflichtungen sind nicht in der Lage, Diplome anzuhäufen. Schliesslich kann der Staat auch nicht neutral bleiben, weil er damit den Status quo verstärkt.

Im schweizerischen Recht werden positive Massnahmen ("Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung") mit Art. 3 Abs. 3 des Gleichstellungsgesetzes von 1995 im Anwendungsbereich des genannten Gesetzes (private und öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse) ausdrücklich anerkannt, soweit sie "angemessen" sind. In den anderen Bereichen bestehen in der Schweiz heute noch viele Kontroversen (Teil III/1). Die Kritik an Entscheid Kalanke und der neuere Entscheid Marschall in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs können auch in der Schweiz den Blick öffnen für ein Verständnis des Art. 4 Abs. 2 BV, das vermehrt auf das materielle Ergebnis achtet (Teil III/2).

Die Autorin kommt zum Schluss (Teil "Conclusion"), dass die Entwicklung des amerikanischen und des europäischen Gleichstellungsrechts hin zu einem (gemässigt) materielleren Verständnis der Gerechtigkeit und des Gleichstellungsgebots auf der Einsicht beruht, dass Gesellschaft und Staat eine Verantwortung für die bisherige Perpetuierung der Diskriminierungen tragen. Das sog. asymmetrische Modell ist weniger als Theorie umstritten als in Hinsicht auf die Strategie bei seiner Umsetzung, insbesondere bezüglich der Effektivität der positiven Massnahmen und deren Nachteile für Dritte und die Geförderten selber. Jede ins Auge gefasste positive Massnahme ist einzeln mit Rücksicht auf die Geförderten speziell und auf Zeit auszugestalten, auch zum Schutze Dritter. Der ultima ratio-Charakter der Massnahmen ist durch regelmässige Anpassungen bzw. durch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren. Es muss ein modus vivendi gefunden werden, welcher es erlaubt, die positiven Massnahmen im Sinne einer vermehrt materiell-rechtlich orientierten, engagierten Justiz (asymmetrisches Modell) zu verwirklichen, ohne neue Stereotypen zu schaffen und ohne auszugrenzen.

Ein ergebnisbezogenes Gleichstellungsziel bleibt ohne die Gesamtheit der Massnahmen, die der Herstellung der Chancengleichheit dienen, eine Illusion. Die Massnahmen zur Herstellung der Chancengleichheit (gleicher Zugang) können freilich auch nicht ohne Einschätzung ihres Resultats konzipiert werden. Eine Politik der Chancengleichheit erfordert erhebliche Investitionen, namentlich im Erziehungs- und Bildungsbereich. Programme, die Massnahmen zur Verbesserung der Ausgangschancen und spezifische positive Massnahmen verbinden, werden es ermöglichen, Ergebnisse materiell-rechtlicher Gleichstellung zu erzielen, welche mit herkömmlichen Gleichstellungsgesetzgebungen nicht erreicht werden konnten. Es ist zu hoffen, dass die schweizerische Rechtsprechung und Gesetzgebung sich vermehrt vom neuen Modell des asymmetrischen Gleichgewichts in Europa inspirieren lassen, so wie sich dieses an der Kompromissformel des amerikanischen Rechts orientiert hatte.

PJA 1999 p. 390

Introduction*

Depuis quelques années, le droit des mesures d'action positive a connu de nombreux changements, surtout aux Etats-Unis où il est né. L'Union européenne, quant à elle, a enfin réagi par deux, prochainement trois, décisions importantes à la longue pratique de ses Etats membres. En Suisse, enfin, les contrecoups de cette évolution se sont aussi fait sentir depuis peu.

Après quelques généralités sur la notion de mesures positives et les controverses qui l'entourent, cet article présentera, dans un premier temps, l'évolution récente de cette question aux Etats-Unis, son influence dans l'Union européenne et les perspectives que l'équilibre atteint peut ouvrir. Dans un second temps, cet article analysera les réactions

* Je tiens à remercier tout particulièrement les Professeurs FRANZ WERRO et ANDREAS AUER pour leur lecture attentive et leurs critiques précieuses.

du droit suisse face à cette évolution, en tirant les leçons¹ de l'expérience européenne, elle-même issue de l'expérience américaine².

I. Généralités

1. Notion

Les mesures de discrimination positive ou, plus simplement, les mesures positives³, que l'on appelle "affirmative action" aux Etats-Unis ou "positive action" en Europe⁴, constituent une des étapes les plus controversées de l'histoire du droit anti-discriminatoire. Ces mesures qui visent à garantir davantage d'égalité matérielle, à savoir d'égalité dans les faits, sont souvent réputées violer l'égalité formelle, à savoir l'interdiction de discriminer de manière arbitraire, en discriminant activement sur la base du sexe ou de la race⁵. De là dérivent les appellations "discrimination à rebours" ou "reverse discrimination". Cette opposition obsolète⁶, entre droits individuels à ne pas être discriminé et

PJA 1999 p. 390, 391

droits collectifs à ne pas souffrir des conséquences de la discrimination "structurelle"⁷, revient à ignorer de manière flagrante que les mesures positives ne constituent pas une exception au principe d'égalité, conçu trop restrictivement comme l'envers d'une interdiction de discriminer⁸, mais en font partie intégrante⁹.

-
- ¹ Il convient d'émettre une réserve toutefois quant à l'usage de la méthode comparative en vertu des dangers de "transplantation" d'institutions dans des circonstances sociales, économiques et politiques différentes, pour reprendre la célèbre mise en garde de O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, (1974) 37 *Modern Law Review* 1 ss. Voir aussi les récentes mises en garde de G. CALVES, *Le problème de la discrimination positive, L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris 1998.
 - ² Pour une présentation du droit international des mesures positives, cf. M. EPINEY/N. REFAIL, *Chancengleichheit, ein teilbarer Begriff?*, PJA/AJP 1996 183 ss, 184 ss avec références (cité: EPINEY/REFAIL).
 - ³ Sur cette appellation et ce qu'elle recouvre: A. AUER, *Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst.* PJA/AJP 1993 1336 ss (cité: AUER).
 - ⁴ C. MCCRUDDEN, *Rethinking Positive Action*, (1986) 15 *Industrial Law Journal* 219 ss (cité: MCCRUDDEN).
 - ⁵ Sur l'usage du concept de "discrimination" à cet égard: A. EPINEY, *Umgekehrte Diskriminierung*, Cologne 1995, 19 s. et K. ARIOLI, *Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen*, Zurich 1992, 65 ss (cité: ARIOLI).
 - ⁶ Cf. M. BIGLER-EGGENBERGER/C. KAUFMANN (éd.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1997, Art. 3 n. 161 ss (cité: BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN); C. TOBLER, *Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke*, in: K. Arioli (éd.), *Frauenförderung durch Quoten*, Bâle 1997, 49 ss. 97 s. (cité: TOBLER). Cf. cependant N. LACEY, *From Individual to Group*, in: Hepple/Szysczak (éd.), *Discrimination: The Limits of Law*, Londres 1992, 112 ss.
 - ⁷ Sur la notion, cf. C. MCCRUDDEN, *Institutional Discrimination*, (1982) 2 *Oxford Journal of Legal Studies* 303 ss; C. MCCRUDDEN, *Changing Notions of Discrimination*, in: Guest/Milne (éd.), *Equality and Discrimination*, Londres 1985, 83 ss; contra: J. WALDRON, *Indirect Discrimination*, in: Guest/Milne (éd.), *Equality and Discrimination*, Londres 1985, 93 ss. Cf. encore C. TOBLER, *Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter, oder: "Es ist zum Besten der Gesellschaft, wenn die Wertauffassungen der Frauen und ihr Gerechtigkeitssinn Teil der Politik werden"*, recht 1998/3 100 ss, 104 s. (cité: TOBLER, *Frauenförderung*); E. VOGEL-POLSKY, *Les actions positives, les quotas au crible du droit de l'égalité, Les quotas, mode d'emploi, limites et dérivés du système des quotas sexués*, in: K. Arioli (éd.), *Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1996, 109 ss. 134 ss (cité: VOGEL-POLSKY), qui préconise la "parité" et l'abandon du cercle vicieux "égalité-différence", qui maintient les modèles masculins de référence ("male norm") et de dominance. Cf. encore S. BLAETTLER/B. CHRISTENSEN, *Die moralphilosophische Diskussion von Quotenregelungen. Kritische Anmerkungen zum Begriff der umgekehrten Diskriminierung*, in: K. Arioli (éd.), *Frauenförderung durch Quoten*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1997, 9 ss, 24.
 - ⁸ Cf. TOBLER, *Frauenförderung* (n. 7), 111; L. GIANFORMAGGIO, *Equalanza formale e sostanziale. Il grando equivoco*, *Il Foro Italiano* 1996, 1961 ss, 1974; U. SACKOFSKY, *Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Quotenregelungen*, in: K. Arioli (éd.), *Quoten und Gleichstellung von Mann und Frau*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1996, 23 ss, 27 se référant à

En quelques mots, les mesures positives sont celles qui usent de manière intentionnelle de critères ascriptifs, tels que la race ou le sexe¹⁰ d'une personne, afin de la favoriser, souvent en raison des désavantages infligés par le passé au groupe dont elle est issue¹¹ -- nonobstant le fait que celui-ci soit ou non quantitativement minoritaire, comme le démontre la situation défavorisée de la femme dans notre société ou la situation des noirs durant l'apartheid en Afrique du Sud. Il s'agit de normes juridiques¹² qui tendent à "éliminer la structure inégalitaire du pouvoir due à la sousreprésentation (des femmes ou des membres d'un groupe désavantagé) à tous les niveaux de la société"¹³.

Les mesures positives peuvent être utilisées dans divers domaines publics et privés, allant de l'emploi ou de l'éducation à d'autres domaines contractuels¹⁴. Elles recouvrent un vaste éventail de mesures allant de simples mesures fondées sur le besoin ("needs-based") ou de programmes de réinsertion professionnelle ("outreach programmes"), qui visent à améliorer les qualifications elles-mêmes des membres de groupes défavorisés¹⁵, jusqu'à des mesures préférentielles, dans le cadre de l'embauche, de la promotion ou du licenciement. Cette dernière catégorie est la plus controversée et constituera la catégorie des "mesures positives" traitées dans cet article.

Cette catégorie comprend des mesures distinctes, bien que la terminologie ne soit pas stricte. Ainsi, la notion de "quota" ne couvre pas la même réalité aux Etats-Unis qu'en Europe -- le fait que l'Allemagne nomme les mesures positives à qualifications égales "Frauenquoten" a d'ailleurs suscité quelques confusions, étant donné qu'il est possible de comparer les "quotas" de Marschall¹⁶ aux "goals" de Weber.

Il est possible de distinguer trois types de mesures positives: premièrement, l'usage de critères ascriptifs, comme le sexe ou la race, lors de l'évaluation générale des qualifications d'un candidat ("goals", "quotas décisionnels" ou "Entscheidungsquoten"); deuxièmement, la préférence accordée au sexe ou à la race ("quotas de résultat" ou "Ergebnisquoten"¹⁷ en cas de situation de "tie-break", à savoir de qualifications égales en présence d'une sousreprésentation dans un secteur ("quotas d'influence"), comme illustré par le cas américain Johnson¹⁸; et enfin, troisièmement, l'usage de "quotas" stricto sensu, à savoir la préférence qui est accordée aux membres d'un groupe indépendamment de ses qualifications ("quotas impératifs"), comme illustrée par le cas américain Bakke¹⁹.

La situation qui nous occupe communément en Europe et en Amérique aujourd'hui n'est ni la première qui est nécessaire et aujourd'hui courante, ni la dernière qui est généralement rejetée, mais bien la seconde. Il est possible de distinguer entre quotas flexibles, qui donnent la préférence à la femme à qualifications égales tant que les

l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur ce point.

⁹ Cf. TOBLER (n. 6), 51 ss avec références.

¹⁰ Cet article se fondera en majeure partie sur les mesures positives de préférence accordée aux femmes, puisqu'en Suisse ce sont elles qui soulèvent le plus de questions, et que la division sexuelle présente la caractéristique supplémentaire face à d'autres minorités de traverser tous les groupes sociaux.

¹¹ S. FREDMAN, *Reversing Discrimination*, (1997) 113 *Law Quarterly Review* 575 ss (cité: FREDMAN); C. MCCRUDDEN, *The Constitutionality of Affirmative Action in the United States: a casenote on Adarand v Pena*, (1996) 2 *International Journal of Discrimination Law* 369 ss (cité: MCCRUDDEN, Note).

¹² AUER (n. 3), 1337 avec références.

¹³ C.-A. MORAND, *L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes*, in: *L'égalité entre hommes et femmes*, Lausanne 1987, 73 ss, 86.

¹⁴ Cf. MCCRUDDEN (n. 4), 223 ss; MCCRUDDEN, Note (n. 11), 369 s. Pour une présentation des divers types de mesures positives: ATF 123 I 160 s., cons. 4b, SJ 1997 656. Cf. aussi VOGEL-POLSKY (n. 7), 127 ss.

¹⁵ Cf. le cas *United Steelworkers v Weber*, 443 US 193 (1979).

¹⁶ Cas C-409/95, *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1997 I 6363.

¹⁷ Sur la distinction, BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6). Art. 3 n. 154 ss.

¹⁸ Cas *Johnson v Santa Clara*, 107 SCt 1442, 480 US 616 (1987).

¹⁹ Cas *University of California v Bakke*, 438 US 265 (1978).

PJA 1999 p. 390, 392

femmes sont sous-représentées dans le secteur concerné, et quotas rigides, qui se limitent à donner la préférence à la femme, quelles que soient ses qualifications²⁰.

2. Controverses

Etant donné que les mesures positives ont recours à des critères fondamentalement discriminatoires, il n'est pas surprenant qu'elles aient alimenté une importante controverse au cours d'un siècle qui a vu la reconnaissance progressive du droit individuel à ne pas être discriminé arbitrairement. Les coûts et les bénéfices des mesures positives doivent être attentivement analysés afin d'affiner leurs fondements théoriques et de les rediriger stratégiquement.

Il est possible de distinguer deux approches des mesures positives²¹: l'approche réputée symétrique et l'approche réputée asymétrique ou matérielle. Elles se distinguent par trois paramètres, soit le fait qu'elles se caractérisent par une conception formelle ou matérielle de la justice, une conception individualiste ou non du mérite et de la faute et enfin une conception neutre ou non du rôle de l'Etat.

Différentes pratiques nationales illustrent ces modèles. Le Royaume-Uni se caractérise par le rejet de l'asymétrie, en prônant une conception purement formelle de la justice, indépendamment de ses résultats et de la perpétuation des conséquences dans les faits des injustices passées. Cette position libérale trouve ses seules limites dans les quelques mesures prises dans le cadre de la formation professionnelle et des réserves au Sex Discrimination Act (sections 47 ss)²². La fermeté de cette attitude a été confirmée dans le cas de l'initiative du "Labour Party" visant à redresser l'important déséquilibre des sexes dans la "House of Commons" en autorisant des listes de femmes uniquement. Cette initiative a été rejetée par la décision Jenson, selon laquelle une telle liste constitue une discrimination directe, puisqu'elle traite les hommes différemment sur la seule base de leur sexe²³.

Aux Etats-Unis et en Europe, il est possible d'observer une convergence progressive vers un modèle asymétrique, mais modéré. En effet, alors que les Etats-Unis s'éloignent des excès de l'asymétrie en raison de pressions politiques et judiciaires, l'Europe se rapproche d'un modèle asymétrique après avoir constaté dans l'arrêt Marschall l'artificialité de sa position dite d'égalité des chances formelle. Quant au droit suisse, il se caractérise par une position incertaine entre égalité formelle et matérielle et ce sera l'objet de la troisième section de cet article que de déterminer en quoi cette position pourrait profiter de l'expérience européenne et américaine.

Rappelons brièvement que le modèle symétrique exige que l'interdiction de la discrimination qui se fonde sur des critères comme le sexe ou la race prévale dans les deux sens, qu'elle favorise ou non un groupe désavantagé²⁴. En bref et selon l'expression du Juge SCALIA, il ne devrait pas exister de "race débitrice ou créancière"²⁵. Outre cette conception formelle de la justice, le modèle symétrique est caractérisé par la primauté de l'individu; en effet, la notion de "mérite", qui requiert qu'un individu soit traité en fonction de ses caractéristiques individuelles, est

²⁰ Sur la distinction, cf. E. BENDA, Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Senatskanzlei -- Leitstelle Gleichstellung der Frau -- der Freien und Hansestadt Hamburg, Freiburg i. Brsg. 1986, 43 ss; ARIOLI (n. 5), 146 ss; C. KAUFMANN, Les quotas valent mieux que leur réputation, in: C.-A. Morand (éd.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1987, 274 ss.

²¹ Voir FREDMAN (n. 11), 576 ss; cf. aussi R. FALLON/P.C. WEILER, Firefighters v Stotts: Conflicting Models of Racial Justice, (1984) 1 Supreme Court Review 10 ss (cité: FALLON/WEILER).

²² Voir FREDMAN (n. 11), 581 ss avec références.

²³ Cas Jenson v Labour Party, (1996) Industrial Relations Law Review 116, appliquant le test critiqué dit de "but for (her sex)" issu de la décision James v Eastleigh Borough Council, (1990) 2 AC 751.

²⁴ De cet avis: Juge POWELL dans Bakke ou encore dans Wygant v Jackson Board of Education, 106 SCt 1842 (1986); cf. également M. ABRAM, Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers, (1986) 99 Harvard Law Review 1312 ss. 1319 ss.

²⁵ Cas Adarand Constructors Inc v Peña, 115 SCt 2097, 2119 (1995).

considérée comme une notion objective et quantifiable. De même, la faute est-elle individuelle; ainsi, un candidat masculin ne devrait pas porter la responsabilité de maux dont il n'est pas personnellement responsable. Enfin, l'Etat devrait adopter une position neutre et respectueuse du libre marché, sans intervenir en faveur des membres d'un groupe au détriment d'un autre.

Le modèle asymétrique ou matériel, par opposition, vise à juste titre à mettre en cause certaines des positions individualistes et libertaires du modèle symétrique. En effet, même si des critères ascriptifs comme le sexe ou la race ne devraient pas influencer la position des individus dans une société qui se veut juste, il n'est pas possible d'ignorer qu'ils le font. Les conséquences actuelles d'une longue histoire de discrimination fondée sur le sexe ou la race nous amènent à distinguer moralement, comme le fait DWORKIN²⁶, entre la discrimination qui entraîne des maux supplémentaires pour ceux qui en souffrent et celle qui les soulage. Par ailleurs, les effets d'une justice même non-interventionniste sont aussi distributives que ceux d'autres formes de justice matérielle plus engagées. Cet effet ne fait ainsi que renforcer l'injustice des modèles de distribution discriminatoires passés, comme le dénonce MACKINNON²⁷.

L'individualisme du modèle symétrique concernant la faute et le mérite se fonde sur la conception selon laquelle

PJA 1999 p. 390, 393

il est juste de considérer chaque individu indépendamment de son statut et de son origine. Toutefois, les conséquences néfastes de l'importance attachée par le passé à ce statut n'ont pas disparu; nombre de décisions sont en effet encore prises en fonction de caractéristiques subjectives de mérite. Le moyen de redresser cette injustice est de réévaluer les critères utilisés, en favorisant par exemple non pas les preuves formelles de l'expérience professionnelle, mais bien cette expérience elle-même, cela dans l'intérêt des femmes notamment qui, en raison de leurs obligations familiales, ne peuvent pas toujours accumuler diplômes et certificats²⁸. DWORKIN va même plus loin en recommandant que le mérite soit redéfini dans certains cas afin de prendre en compte des critères comme la race ou le sexe²⁹.

Par ailleurs, la faute du candidat éconduit ou de l'employeur contraint à employer le membre d'un groupe défavorisé, ne saurait être appréciée de manière purement individualiste; la discrimination ayant des causes profondément institutionnelles, les membres de la classe aisée, qui a profité du préjudice infligé, devraient momentanément porter la responsabilité impersonnelle de la réparation, comme la Cour suprême américaine l'a confirmé dans son célèbre arrêt *Fullilove v Klutznick*³⁰, en jugeant constitutionnel un programme fédéral de "contractual compliance". Finalement, le concept de neutralité de l'Etat devrait être revu; en effet, l'obligation de l'Etat d'intervenir positivement de manière à redresser les conséquences de la discrimination passée dérive du fait que sa neutralité reviendrait à cautionner le status quo³¹.

²⁶ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass. 1985, 314 (cité: DWORKIN).

²⁷ Cf. C.A. MACKINNON. *Difference and Dominance: On Sex Discrimination*, in: Barlett/Kennedy (éd.). *Feminist Legal Theory, Readings in Law and Gender*. San Francisco/Oxford 1991, 81 ss, 89: "Changing an unequal status quo is discrimination, but allowing it to exist is not".

²⁸ Les conséquences d'une politique symétrique de justice formelle se font encore ressentir de manière urgente en Suisse aujourd'hui au vu des dernières statistiques du rapport de l'OFS sur les comptes globaux du marché du travail, qui révèlent que même s'il y a une progression de la représentativité des femmes au sein du marché du travail, seuls 20% des dirigeants et des cadres sont de sexe féminin alors que 70% des actifs dans la catégorie des travailleurs non qualifiés le sont (Le Temps de l'Emploi du 23.10.98, 2).

²⁹ DWORKIN (n. 26), 299. Voir MCCRUDDEN (n. 4), 225.

³⁰ *Cas Fullilove v Klutznick*, 448 US 448, 100 SCt 2758 (1980).

³¹ FREDMAN (n. 11), 579.

Il existe une troisième approche des mesures positives, qui se situe de manière hybride entre symétrie et asymétrie, soit l'égalité des chances. Elle a été durant longtemps celle de l'Union européenne, comme l'illustre la décision Kalanke³². Cette approche rejette une conception purement individualiste et formelle de la justice, du mérite et de la faute en encourageant l'adoption de mesures destinées à garantir l'égalité matérielle. Pourtant, une fois l'égalité des chances établie, symétrie, individualisme et neutralité réapparaissent pour condamner toute mesure plus incisive visant à assurer davantage d'égalité de résultats.

Ce modèle est malheureusement trop simpliste pour résister à la critique. En effet, la définition du concept d'égalité des chances en tant que simple exigence procédurale sans garantie du résultat visé n'est pas satisfaisante³³. Comme WILLIAMS l'a démontré³⁴, l'égalité comprend nécessairement la nécessité d'assurer que chacun ait une chance égale de remplir les conditions d'accès à un bien social quelconque, et non pas seulement de faire en sorte que les obstacles à l'accès soient éliminés³⁵.

Un des remèdes à l'inégalité des chances de satisfaire les conditions d'obtention de tel ou tel bien serait de redéfinir la notion de mérite. En effet, même en admettant qu'il soit possible de définir le mérite de manière objective, il n'existe nulle garantie que chacun ait eu les mêmes chances d'en acquérir³⁶. Ainsi, assurer une véritable égalité des chances revient à assurer l'égalité d'obtention de mérite, c'est-à-dire à instituer des mesures plus incisives visant l'éducation, la formation professionnelle et l'introduction de modes plus flexibles d'emploi octroyant les mêmes chances aux mères qu'aux pères.

II. Nouvel équilibre

1. Droit américain

Le droit américain des mesures positives est ancien; il a vu naître la controverse et en débat encore. Des mesures positives sont consacrées dans deux actes législatifs importants: le Titre VII du Civil Rights Act de 1964, dans le cadre de la lutte contre la discrimination au travail, et l'Executive Order 11 246, dans le cadre des mesures de "contractual compliance" instaurées par l'Etat. Parallèlement, de nombreux programmes privés ou publics ont été institués afin d'assurer davantage d'égalité de fait. Ce sont ces programmes qui ont alimenté l'importante jurisprudence en la matière.

La controverse américaine a pris forme pour la première fois dans l'arrêt Bakke, dans lequel des quotas rigides à l'accès à l'éducation ont été considérés comme violant l'"Equal Protection Clause" du XIV^{ème} Amendement de la Constitution américaine. Elle a ensuite connu une période florissante, dont les meilleurs exemples sont les décisions Fullilove, Weber et Johnson. Toutefois, récemment, les décisions Croson³⁷ et Adarand ont sonné le glas d'une jurisprudence généreuse vis-à-vis des mesures de redressement des préjudices passés fondées sur une approche asymétrique et matérielle de la justice. Ces derniers revirements, combinés à la fragmentation du consensus politique à l'égard des mesures positives -- notamment dans la politique d'accès aux études universitaires -- dans divers Etats américains,

PJA 1999 p. 390, 394

ne signifient pourtant pas la fin de la dimension fortement asymétrique du modèle américain: ils annoncent plutôt une plus grande prudence et préoccupation pour les conséquences de celle-là, à savoir un revirement strictement stratégique et non théorique³⁸.

³² Cas C-450/93, Kalanke v Freie Hansestadt Bremen, Rec. 1995 I 3051.

³³ FREDMAN (n. 11), 579 ss. Voir aussi Y. HANGARTNER, Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu öffentlichen Ämtern, PJA/AJP 1995 1554 ss. 1558 (cité: HANGARTNER).

³⁴ B. WILLIAMS, The Idea of Equality, in: W.G.P. Laslett/H. Runciman (éd.), Philosophy, Politics and Society, 2ème éd., Oxford 1965, 110 ss, 125 s. (cité: WILLIAMS).

³⁵ WILLIAMS (n. 34), 127.

³⁶ FREDMAN (n. 11), 580.

³⁷ Cas City of Richmond v JSA Croson, 488 US 469 (1989).

³⁸ Cf. les récents revirements des scrutins des Etats de Californie et de Washington quant à l'interdiction des mesures positives en faveur des minorités dans les emplois publics et les écoles,

a. Contexte

Depuis 1965, le modèle américain des mesures positives s'est caractérisé par une approche matérielle de l'égalité, non-individualiste du mérite et de la faute et par une conception perfectionniste du rôle de l'Etat³⁹. Ces trois tendances peuvent être identifiées dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine lors de l'application du Titre VII du Civil Rights Act de 1964 comme de l'Equal Protection Clause.

Ainsi, premièrement, l'approche matérielle de la justice et de l'égalité de traitement a été consacrée dans la décision *US v Paradise*. Dans cette décision, la Cour suprême a reconnu la constitutionnalité d'une ordonnance de district qui prévoyait que 50% des promotions dans le Département de sécurité publique d'Alabama iraient à des personnes de couleur noire jusqu'à ce qu'elles forment un quart des rangs des employés⁴⁰.

Deuxièmement, une approche non individualiste de la faute de celui qui subit les conséquences des mesures positives, ainsi que du mérite du candidat éconduit ou choisi, dérivent notamment des décisions *Johnson* et *Weber*. Dans ces décisions, la réparation des injustices passées justifiait des mesures imposant des restrictions à des personnes même innocentes, pour autant que celles-ci soient flexibles et temporellement limitées à des situations d'urgence. La Cour suprême a reconnu que la preuve d'un déséquilibre et d'une ségrégation pour lesquels l'employeur paraît responsable suffisait à justifier un plan privé de mesures positives à l'embauche destiné à promouvoir l'emploi de femmes et de membres de diverses minorités, aussi longtemps que ces individus souffrent d'une forte sous-représentation dans la main d'oeuvre de l'entreprise en cause.

Finalement, la Cour suprême a rejeté une conception étroitement neutre de l'Etat dans la décision *Fullilove*. Elle y a défendu la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de ses pouvoirs de régulation du marché afin de remédier aux discriminations passées⁴¹. Cette affaire mettait en cause une politique prévoyant que dix pour-cent des fonds fédéraux attribués à la fourniture de travaux publics devaient être octroyés à des entreprises minoritaires.

b. Développements récents

La jurisprudence récente a vu les anciens démons de l'approche symétrique, individualiste et neutre des mesures positives resurgir et gagner en importance et ce, notamment, sur trois questions controversées: la question de la faute de la tierce personne innocente qui est discriminée en raison de son sexe ou de sa race, la question du standard de révision et enfin le rôle plus ou moins neutre de l'Etat.

Premièrement, la participation de tierces personnes, en soi "innocentes" aux coûts du redressement des désavantages passés soulève la question des limites du fardeau qui peut leur être imposé, comme illustré dans le cas *Franks v Bowman*⁴². Le compromis atteint entre modèles symétrique et asymétrique est notamment celui que défend le Juge BRENNAN face à la position du Juge POWELL dans *Wygant*. Dans cette affaire, une convention collective a été jugée contraire au XIVème Amendement, car elle

qui font craindre à cet égard l'enjeu des prochaines élections fédérales (Le Monde du 7.11.1998 et The Economist du 7.11.1998). La relation particulière qu'entretiennent les pouvoirs législatif et judiciaire aux Etats-Unis promet d'illustrer dans un avenir proche cette première remise en cause "politique" des mesures positives, même si les causes d'un rejet politique sont bien plus aléatoires, voire démagogiques, que celles qui pourraient justifier un revirement de jurisprudence, et que ceci confirme bien que cette tendance récente à la fermeture est avant tout stratégique. Cf. aussi A. AUER, Les "mesures positives" en faveur des femmes en droit américain, in: C.-A. Morand (éd.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1987, 229 ss selon lequel les mesures positives font désormais partie du "paysage constitutionnel américain", malgré d'éventuelles remises en cause politiques, et non pas encore judiciaires, de ces mesures.

³⁹ FREDMAN (n. 11), 590 ss. Pour une conception perfectionniste de l'Etat dans la lutte anti-discriminatoire et plus largement lors de la protection de l'autonomie: J. RAZ, The Morality of Freedom, Oxford 1986, 400 ss.

⁴⁰ Cas *US v Paradise*, 480 US 149, 107 SCt 1053 (1988).

⁴¹ *Fullilove*, 448.

⁴² Cas *Franks v Bowman Transportation Co*, 424 US 747, 96 SCt 1251 (1975).

octroyait une protection préférentielle contre les licenciements aux employés issus de la minorité. Le fardeau imposé à des personnes "innocentes", comme un candidat éconduit ou un employeur contraint à contracter⁴³, devrait être restreint aux cas où il est "diffus". Il est "diffus" notamment lorsqu'une occasion est écartée, mais que d'autres restent objectivement ouvertes ou encore lorsque certains avantages futurs sont refusés, comme un refus de promotion ou de sélection⁴⁴. Ceci découle de la constatation qu'il n'existe pas de droit absolu à être promu ou engagé⁴⁵. Par opposition, dans le cas d'un renvoi, notamment, les droits antérieurs de séniorité des personnes en place ne sauraient être sacrifiés au nom d'une politique de mesures positives⁴⁶.

Deuxièmement, la question du standard de révision à appliquer à l'examen de la constitutionnalité des mesures positives fédérales et étatiques au regard du XIV^eme Amendement

PJA 1999 p. 390, 395

ou du Titre VII est essentielle à l'évaluation du caractère véritablement discriminatoire ou non des mesures positives. En effet, la Cour suprême connaît une pratique maintenant établie consistant à appliquer un standard de révision "strict" ("strict scrutiny") à toute discrimination fondée sur des critères suspects ("suspect classification"), comme la race, le sexe, la religion, etc. Ce standard requiert notamment que la différenciation serve un intérêt étatique fondamental et qu'elle soit étroitement adaptée aux fins qu'elle cherche à atteindre⁴⁷. La jurisprudence en matière de mesures positives a toutefois longtemps résisté à appliquer ce standard au profit d'un standard de révision dit "intermédiaire", se limitant à vérifier que les mesures étaient "substantiellement rattachées" à un objectif étatique important. Cette position a pourtant fait l'objet d'attaques importantes depuis la célèbre position du Juge POWELL dans le cas Bakke. Ainsi, tranchant avec la longue indécision sur ce point illustrée dans les décisions Fullilove et Wygant, le cas Croson a vu pour la première fois triompher l'approche symétrique appliquant le même standard de révision aux discriminations positives et négatives, du moins au niveau étatique. Ce n'est que dans le cas Adarand que ce standard a été étendu à l'examen de mesures positives fédérales, malgré les résistances de la majorité dans le cas Metro Broadcasting⁴⁸.

Ce dernier revirement ne devrait toutefois pas être interprété comme constituant la fin du modèle asymétrique. En effet, comme l'a défendu la Juge O'CONNOR dans le cas Adarand, en s'opposant aux autres juges qui se trouvaient dans la majorité, le gouvernement peut défendre un programme de mesures positives, en usant de la discrimination fondée sur des critères ascriptifs, s'il existe un intérêt fondamental à éradiquer des pratiques discriminatoires persistantes. Par ailleurs, il est à noter qu'il n'a pas encore été clairement établi que ce standard puisse aussi remplacer le standard de révision intermédiaire qui s'applique à la discrimination sur la base du sexe⁴⁹.

La troisième question controversée entre modèles asymétrique et symétrique est celle du rôle de l'Etat. En effet, alors que la jurisprudence a longtemps admis la responsabilité de l'Etat dans la promotion de l'égalité des races et des sexes, comme dans le cas Fullilove, de récents revirements révèlent des tendances symétriques. Ainsi, la discrimination passée ne constitue plus en soi une base suffisante pour justifier un remède lui-même discriminatoire; un tel remède ne serait justifié que s'il vise à réparer le préjudice causé par l'acteur étatique lui-même, comme l'a soutenu la majorité dans le cas Croson. Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel a décidé dans le cas Hopwood

⁴³ Sur ces questions, S.A. BESSON, *Discrimination and Freedom of Contract*, à paraître (1999) 1 *International Journal of Discrimination Law*.

⁴⁴ Voir notamment les cas *Johnson, US v Paradise* et *United Steelworkers v Weber*.

⁴⁵ Voir notamment *DWORKIN* (n. 26). 293 ss.

⁴⁶ Cf. le cas *Memphis Firefighter v Stotts*. 104 SCt 2576, 2592 (1984). Cf. *FALLON/WEILER* (n. 21), 68.

⁴⁷ Cf. le cas de référence *Korematsu v US*, 323 US 214 (1944).

⁴⁸ *Cas Metro Broadcasting Inc v FCC*, 497 US 547 (1990).

⁴⁹ Voir le cas *United States v Virginia*. 116 SCt 2263, (1996) LEd 2d et *FREDMAN* (n. 11), 594.

qu'une université ne peut adopter des mesures positives visant à corriger les effets de mesures discriminatoires passées prises par les écoles du même Etat⁵⁰.

La question qui dérive naturellement des revirements au sujet du standard de révision est celle des buts fondamentaux que peut poursuivre l'Etat pour que ses mesures positives puissent être considérées comme légitimes⁵¹. Outre le seul but reconnu comme valide par la jurisprudence récente, à savoir celui de la réparation de la discrimination passée par son auteur uniquement, certains avancent d'autres buts comme la diversité raciale ou encore la fourniture de modèles de comportement ("role models"). Alors que le but de diversité raciale et sexuelle était défendu par le Juge POWELL dans Bakke, il a récemment fait l'objet d'un rejet dans le cas Wygant. Dans cet arrêt, la validité des mesures de protection prioritaire contre le licenciement des enseignants issus de la minorité a été rejetée du fait que de telles mesures persisteraient bien après la disparition de leur raison d'être. De même, le but d'assurer la diversité a-t-il été rejeté dans les décisions Hopwood et Piscataway⁵².

Malgré la progression de certains éléments du modèle symétrique sur des questions aussi controversées que les trois thèmes soulevés ici, la validité des mesures positives dans un modèle encore fortement asymétrique reste la règle. L'engagement américain dans cette direction a été confirmé lors de la dernière révision de ce droit entamée par l'administration Clinton en 1995, notamment dans le domaine des programmes d'éducation et de "contractual compliance"⁵³, ainsi que dans le Memorandum du Département américain de la Justice sur ce thème.

2. Droit européen

a. Contexte

Malgré quelques projets non-contraignants, l'Union européenne s'est pendant longtemps montrée peu encline à adopter une position claire et tranchée dans le domaine des quotas, qui requerrait des mesures particulières de mise en oeuvre au niveau national⁵⁴. Leur seule mention en droit communautaire figure à l'art. 2 al. 4 Directive 76/207 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes⁵⁵. Cet article

PJA 1999 p. 390, 396

prévoit une exception⁵⁶ "négative" au principe d'égalité de traitement du droit communautaire⁵⁷. Il dispose que le principe d'interdiction de la discrimination de la Directive ne fait pas obstacle "aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'art. 1er al. 1"⁵⁸, pour autant que celles-ci respectent le principe de proportionnalité.

⁵⁰ Cas Hopwood v State of Texas, 78 F 3d 932 (1996).

⁵¹ Voir MCCRUDDEN, Note (n. 11), 372; MCCRUDDEN (n. 4), 237 ss; FREDMAN (n. 11), 594 ss.

⁵² Cas Taxman v Board of Education of the Township of Piscataway, transigé le 10.11.1997. La question devra à nouveau être résolue dans un cas semblable qui oppose l'Université de Michigan à deux étudiantes blanches dont les candidatures ont été refusées au profit de celles de candidats noirs: cf. Equal Opportunities Review 77/1998 38 ss, 39.

⁵³ MCCRUDDEN, Note (n. 11), 373 ss; FREDMAN (n. 11), 595 s.

⁵⁴ Voir A. EPINEY, Möglichkeit und Grenzen "positiver Diskriminierung" im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Famille et Droit, Mél. Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, 209 ss, 230 avec références (cité: EPINEY, Positiver Diskriminierung).

⁵⁵ Directive du 9 février 1976 sur l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation, ainsi que les conditions de travail, (1976) JO L-39.

⁵⁶ L'expression n'est pas utilisée dans son sens restreint: cf. EPINEY/REFAIL (n. 2), 183 s.

⁵⁷ Cf. S.A. BESSON, L'égalité de traitement entre particuliers en droit communautaire -- Les fondements, in: F. Werro (éd.), L'Européanisation du droit privé, Vers un Code civil européen?, Fribourg 1998, 51 ss.

⁵⁸ ARIOLI (n. 5), 198 ss.

L'exception de l'art. 2 al. 4 Directive 76/207 ne constitue pas une base légale suffisante pour fonder des mesures positives communautaires. Elle vise plutôt à protéger les programmes de mesures positives des différents Etats membres contre l'accusation de violation de l'égalité de traitement du droit communautaire. Pendant de longues années, certains Etats membres ont développé des politiques autonomes de promotion de la femme et de mise en oeuvre de diverses mesures positives. Ainsi, la France ou l'Allemagne, dont les divers Länder ont adopté des programmes avancés de mesures positives, mis en cause dans les cas Kalanke et Marschall. D'autres Etats membres, comme le Royaume-Uni, au contraire, ont toujours adopté une attitude méfiante vis-à-vis des mesures positives.

L'Union européenne s'est ainsi longtemps caractérisée par le modèle dit d'"égalité des chances". En effet, outre l'exception de l'art. 2 al. 4 Directive 76/207 visant à préserver la validité des mesures destinées à garantir cette égalité, la Recommandation 84/635 du Conseil⁵⁹ a reconnu que des mesures, nationales, doivent pouvoir être prises par les gouvernements, l'industrie, les syndicats et les individus afin de contrer les effets préjudiciables à la femme qui dérivent des structures sociales et économiques et qui ne peuvent simplement être éliminés par la garantie de l'égalité formelle⁶⁰.

En raison de l'absence de législation, c'est la Cour de Justice, qui, par des décisions de portée quasi législative, a défini les contours plus précis de la position européenne en matière de mesures positives. Ainsi, dans son arrêt *Integrity*⁶¹, l'Avocat-Général JACOBS a insisté sur le fait que le principe communautaire d'égalité de traitement requiert l'abolition de toutes les mesures de discrimination sur la base du sexe, même s'il est possible de les justifier par leurs conséquences bénéfiques pour les femmes. La Cour de Justice elle-même ne s'est pourtant pas prononcée clairement sur la validité des mesures positives et il a fallu attendre 1995 pour qu'elle le fasse en relation avec les mesures positives allemandes.

b. Développements récents

L'affaire Kalanke a été la première affaire dans laquelle l'Union européenne a officiellement pris position sur la validité des mesures positives. Le cas concernait la politique de "tie-break" menée par la ville de Brême selon laquelle, lors de l'embauche dans le service public, si un homme et une femme possédaient les mêmes qualifications, la femme devait avoir la priorité tant que les femmes étaient sous-représentées dans le service en question. Bien que le Tribunal constitutionnel allemand ait reconnu la validité de cette pratique, la Cour de Justice a considéré que de telles mesures positives sont contraires à la Directive 76/207, dont l'art. 2 al. 4 ne tolère que les mesures destinées à garantir l'égalité des chances formelle -- ou égalité des points de départ -- et non l'égalité de résultats, en raison de l'importance fondamentale du droit individuel à ne pas être discriminé⁶². La décision européenne s'oppose donc à l'adoption de quotas par les Etats membres, même s'ils tiennent compte des qualifications des candidats, parce qu'ils dépassent la mesure autorisée des remèdes aux inégalités des chances formelles, en accordant la "priorité absolue et inconditionnelle"⁶³ aux femmes.

La décision Kalanke a été abondamment critiquée en doctrine, en Suisse comme ailleurs⁶⁴. C'est la distinction artificielle, comme nous l'avons vu, entre égalité des chances et égalité de résultats qui a attiré le plus de critiques⁶⁵. L'Avocat-Général TESAURO différenciait déjà les mesures qui visent à éliminer les obstacles prévenant

⁵⁹ (1984) JO L-331/34.

⁶⁰ Cette approche a été confirmée dans le cas C-312/86 *Commission c. France*, Rec. 1988 I 6315.

⁶¹ Cas C-373/89, *Integrity v Nadine Rouvray*, Rec. 1990 I 4243.

⁶² Cf. L. CHARPENTIER, L'arrêt Kalanke -- l'expression du discours dualiste de l'égalité, (1996) *Revue Trimestrielle du Droit Européen* 281 ss.

⁶³ Kalanke, 3078 para. 22.

⁶⁴ Voir notamment Y. HANGARTNER, NZZ 272 du 22.11.1995, 15; HANGARTNER (n. 33), 1554 ss; BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6). Art. 3 n. 156; TOBLER (n. 6), 85 s.

⁶⁵ Cf. notamment FREDMAN (n. 11), 586. Voir aussi EPINEY/REFAIL (n. 2), 182 s.; EPINEY, *Positiver Diskriminierung* (n. 54), 227; S. STRAHM, *Quotenregelung im europäischen und im schweizerischen Recht*, *Cahiers suisses de l'Intégration européenne* 9/1997 51 ss.

les femmes de poursuivre les mêmes résultats sur un pied d'égalité (égalité des points de départ) de celles qui visent à leur donner la priorité pour atteindre ces résultats (égalité des points d'arrivée)⁶⁶. Cette distinction ignore l'interaction complexe entre égalité des chances et égalité de résultats et revient à dire que le fait de pouvoir constater que deux individus ont les mêmes qualifications permet de vérifier l'égalité des chances dont ils ont disposé⁶⁷. Par ailleurs, cette distinction, même si elle était justifiée, ne se fonde pas sur une analyse approfondie des buts principaux de la Directive 76/207 et la conception de l'égalité matérielle que défend l'Avocat-Général TESAURO ne permet pas d'exclure, comme il le fait, tout un pan des mesures positives au nom de l'égalité

PJA 1999 p. 390, 397

formelle⁶⁸, dont elles visent justement à combler les lacunes⁶⁹.

Par ailleurs, l'arrêt ne contient pas de définition précise du concept de mérite individuel. En effet, à y regarder de plus près, le recours à l'idée de mérite semble inutile dans une situation comme celle de Kalanke où l'une de deux personnes dotées des mêmes qualifications doit être choisie; ni l'une ni l'autre ne sera choisie injustement. Le choix se fera sur la base non pas de critères afférents au mérite, mais de critères qui ne peuvent être qualifiés de "secondaires", comme la séniorité, étant donné qu'ils peuvent être indirectement discriminatoires. Dire que le sexe ne peut être utilisé comme facteur de décision lors d'un tel choix revient à dire qu'il est préférable de recourir au hasard qu'à une politique concertée d'égale représentation des sexes⁷⁰.

En outre, étant donné l'importance politique de la question et le caractère sibyllin du contenu de la décision, la doctrine diverge sur son interprétation. Pour certains auteurs, elle interdit toute mesure positive ou quotas impliquant l'égalité de résultats⁷¹. Pour d'autres, elle se limite à interdire les quotas dits rigides, qui ne contiennent pas de clause d'exception ou d'ouverture permettant de nuancer les résultats en cas de conséquences individuelles graves ("Härteklausel" ou "Öffnungsklausel")⁷². C'est cette dernière interprétation qu'a adoptée le Conseil dans sa Communication et son projet d'amendement de l'art. 2 al. 4 Directive 76/207, en considérant que la Cour n'avait voulu proscrire que les quotas rigides ou les mesures positives accordant une priorité automatique aux femmes⁷³; c'est aussi cette interprétation qu'a adoptée la Cour en 1997 dans sa deuxième décision portant sur la validité des mesures positives allemandes, la décision Marschall. La Cour a cherché par là à éclaircir la situation et à éviter une révision législative et une scission avec le Conseil. Elle a aussi tenté de se conformer à certaines pressions dont celles des Etats membres, comme l'Allemagne, qui voyaient leur politique de promotion de la femme entièrement désavouée. Pourtant, l'Avocat-Général JACOBS préconisait une interprétation stricte de l'arrêt Kalanke et l'application de la distinction entre égalité des chances et égalité de résultats, même en présence de clauses d'exception, étant donné que ces dernières sont en général vagues et peuvent aboutir à la prise en compte de critères en soi discriminatoires⁷⁴.

La Cour de Justice a donc jugé conformes au droit européen les mesures positives qui visent à donner la préférence aux femmes également qualifiées dans des secteurs où les femmes sont sous-représentées, lorsqu'il existe une clause d'exception. Cette clause doit prévoir que la décision d'embauche fait l'objet d'une appréciation objective qui tienne compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et que la balance puisse être penchée en faveur d'un candidat masculin lorsqu'un ou plusieurs de ces

⁶⁶ Kalanke, 3060 para. 13 ss.

⁶⁷ FREDMAN (n. 11), 586.

⁶⁸ Kalanke, 3067 para. 28.

⁶⁹ EPINEY/REFAIL (n. 2), 182 ss.

⁷⁰ FREDMAN (n. 11), 587.

⁷¹ Cf. notamment EPINEY/REFAIL (n. 2), 184.

⁷² Cf. notamment DIEBALL/SCHIEK, Gleichbehandlung von Mann und Frau, EuroAS 11/1995 187 ss.

⁷³ Projet de directive du Conseil visant à amender la Directive 76/297, (1996) JO C-179/8.

⁷⁴ Marschall, 6375 para. 33 ss.

critères l'exigent, pour autant bien entendu que ces critères ne constituent pas une discrimination indirecte sur la base du sexe⁷⁵.

L'arrêt Marschall indique donc un glissement au niveau communautaire d'un modèle assez symétrique d'égalité des chances vers un modèle plus asymétrique d'égalité matérielle⁷⁶, toutefois encore fortement individualisé. Ce glissement correspond à l'évolution parallèle du concept de discrimination indirecte en droit communautaire, lequel est fondé sur une approche matérielle des inégalités structurelles⁷⁷. Pour la Cour, le simple fait qu'un homme et une femme soient également qualifiés ne signifie plus qu'ils aient eu les mêmes chances et elle recourt à une interprétation très large de l'art. 2 al. 4 Directive 76/207, ainsi que du sens des "mesures de promotion de l'égalité des chances"⁷⁸.

Cependant, ce glissement est motivé par d'importantes raisons politiques, visant à ménager les politiques nationales qui n'ont pas pris en compte la décision Kalanke, comme le montre les jurisprudences régionales et nationale allemandes postérieures à la décision. L'arrêt Marschall ne fait qu'interpréter la clause d'exception de l'art. 2 al. 4 Directive 76/207 et n'aura donc aucune conséquence contraignante sur la politique de mesures positives d'autres Etats membres⁷⁹; aussi, le Royaume-Uni peut-il sans autres maintenir son approche frileuse et fortement symétrique de l'égalité de traitement.

Par ailleurs, même si elle a le mérite d'avoir sorti l'Union européenne de l'impasse peu cohérente de Kalanke, la décision Marschall présente des zones d'ombre qui, une fois l'aspect rassurant de la clause d'exception dépassé, font craindre une résurgence des critères discriminatoires lors du choix d'un candidat à qualifications égales. En effet, après les premières réactions de soulagement, une préoccupation commune émane des commentateurs. Cette préoccupation porte sur le contenu exact des critères d'individualisation de la décision contenus dans une clause d'exception. Elle est d'autant plus légitime que la Cour a ignoré dans Kalanke que la loi de Brême réservait implicitement le principe constitutionnel de mérite de l'art. 33(2) Grundgesetz applicable lors de l'engagement de fonctionnaires; celui-ci remplissait en quelque sorte le rôle de garde-fou avant l'heure de la clause d'exception de Marschall et permettait d'assurer une certaine proportionnalité⁸⁰. Par ailleurs,

PJA 1999 p. 390, 398

le sens donné aux "qualifications" par la Cour est très étroit⁸¹ et l'on peut se demander, indépendamment de leur validité au regard de la prohibition de la discrimination indirecte, si un homme qui a plus d'années de service ne serait pas considéré en pratique comme mieux qualifié. De même, la qualification ne devrait-elle pas aussi prendre en compte les réalisations familiales, comme lors de la comparaison entre l'homme qui vient de déposer sa thèse de doctorat et la femme qui vient de le faire mais en ayant eu un enfant?

Où réside la différence pratique entre un critère discriminatoire, comme la séniorité, la mobilité ou le nombre de personnes dépendantes, et un critère qui permet d'individualiser la décision, sans la relier aux qualifications, puisqu'elles sont égales? D'aucuns avancent que la détermination de ces critères fera l'objet de la prochaine décision de la Cour dans l'affaire Badeck⁸²; dans cette affaire la Cour aura à se

⁷⁵ Marschall, 6393 para. 35. Cf. au sujet des critères de discrimination indirecte: Cas C-170/84, Bilka Kaufhaus c. Weber, Rec. 1986 I 1607.

⁷⁶ D. SCHIEK, More Positive Action in Community Law, (1998) 27 Industrial Law Journal 155 ss, 157 (cité: SCHIEK).

⁷⁷ Cf. SCHIEK (n. 76), 158.

⁷⁸ Marschall. 6392 para. 30.

⁷⁹ Cf. Equal Opportunities Review 77/1998 38 ss. 39.

⁸⁰ Voir notamment S. PRECHAL, (1996) 33 Common Market Law Review 1245 ss. Cf. aussi B. HEPPLER, The Principle of Equal Treatment in Article 119 EC and the Possibilities for Reform, in: Dashwood/O'Leary (éd.). The Principle of Equal Treatment in EC Law, Londres 1997, 137 ss, 152.

⁸¹ Equal Opportunities Review 77/1998 38 ss, 40.

⁸² Cas C-158/97, Badeck and others. Cf. SCHIEK (n. 76), 155.

prononcer sur la validité au regard de l'art. 2 al. 4 de la Directive 76/207 de quotas proprement dits et de quotas dits "d'interview", selon lesquels un candidat sur deux interviewés doit être de sexe féminin. La mise en examen des critères communs de sélection se fait déjà en parallèle dans le cadre de la jurisprudence européenne en matière de discrimination indirecte⁸³. Ainsi, dans la décision Gerster⁸⁴, la Cour a reconnu comme discriminatoire la préférence accordée à un candidat masculin en raison du fait que la candidate féminine n'avait jusqu'alors travaillé qu'à temps partiel.

Dans Marschall, l'Avocat-Général JACOBS considère que les clauses d'exception ne constituent qu'un moyen de protection vague qui permettra tout de même de voir appliquer des critères "secondaires" ou "auxiliaires", indirectement discriminatoires, comme l'âge, la durée du service ou le nombre de dépendants afin d'engager des candidats masculins⁸⁵. Cette conception est erronée, comme le démontre la jurisprudence allemande en la matière, même si le danger subsiste⁸⁶. Certains auteurs mentionnent le handicap comme critère individualisateur propre à une clause d'exception⁸⁷, mais le contenu exact de ces clauses doit rester ouvert aux conditions individuelles de chaque cas afin de sauvegarder la justice des mesures positives. Toutefois, même s'il est faux de tenter préalablement de définir ces critères, il est vrai qu'il convient de mettre en garde contre l'usage par ce biais de critères indirectement discriminatoires. Il faut espérer que Marschall, Badeck, ainsi que la future jurisprudence en la matière permettront d'en assurer un contrôle strict⁸⁸.

Il convient de noter enfin que le nouvel article 141 (a119) Traité instituant l'Union européenne, tel que modifié et consolidé après le Traité d'Amsterdam, introduit dans son alinéa 4 la première mention en droit communautaire originaire de la validité des mesures positives visant à encourager l'égalité de fait entre les sexes en cas de sousreprésentation. Bien que cet alinéa se limite à l'égalité de rémunération, il constitue peut-être un signal plus général en faveur des mesures positives⁸⁹ et ce d'autant plus qu'il semble, d'après sa lettre, aller même plus loin que la décision Marschall. En effet, en reconnaissant la validité de mesures de "compensation" des discriminations, la disposition n'exclut pas a priori les quotas au sens strict⁹⁰.

3. Perspectives

L'état de fait et le dispositif de la décision Marschall rappellent ceux de la décision américaine Johnson, qui se rapportait à des quotas flexibles, individualisés de cas en cas, à qualifications égales. A noter toutefois que dans la décision Johnson, la femme favorisée était légèrement moins qualifiée. La convergence des jurisprudences européenne et américaine n'est pas due au hasard. En effet, alors que le modèle asymétrique américain devient plus modéré, le modèle très symétrique de l'égalité des chances européen devient plus matériel, démontrant ainsi une tendance vers un compromis et un équilibre viables en la matière.

La discussion qui précède a établi que le modèle symétrique peut être mis en cause avec succès sur ces trois aspects les plus importants, soit la conception formelle de la justice, l'individualisme et la neutralité. Certaines questions toutefois demeurent controversées, comme celle des buts légitimes des mesures positives, celle de leur effectivité, celle de la répartition équitable de leurs coûts et celle du rôle du mérite. Les récents développements américains et européens ont permis de les mettre en exergue, en y apportant un début de solution.

⁸³ SCHIEK (n. 76), 155.

⁸⁴ Cas C-1/95, Gerster, (1997) *Industrial Relations Law Review* 699.

⁸⁵ SCHIEK (n. 76), 159 ss.

⁸⁶ SCHIEK (n. 76), 159 avec références.

⁸⁷ SCHIEK (n. 76), 160.

⁸⁸ SCHIEK (n. 76), 161.

⁸⁹ Dans ce sens. SCHIEK (n. 76), 158.

⁹⁰ Cf. *Equal Opportunities Review* 77/1998 38 ss, 40 s.

Ainsi, la question du but des mesures positives ne saurait limiter leur légitimité à la réparation par l'acteur étatique de la seule discrimination dont il est responsable. En effet, admettre le contraire reviendrait à nier la responsabilité de la mauvaise éducation primaire et secondaire dans la sousreprésentation universitaire des membres de la minorité⁹¹. Par ailleurs, il serait artificiel de séparer les buts de diversité et de modèles de comportement de celui de réparation. En effet, le fait de chercher à ce que le corps étudiant compte autant d'étudiants noirs que blancs correspond non seulement à un but d'enrichissement de la vie universitaire, mais bien aussi à un but de réparation de l'injustice passée du modèle d'éducation consacré par l'adage "separate but equals". De même, ces mesures n'ont-elles pas pour seul but la réparation, mais elles visent aussi à assurer que les mêmes barrières discriminatoires ne soient pas à nouveau érigées, comme le soutenait le Juge canadien DICKSON au sujet d'un programme assurant l'égalité des sexes au travail⁹².

PJA 1999 p. 390, 399

La question de l'effectivité des mesures positives constitue un des points les plus sensibles de la campagne de révision du concept. Aux effets bénéfiques de la préférence automatique accordée aux victimes de discrimination correspondent des effets de perpétuation de stéréotypes ou de stigmatisation⁹³. De plus, il est vraisemblable que les mesures positives tendent à favoriser davantage les membres les plus qualifiés des groupes sous-représentés, ce qui alimente les divisions au sein des groupes que l'on cherche à favoriser⁹⁴. Par ailleurs, les mesures positives peuvent aussi attiser certaines tensions interraciales ou interreligieuses entre les membres de groupes protégés par ces mesures et ceux d'autres groupes⁹⁵. Il conviendra de vérifier que de cas en cas les bénéfices des mesures positives sont supérieurs aux dangers qu'elles comportent⁹⁶ et le moyen d'y parvenir consiste à adopter des mesures positives flexibles, afin de ne considérer tel ou tel critère que comme un facteur de sélection parmi d'autres⁹⁷.

Quant à la question de la répartition équitable des coûts des mesures positives, elle se greffe sur celle de la notion de mérite que l'on adopte. Le fardeau imposé à l'homme blanc innocent qui n'est pas engagé, ou qui est licencié, en raison de mesures positives ne devrait pas être considéré à la lumière simpliste d'une opposition d'intérêts individuels; les concepts de faute et de mérite doivent être considérés à la lumière de la responsabilité étatique et sociale pour les désavantages passés et il serait préférable de considérer l'éventualité de subsides ou d'aide à l'emploi, afin de pallier les conséquences des mesures positives sur les tiers⁹⁸.

Finalement, le concept controversé de mérite requiert quelques éclairages. Même s'il est généralement admis que la distribution la plus juste devrait se faire en vertu du mérite et que les mesures positives faussent de ce fait ce processus de distribution équitable, les individus ne "méritent" pas leurs talents naturels et, de ce fait, la distribution fondée sur le mérite n'est moralement pas davantage fondée qu'une autre⁹⁹. Au contraire, la seule justification de ce type de distribution est utilitariste,

⁹¹ Cf. FREDMAN (n. 11), 596 s.

⁹² Cf. le cas *Action Travail des Femmes v Canadian National Railway Co.* (1987) 1 SCR 1114. (1987) 40 DLR (4th) 193.

⁹³ Cf. l'opinion de la majorité dans le cas *Mississippi University for Women v Hogan*, 112 SCt 3331 (1982) ou encore l'opinion majoritaire dans le cas européen *Integrity*. Cf. aussi l'opinion minoritaire du Juge POWELL dans *Bakke*, 298.

⁹⁴ MCCRUDDEN (n. 4), 240.

⁹⁵ Cf. l'opinion dissidente du Juge STEWART dans *Fullilove*, 532 et les réactions négatives des Sud-Africains d'origine indienne face aux mesures de préférence des noirs africains.

⁹⁶ FREDMAN (n. 11), 598.

⁹⁷ Voir DWORKIN (n. 26), 309.

⁹⁸ FREDMAN (n. 11), 599.

⁹⁹ R. FALLON, *To Each According To His Ability, From None According To His Race: The Concept of Merit In The Law of Anti-discrimination*, (1980) 60 *Boston University Law Review* 815 ss, 876. Contra: D. NOLAN, *A Right to Meritorious Treatment*, in: Gearty/Tomkins (éd.), *Understanding Human Rights*, Londres 1996, 239 ss.

puisqu'accorder un travail ou des études à ceux qui sont susceptibles de réaliser les meilleurs résultats peut profiter davantage à la société¹⁰⁰. Pourtant, ce raisonnement ne prend pas suffisamment en compte le fait que des connaissances minimales peuvent parfois permettre à d'autres d'accomplir les mêmes prestations et que les moyens de mesurer les capacités sont souvent suspects et subjectifs. Aussi convient-il de considérer que le mérite peut et doit fonder une décision afin de lui assurer efficacité et justice. Cependant, il est crucial d'examiner chacun des critères utilisés lors de l'évaluation des capacités afin d'éliminer tout facteur préjudiciable. De plus, le mérite n'étant pas une mesure objective, il convient de prendre en compte divers facteurs sociaux et économiques lors de la décision, comme la diversité ou les modèles comportementaux¹⁰¹.

L'importance de la tendance vers un compromis moins asymétrique, révélée au sein du modèle américain, dérive de l'influence politique et intellectuelle des Etats-Unis sur la scène politique et juridique de nombreux autres pays. La qualité du débat qui a eu lieu aux Etats-Unis depuis trente ans au sujet des mesures positives permettrait, et a déjà partiellement permis, à l'Europe d'éviter d'avoir à réinventer des concepts constitutionnels importants. Elle devrait encore permettre à l'Europe, et à la Suisse, d'entamer une réflexion plus approfondie sur la légitimité du pouvoir judiciaire¹⁰² pour traiter de ces questions ou encore sur l'importance d'un soutien politique, et notamment de celui de la majorité avantagée, pour que les mesures positives puissent être utiles¹⁰³.

III. Développements en droit suisse

1. Contexte

L'art. 4 al. 2 de la Constitution¹⁰⁴ fédérale garantit le principe d'égalité entre les sexes et donne à la Confédération le mandat d'assurer l'égalité des sexes¹⁰⁵. Il ne prévoit pourtant pas expressément dans ses trois phrases la possibilité d'instituer des mesures positives. Leur légitimité est donc ouverte en droit suisse; du moins certains types de mesures positives ne sont pas exclus d'emblée, comme le démontre l'interprétation pluraliste du texte de l'art. 4 al. 2 2ème phrase¹⁰⁶ Cst. Pour la majorité des auteurs, l'art. 4 al. 2 2ème phrase Cst., en donnant un mandat à la Confédération, permettrait l'adoption de mesures destinées à garantir l'égalité matérielle des chances¹⁰⁷, et en particulier de mesures

PJA 1999 p. 390, 400

positives¹⁰⁸, dont la valeur d'intérêt public permettrait de restreindre les droits individuels fondamentaux des tiers aux conditions usuelles de la base légale, de l'intérêt public suffisant et de la proportionnalité¹⁰⁹.

¹⁰⁰ R. FALLON, Affirmative Action based on Economic Disadvantage, (1996) 43 UCLA Law Review 1913 ss, 1916 ss.

¹⁰¹ FREDMAN (n. 11), 599.

¹⁰² Cf. sur la relation délicate entre pouvoirs législatif et judiciaire aux Etats-Unis, notamment l'arrêt *Roemer v Evans*, (1996) (SCt) dans le cadre de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

¹⁰³ MCCRUDDEN, Note (n. 11), 376.

¹⁰⁴ Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874 (=Cst.; RS 101).

¹⁰⁵ Cf. J.P. MUELLER, *Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung*, Berne 1991, 227 ss.

¹⁰⁶ AUER (n. 3), 1338 ss; EPINEY/REFAIL (n. 2), 186 avec références.

¹⁰⁷ Cf. Y. HANGARTNER, *Umstrittene Frauenförderung: Chancengleichheit oder Quotengleichheit?*, RJB 1996 355 ss avec références. Cf. aussi ATF 117 V 196; 116 Ib 282 s.

¹⁰⁸ Cf. J.P. MUELLER, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Einleitung zu den Grundrechten*, Bâle/Zurich/Berne 1993. 73 ss; BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6), Art. 3 n. 168 avec références.

¹⁰⁹ Cf. notamment AUER (n. 3), 1344 ss; HANGARTNER (n. 33), 1558. Voir aussi M. SCHWANDER CLAUS, *Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten*, th. Berne 1995 (cité: SCHWANDER CLAUS).

La question de l'harmonisation et de la réconciliation des deux facettes et phrases¹¹⁰ de l'art. 4 al. 2 Cst. n'est cependant pas encore tranchée. Alors que l'une interdit formellement de discriminer sur la base du sexe, sauf motifs biologiques ou fonctionnels, en faveur des femmes comme des hommes¹¹¹, ce qui a priori ne pourrait justifier la discrimination des hommes comme le feraient les différences structurelles et sociales¹¹², l'autre prévoit une obligation d'égalisation matérielle de la situation de la femme en société. En 1991, le Tribunal fédéral n'était pas loin d'apporter une contribution décisive à la question, dans un arrêt où il avait à examiner la question de l'étendue du mandat législatif de l'art. 4 al. 2 2eme phrase Cst. et sa possible extension à l'adoption de mesures positives¹¹³. Tout en laissant ce point ouvert, le Tribunal, en rupture (heureuse) avec son arrêt Fischer¹¹⁴, a considéré que, dans certaines circonstances, la garantie constitutionnelle de l'égalité des sexes de l'art. 4 al. 2 2eme phrase Cst., interprétée de manière formelle, ne permettait pas de suffisamment promouvoir l'égalité de fait¹¹⁵.

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes le 1er juillet 1996, le concept de mesures positives fait partie intégrante et expresse de la législation suisse et constitue un signal clair qui prime sur l'interprétation étroite et individualiste de l'art. 4 al. 2 Cst¹¹⁶. L'art. 3 al. 3 LEg prévoit que les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes ne sont pas discriminatoires. L'exception vaut pour l'ensemble du domaine d'application de la loi, qui s'étend à la relation de travail, de l'embauche à sa résiliation, aussi bien dans les domaines privé que public. Elle vise à "couvrir" les éventuelles mesures positives prises par des particuliers, sans devoir recourir dans chaque cas à la mise en oeuvre du mandat législatif fédéral¹¹⁷. Il s'agit là d'une exception au principe d'interdiction de la discrimination de l'art. 3 al. 1 LEg, semblable à l'art. 2 al. 4 Directive 76/207. Toutefois, l'analogie doit s'arrêter là; en effet, l'art. 2 al. 4 Directive 76/207 n'est pas aussi précis quant à la possibilité d'adopter des mesures de promotion matérielle de l'égalité à proprement parler¹¹⁸.

Cette exception, cependant, n'a pas pour but de rendre légitimes et constitutionnelles d'éventuelles mesures positives, puisque suite aux nombreuses inquiétudes émises lors des débats parlementaires, il a été décidé qu'elle ne constituerait pas une base légale suffisante pour adopter de telles mesures¹¹⁹. L'art. 3 al. 3 LEg permet toutefois de considérer, et cette opinion a été confirmée récemment par le Tribunal fédéral, que les mesures positives ne contreviennent pas automatiquement à l'art. 4 al. 2 Cst. Leur constitutionnalité toutefois reste à déterminer de cas en cas, du moins tant qu'elle ne sera pas établie définitivement par le législateur.

¹¹⁰ Sur la distinction, cf. M. SCHWANDER, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 4 Abs. 2 der Bundesverfassung und die Frage der Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, PJA/AJP 1997 963 ss, 977 avec références (cité: SCHWANDER).

¹¹¹ SCHWANDER (n. 110), 974. Voir aussi la dénonciation de l'interprétation neutralisante de l'égalité chez AUER (n. 3), 1339 ss avec références.

¹¹² BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6) Art. 3 n. 168; TOBLER (n. 6), 85.

¹¹³ PJA/AJP 1992 252 ss, cité par AUER (n. 3), 1342 s.

¹¹⁴ ATF 108 Ia 22, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré qu'une mesure négative à l'égard des femmes n'était pas conforme à l'art. 4 al. 2 1ère phrase Cst.

¹¹⁵ Cf. cependant ATF 119 Ia 191 s., SJ 1994 43, qui parle de "gewissen" Chancengleichheit; TOBLER, Frauenförderung (n. 7), 110.

¹¹⁶ Cf. BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6), Art. 3 n. 169; TOBLER (n. 6), 112 = LEg; RS ISI.

¹¹⁷ Cf. AUER (n. 3), 1345.

¹¹⁸ Cf. BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6), Art. 3 n. 169; TOBLER (n. 6), 110.

¹¹⁹ Cf. Message du Conseil fédéral du 24.2.93 concernant la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale, FF 1995 I 1163 ss, 1212 et les craintes exprimées par le CN Eggly, BO CN 1994, 258 et le CF Koller, BO CE 1994 821. Cf. L. MADER, Das Gleichstellungsgesetz -- Entstehung. Ziele und Instrumente, in: I. Schwander/R. Schaffhauser (éd.). Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann. St Gall 1996, 19 ss, 26.

Au-delà de cette exception expresse dans la législation fédérale, la validité des mesures positives en droit suisse reste confuse et ce ne sont pas les récents développements jurisprudentiels qui peuvent éclairer ce "chantier démocratique"¹²⁰. Il n'existe pour l'instant aucune jurisprudence fédérale ou cantonale portant sur la validité de mesures positives privées. Quant aux mesures publiques, la jurisprudence fédérale se limite à deux cas d'initiatives cantonales visant à introduire des quotas assurant une meilleure représentation des femmes en politique. Il existe bien les instructions du Conseil fédéral de 1991 concernant l'amélioration de la représentation et de la situation professionnelle du personnel féminin de l'administration générale de la Confédération, dont la teneur correspond à peu de choses près à celle des clauses condamnées dans la décision Kalanke¹²¹.

La situation demeurera trouble tant que l'initiative populaire "Pour une représentation équitable des femmes dans les autorités fédérales" du 3 mars 1993¹²² n'aura pas contraint le Conseil fédéral, le peuple et les cantons suisses à

PJA 1999 p. 390, 401

se prononcer de manière claire sur l'avenir des quotas politiques; la position du Tribunal fédéral vis-à-vis des initiatives cantonales en matière de quotas pourra alors prendre une forme plus cohérente¹²³. L'examen de la constitutionnalité des autres mesures positives de droit public ou de droit privé se fera au fil des décisions et ce corps de décisions constituera peu à peu un droit suisse des mesures positives sur le modèle de la formation des droits américain et européen.

2. Perspectives

Le Tribunal fédéral s'est référé de manière extensive, dans le premier de ses deux arrêts récents dans le domaine des quotas politiques¹²⁴, son arrêt "soleurois", à l'arrêt Kalanke, bien que ce dernier ne concerne que les mesures positives à l'embauche au fonctionnariat¹²⁵. La décision du 19 mars 1997 a déclaré inconstitutionnelle l'initiative populaire soleuroise "Pour une représentation à droits égaux des femmes et des hommes dans les autorités cantonales -- Initiative 2001". Cette initiative visait à assurer une représentation des femmes au parlement cantonal et au Conseil d'Etat qui reflète leur proportion dans la population, ainsi qu'une représentation au sein des organes judiciaires qui reflète leur proportion dans le cercle électoral, soit l'établissement de quotas rigides.

La décision se fonde sur l'examen de la compatibilité des mesures positives avec le principe d'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe de l'art. 4 al. 2 Cst. Cet article ne se limite pas à requérir l'égalité formelle dans sa première phrase ("Differenzierungsverbot "ou" Gleichberechtigungsgebot"), mais autorise et enjoint même l'adoption de diverses mesures destinées à garantir l'égalité matérielle ou de fait entre les sexes, selon sa deuxième phrase ("Gleichstellungsgebot")¹²⁶. L'apparente contradiction entre ces deux facettes de l'égalité garantie au niveau constitutionnel requiert des juges une pesée des intérêts de cas en cas afin de vérifier si la mesure

¹²⁰ Cf. Le Temps du 8.10.1998. citant OLIVIER JACCOT-GUILLARMOD.

¹²¹ FF 1992 II 604.

¹²² FF 1993 III 386.

¹²³ Cf. à cet égard A. AUER/V. MARTENET, Les quotas, la démocratie et le fédéralisme, SJ 35/1997 629 ss, 656 (cité: AUER/MARTENET): "Nul ne sait comment l'arrêt G. sera jugé dans dix ou quinze ans. Il est possible qu'il marquera la fin constitutionnellement administrée d'un combat d'arrière-garde".

¹²⁴ ATF 123 I 152, SJ 1997 656.

¹²⁵ Il convient de remarquer que les quotas à l'embauche soulèvent des questions et critiques très différentes des quotas politiques, ne serait-ce qu'en raison de la différence des bases légales en droit suisse: D. BUSER/T. POLEDNA, Politische Quoten auf dem Schaffott -- Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur "Solothurner Quoteninitiative", PJA/AJP 1997 981 ss, 988 (cité: BUSER/POLEDNA); BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6), Art. 3 n. 170. Cf. à ce sujet AUER/MARTENET (n. 123), 629 ss. Notons toutefois que le débat qui entoure les mesures positives ne devrait pas être utilisé, comme d'autres débats au sujet de l'égalité, afin d'exclure la sphère privée.

¹²⁶ ATF 123 I 156 s., cons. 3 a, SJ 1997 656.

respecte le principe de proportionnalité¹²⁷. A cet effet, la mesure doit être, premièrement, apte à atteindre le but visé, soit l'égalité matérielle, deuxièmement, constituer un moyen indispensable et nécessaire, et, troisièmement, constituer le moyen le moins restrictif possible du droit fondamental et individuel¹²⁸ à l'égalité formelle.

Même si dans le cas présent, les mesures prévues visaient à atteindre davantage d'égalité matérielle, elles compromettraient trop l'égalité formelle. Le Tribunal fédéral s'est inspiré de la distinction douteuse, aujourd'hui nuancée, de la Cour de Justice dans l'arrêt Kalanke entre égalité des points de départ et égalité de résultats¹²⁹. L'art. 4 al. 2 2ème phrase Cst., à l'image de l'art. 1 al. 1 Directive 76/207, ne viserait qu'à garantir l'égalité des chances formelle. Or, les quotas tels qu'ils étaient prévus dans l'initiative tendaient à assurer une égalisation des résultats, sans prendre en compte les capacités et qualifications respectives des candidats, violant ainsi le principe de la proportionnalité, puisqu'ils n'étaient ni adéquats, ni nécessaires à égaliser les situations de fait¹³⁰.

La critique de la distinction artificielle de Kalanke entre égalité de résultat et égalité de procédure peut être étendue à son adoption par le Tribunal fédéral¹³¹. Non seulement, cette distinction ne correspond pas à la situation juridique suisse des mesures positives¹³², mais elle soulève même d'importantes questions quant à sa validité en droit international¹³³. L'égalité de fait garantie par l'art. 4 al. 2 Cst. ne permet pas de distinguer clairement les mesures qui assurent des résultats de celles qui veillent à l'égalité des points de départ; l'égalité des chances, nous l'avons vu, ne saurait raisonnablement exclure toute référence au résultat et l'art. 4 al. 2 Cst. ne permet aucunement de fonder

PJA 1999 p. 390, 402

l'inconstitutionnalité distincte et absolue de ces dernières¹³⁴. De plus, le fait que l'art. 3 al. 3 LEg reconnaisse de manière expresse la possibilité d'instituer des mesures de promotion de l'égalité de fait, et donc potentiellement des mesures positives, permet d'exclure une application stricte de Kalanke en droit suisse¹³⁵. Par ailleurs, les instructions du Conseil fédéral relatives à la représentativité à l'embauche dans l'administration fédérale reflètent presque trait pour trait la solution de "tie-break" de la ville de Brême, à savoir la priorité à qualifications égales sans clause d'exception. Il est paradoxal que le Tribunal fédéral n'en ait pas tenu compte lorsqu'il se réfère à ces instructions, puis au dispositif de Kalanke.

¹²⁷ ATF 123 I 158, cons. 3 b, SJ 1997 656. Cf. sur les conditions de la proportionnalité appliquée à l'égalité: ATF 117 Ia 472, 482.

¹²⁸ Sur la fausse opposition entre droit individuel à l'égalité formelle et droit collectif des femmes à une égalité matérielle: PIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN (n. 6), Art. 3 n. 161 ss avec références et TOBLER (n. 6), 97 s.

¹²⁹ ATF 123 I 165 ss, cons. 5 b, SJ 1997 656. Le Tribunal fédéral fait aussi appel aux décisions de rejet des quotas politiques par le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle italienne (ATF 123 I 174 cons. 8, SJ 1997 656, sans référence au plébiscite scandinave de ces mesures ou à leurs effets positifs sur la représentativité de la classe politique allemande. Notons par ailleurs que le Parlement français débat en ce moment d'un projet de révision constitutionnelle sur la parité entre hommes et femmes en politique: F. GASPARD, La Parité, Principe ou Stratégie?, Le Monde Diplomatique de Novembre 1998, 26 s.

¹³⁰ ATF 123 I 169 ss, cons. 7 à 9, SJ 1997 656. Sur l'importance de l'arrêt quant aux restrictions proportionnées de la liberté de vote: BUSER/POLEDNA (n. 125) avec références; TOBLER, Frauenförderung (n. 7), 114 avec références.

¹³¹ Cf. A. EPINEY, Chancengleichheit über das Ergebnis?, PJA/AJP 1997 1033 ss.

¹³² Contre la validité du dispositif de Kalanke en Suisse: EPINEY/REFAIL (n. 2), 186 s.; M. BIGLER-EGGENBERGER, Quoten als notwendiges Mittel zur Gleichstellung, NZZ 16.2.1996, 15. Contra: HANGARTNER (n. 33), 1560 ss. Cf. aussi le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 1998 4157 ss, 4164.

¹³³ BUSER/POLEDNA (n. 125), 988.

¹³⁴ Voir notamment C. MUELLER. L'Egalité de traitement entre femmes et hommes dans les rapports de travail, Une comparaison des droits suisse et européen, in: F. Werro (éd.), L'Européanisation du droit privé. Vers un Code civil européen?, Fribourg 1998, 97 ss, 109 (cité: MUELLER, Egalité); EPINEY/REFAIL (n. 2), 186; BUSER/POLEDNA (n. 125), 989.

¹³⁵ TOBLER (n. 6), 111 ss avec références.

Finalement, au vu de l'évolution de la jurisprudence américaine, puis européenne, l'interprétation restreinte, et souvent incohérente dans la prise en compte de certaines conséquences matérielles de son application, du principe d'égalité par le juge suisse devrait être abandonnée au profit d'une interprétation matérielle de l'égalité¹³⁶, et de l'art. 4 al. 2 Cst. Cette interprétation permettrait de remédier aux discriminations indirectes¹³⁷ et structurelles. Elle découle déjà de la conception de l'égalité de l'art. 3 al. 3 LEg et permettrait de réconcilier les positions distinctes défendues dans la jurisprudence fédérale¹³⁸.

De plus, pour autant que l'on veille à ce que des facteurs de discrimination disproportionnés soient éliminés, comme la préférence accordée aux femmes sans égard à leurs qualifications, des quotas flexibles, comme ceux qui étaient en cause dans la décision Marschall, devraient pouvoir être considérés comme proportionnels, sans que l'on doive recourir nécessairement à l'application trop stricte des conditions du principe de proportionnalité. C'est surtout la condition de la nécessité qui, en raison de la nature temporaire et souvent expérimentale des mesures positives, barre la route à tout progrès en la matière¹³⁹. Il est en effet souvent difficile d'établir que les mesures positives puissent constituer le seul moyen apte à assurer l'égalité de fait. De même, la troisième condition de la proportionnalité, à savoir la proportionnalité au sens strict, n'est pas aisément remplie en raison du fort intérêt public à protéger l'égalité des hommes, ainsi que de l'intérêt privé des candidats masculins éconduits et des employeurs à ne pas voir leur liberté contractuelle par trop restreinte¹⁴⁰.

Cependant, le revirement américain sur le standard de révision appliqué et notamment la position minoritaire de la Juge O'CONNOR dans *Adarand*, de même que la position de la Cour de Justice sur les clauses d'exception dans *Marschall*, permettent de nourrir certains espoirs quant aux bénéfices d'un standard strict de proportionnalité lors du contrôle de la validité des mesures positives. Ce standard ne nie en effet aucunement la possibilité de l'existence de buts légitimes de ces mesures et de leur relation potentielle proportionnée à ces buts. En effet, appliqué avec trop de souplesse, le principe de proportionnalité n'est guère plus qu' "une formule vide"¹⁴¹; la solution semble être l'application stricte de ce principe, qui permette de tempérer nombre de travers et dangers d'une application trop rigide des mesures positives, mais uniquement en tant qu'un élément parmi d'autres lors du contrôle de leur constitutionnalité¹⁴².

Dans le second de ses arrêts en la matière¹⁴³, son arrêt "uranaï", le Tribunal fédéral a adopté, le 7 octobre 1998, au terme d'une longue argumentation, une position moins tranchée¹⁴⁴ sur l'inconstitutionnalité des mesures positives visant à assurer une égale représentation politique qu'elle ne semblait l'être à l'issue de sa première décision. Le Tribunal a sauvé certaines dispositions de l'initiative populaire uranaïse qui demandait une représentation plus large des femmes dans les autorités et qui s'était déjà heurtée au veto absolu du parlement cantonal¹⁴⁵.

¹³⁶ TOBLER (n. 6), 115 ss avec références.

¹³⁷ Sur les balbutiements de l'interdiction de la discrimination indirecte en Suisse: TOBLER (n. 6), 70 ss. Cf. ATF 116 V 322, 119 Ia 241. Cf. cependant les progrès de la jurisprudence récente au sujet de l'interdiction de la discrimination indirecte propre à la LEg: ATF 124 II 409 et ATF 124 II 436.

¹³⁸ TOBLER (n. 6), 125.

¹³⁹ Cf. MUELLER, *Egalité* (n. 134), 110 s. se référant à AUER (n. 3), 1347 s.; AUER/MAFTENET (n. 123), 634 et SCHWANDER CLAUS (n. 109), 97 et 146 ss. Cf. aussi SCHWANDER (n. 110), 978.

¹⁴⁰ Cf. ARIOLI (n. 5), 252 ss.

¹⁴¹ AUER (n. 3), 1348.

¹⁴² Cf. sur ce point TOBLER (n. 6), 112 s., qui préconise pourtant qu'il ne s'agit pas de vérifier la proportionnalité de la restriction d'un droit fondamental par des mesures en soi illégitimes, mais bien la mesure de l'inégalité nécessaire à rétablir l'égalité matérielle.

¹⁴³ ATF 125 I 21. Voir notamment NZZ du 8.10.1998 et *Le Temps* du 8.10.1998.

¹⁴⁴ ATF 125 I 30, cons. 3 d) aa) i.f.

¹⁴⁵ ATF 125 I 43 s., cons. 7.

En acceptant que le peuple uranais se prononce sur la proposition qui demande que les partis doivent présenter des listes comportant autant d'hommes que de femmes et qu'un quota d'un tiers de femmes au moins soit imposé au sein des autorités élues de manière indirecte, le Tribunal fédéral a reconnu que les quotas ne sont pas a priori disproportionnés et par conséquent inconstitutionnels, même lorsqu'ils visent à assurer une meilleure égalité de résultats¹⁴⁶.

PJA 1999 p. 390, 403

Le Tribunal fédéral réinterprète ainsi, sans l'avouer, son arrêt soleurois, ainsi que sa méthode d'application du principe de proportionnalité au sens strict.

L'initiative doit ce sursis partiel à son souci, contrairement à l'initiative soleuroise, d'assurer la prise en compte des qualifications avant de favoriser les femmes et de soumettre ces mesures à des délais d'adaptation substantiels¹⁴⁷. Le Tribunal fédéral semble donc avoir saisi l'importance d'une application moins rigide de la proportionnalité au sens strict et se range progressivement à l'idée de la constitutionnalité des mesures positives flexibles à l'image de ses homologues européens et américains. Il renonce¹⁴⁸ ainsi enfin à sa position obsolète de refus de matérialisation de l'égalité des chances, pourtant laissée ouverte par la deuxième phrase de l'art. 4 al. 2 Cst; il y renonce cependant par une extension peu plausible de sa conception de la concordance entre les deux premières phrases de l'art. 4 al. 2 Cst qu'il persiste à maintenir.

Cet effort de temporisation du Tribunal fédéral face à la liberté des cantons d'adopter des mesures positives résulte, d'une part, de l'attente de mesures législatives au niveau fédéral qui respectent davantage la volonté démocratique, suite aux importantes critiques de la doctrine¹⁴⁹, mais aussi certainement, d'autre part, de l'inquiétude¹⁵⁰ que suscite le récent revirement de position de la Cour de Justice dans Marschall. On peut néanmoins regretter que la réinterprétation de sa position par le Tribunal fédéral se fasse de manière si peu transparente et si étroitement liée aux conditions particulières de l'initiative en cause, sans préoccupation pour le plus long terme.

L'avenir des mesures positives en droit suisse devrait se jouer bientôt de manière plus tranchée afin de sortir le débat suisse de son enlisement actuel. La première étape sera franchie, en matière de quotas politiques, une fois que le peuple aura tranché entre l'initiative du 3 mars, la position de rejet du Conseil fédéral¹⁵¹ et le compromis du contreprojet d'arrêté fédéral du Conseil national¹⁵², lui-même récemment rejeté par le Conseil des Etats¹⁵³. Au vu des seules exceptions négatives mentionnant expressément les mesures positives en droit suisse jusqu'ici, leur sort reste pour l'instant entre les mains du Tribunal fédéral, et accessoirement des cours cantonales, comme il l'a été longtemps aux Etats-Unis et l'est encore en Europe; il est possible toutefois de regretter

¹⁴⁶ ATF 125 I 29, cons. 3 d) aa) à l'appui de l'interprétation de Y. HANGARTNER, Urteilsbesprechung, PJA/AJP 1997 1031 ss (cité: HANGARTNER, Urteilsbesprechung): "Dagegen erklärt das bundesgerichtliche Urteil nicht von vornherein alle Quoten für unzulässig, die ein bestimmtes Ergebnis zwingend vorschreiben. Deren Zulässigkeit muss vielmehr im Einzelfall am Massstab des Verhältnismässigkeitsprinzips geprüft werden. (...) Im Folgenden ist daher davon auszugehen, dass Quotenregelungen nicht wegen ihrer Ergebnisbezogenheit generell aus dem Gleichstellungsinstrumentarium ausgeschlossen werden können."

¹⁴⁷ ATF 125 I 38 s., cons. 5 b) cc).

¹⁴⁸ ATF 125 I 30 s., cons. 3 d) bb).

¹⁴⁹ Cf. notamment AUER/MARTENET (n. 123), 655 s. Il convient de remarquer à cet égard que le Tribunal fédéral présente tour à tour chacune de ces critiques sur plusieurs pages dans son cons. 3 c).

¹⁵⁰ A noter de manière étonnante que le Tribunal fédéral considère que Marschall n'a fait que "préciser" Kalanke: ATF 125 I 29, cons. 3 d) aa) i.i.

¹⁵¹ Cf. Message du 17 mars 1997, FF 1997 III 489 ss. Cf. encore l'Avis du Conseil fédéral sur l'Initiative Parlementaire (CIPCN), du 9 septembre 1998, FF 1998 4167 ss.

¹⁵² Cf. L'initiative parlementaire, Listes de candidats à l'élection au Conseil national, Quotas d'hommes et de femmes, Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 1998 4157 ss.

¹⁵³ Cf. Le Temps du 3.12.1998, 6.

que notre haute cour ne semble pas prête à prendre exemple sur ses homologues, afin de sortir de sa position d'isolement aujourd'hui de moins en moins justifiable.

Conclusion

En guise de conclusion, il convient de rappeler brièvement les différents éléments du nouvel équilibre européen et américain en matière de mesures positives. Le modèle symétrique, mis en cause avec succès sur ses trois aspects les plus importants, à savoir une conception formelle de la justice, l'individualisme et la neutralité, a permis au modèle asymétrique de s'imposer récemment, de manière certes modérée, aux Etats-Unis comme en Europe, en prenant en compte une notion plus matérielle de la justice et de l'égalité, qui reconnaisse la responsabilité sociale et étatique négative dans la perpétuation de la discrimination.

Toutefois, il subsiste de nombreuses questions controversées relatives à l'effectivité des mesures positives et à leurs coûts pour les tiers et les bénéficiaires eux-mêmes. Comme le démontrent les récents revirements symétriques américains et la position de repli symétrique originelle européenne, la véritable clé de la controverse qui entoure encore l'adoption de mesures positives est désormais celle de la stratégie à adopter lors de la mise en oeuvre du modèle asymétrique, et non plus tant celle de sa théorie¹⁵⁴.

Les travers des programmes de mesures positives font qu'il est nécessaire de modéliser spécifiquement toute mesure positive en fonction de ses destinataires, de cas en cas et de manière temporaire¹⁵⁵, afin de ménager les tiers. Il convient aussi de veiller à ce que les mesures soient maintenues sous contrôle en tant qu'*ultima ratio* par un standard de révision strict, ou son pendant en droits européen et suisse, le principe de proportionnalité¹⁵⁶. Il faut encore trouver un *modus vivendi* qui permette d'appliquer ces mesures de manière sensible et ciblée afin de mettre en oeuvre une conception matérielle, non-individualiste, engagée et asymétrique de la justice, mais dans les limites de la perpétuation des stéréotypes et de l'exclusion.

L'égalité de résultats ne constitue guère plus qu'une illusion sans l'ensemble des mesures destinées à assurer l'égalité des chances. Celles-ci ne sauraient pourtant se concevoir sans prendre en compte leurs résultats. Une politique d'égalité des chances digne de ce nom requiert donc un important investissement de ressources, notamment dans l'éducation

PJA 1999 p. 390, 404

et la formation. De tels programmes d'égalité des chances, qui joignent mesures influençant les points de départ comme ceux d'arrivée et mesures positives spécifiques¹⁵⁷, permettront d'atteindre les résultats de justice matérielle que n'ont pu encore obtenir à elles seules les législations anti-discriminatoires ordinaires¹⁵⁸. Il ne reste qu'à espérer que le juge, mais aussi enfin le législateur suisse, sauront prendre en exemple le nouvel équilibre asymétrique européen, comme le législateur et le juge européens ont su finalement tirer profit du compromis asymétrique américain.

¹⁵⁴ Dans le même sens VOGEL-POLSKY (n. 7), 110 s.

¹⁵⁵ Cet argument ne conditionne pas la constitutionnalité des mesures positives, mais relève de la stratégie et de la politique de promotion de la femme que l'on souhaite adopter. Cf. dans un sens analogue: AUER (n. 3), 1346 s.; VOGEL-POLSKY (n. 7), 126.

¹⁵⁶ FREDMAN (n. 11), 600, suivant la Juge O'CONNOR dans *Adarand*. Cf. aussi MCCRUDDEN (n. 4), 242.

¹⁵⁷ Sur l'importance de la combinaison des mesures positives avec d'autres mesures: H. PFARR, "Quoten sind nicht alles, aber ohne Quoten ist nichts", in: K. Arioli (éd.), *Quoten und Gleichstellung von Mann und Frau*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1996, 3 ss, 22.

¹⁵⁸ FREDMAN (n. 11), 600.