



## **Séminaire juridique du 25 novembre 2008 sur la mise en œuvre de la législation de l'UE relative à l'égalité des chances et à l'antidiscrimination**

### **DOCUMENT DE REFLEXION ACTIONS POSITIVES/OBLIGATIONS POSITIVES**

*Le contenu de ce document de réflexion a été rédigé par le Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination et ne reflète pas nécessairement l'opinion ou la position de la Commission européenne, Direction générale pour l'Emploi, les Affaires sociales et l'Egalité des chances*

#### **Action positive**

Les articles 3, 6, 5 et 7 de la directive de refonte (2006/54/CE), de la directive des services (2004/113/CE), de la directive sur l'égalité raciale et de la directive sur l'égalité en matière d'emploi découpent un espace ouvert aux mesures d'action positive pour tous les motifs protégés. À cet effet, les directives prévoient que le principe de l'égalité de traitement n'empêchera pas les Etats membres de maintenir ou d'adopter des mesures qui ont pour véritable finalité de promouvoir l'égalité en faveur des groupes vulnérables, tels que des mesures destinées à

- a) prévenir ou compenser les désavantages liés à l'un des motifs discriminatoires
- b) protéger au travail la santé ou la sécurité des personnes handicapées, ou
- c) créer ou maintenir des aménagements qui permettent de sauvegarder ou de promouvoir l'intégration des personnes handicapées dans le milieu de travail.

L'action positive a été identifiée comme faisant partie des "mesures destinées à accroître la participation de groupes particuliers dans certaines sphères de l'activité économique, politique ou sociale, où ces groupes sont considérés comme sous-représentés<sup>1</sup>". Nous pourrions distinguer l'action positive de la discrimination positive, en ce sens que la discrimination positive implique l'engagement, la conservation ou la promotion de certaines personnes dans l'emploi non parce qu'elles possèdent plus de qualifications que d'autres candidats mais en raison du fait qu'elles appartiennent à un groupe défavorisé particulier. Les deux directives n'autorisent ni même ne prévoient spécifiquement une telle discrimination positive.

<sup>1</sup> Commission européenne, *Conférence annuelle 2007 du programme d'action contre la discrimination, Égalité des chances pour tous: quel rôle pour l'action positive ? - Débats de la conférence*, Rome, avril 2007, [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/events/rome/rm07rep\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/events/rome/rm07rep_en.pdf)





Les services publics comme les entreprises privées s'engagent dans des mesures d'action positive, habituellement avec la coopération de parties prenantes qui ont une connaissance spécifique de la situation du groupe défavorisé et de la stratégie idéale à suivre. L'action positive n'est pas un acte de charité; elle n'est pas profitable exclusivement aux minorités concernées mais se justifie parfaitement d'un point de vue commercial et tend à avoir une incidence positive sur les conditions de travail de tous<sup>5</sup>.

### **Action positive pour des personnes handicapées**

L'article 7. 2 de la directive-cadre sur l'emploi appelle à une action positive particulièrement à l'intention des personnes handicapées. A la lecture de cette disposition, il apparaît clairement que la directive-cadre sur l'emploi ne considère pas la loi sur la santé et la sécurité comme une obstacle à la réalisation d'un environnement de travail non discriminatoire et inclusif. Dans une certaine mesure, elle considère le principe d'égalité comme réalisé par la législation sur la santé et la sécurité et plus particulièrement par l'orientation de cette dernière, centrée sur l'adaptation du lieu de travail au travailleur. Dans certains cas pourtant, les employeurs pourraient invoquer des préoccupations de santé et de sécurité pour exclure des personnes handicapées du lieu de travail mais, selon nous, de telles pratiques devraient faire l'objet d'un examen minutieux.

### **Quelle différence entre l'action positive pour les personnes handicapées (art. 7. alinéa 2) et l'aménagement raisonnable ?**

L'article 5 de la directive-cadre sur l'emploi prévoit des mesures positives pour les personnes handicapées par le biais de l'aménagement raisonnable. Cette notion est différente de celle que l'on trouve à l'article 7, alinéa 2 de la directive qui demande spécialement une action positive pour les personnes handicapées. Selon le texte de l'article 5, l'aménagement est prévu de manière à "garantir le respect du principe de l'égalité de traitement". Une distinction essentielle veut qu'alors que l'action positive constitue une possibilité ouverte par l'article 7.2, l'aménagement raisonnable soit obligatoire et puisse donc être considéré comme un exemple d'obligation positive. Bien que l'aménagement raisonnable tout comme les mesures d'action positive aboutissent à un traitement différent des personnes handicapées, seule l'action positive aborde la différence de traitement comme une exemption au principe d'égalité. L'aménagement raisonnable consiste plus en un exemple d'égalité qu'en une exemption à celle-ci dans la mesure où il constitue une démonstration typique de l'application d'un traitement différent à des situations qui sont différentes. Au contraire, l'action positive n'a pas pour but d'adopter des mesures spéciales à l'intention des personnes handicapées mais d'éliminer les barrières qui entravent leur participation dans la société.

<sup>5</sup> Agence des droits fondamentaux, Centre international de développement de la politique migratoire, *The Benefits of Positive Action*, document de réflexion thématique, mars 2008, p. 24.



Plus encore, l'aménagement raisonnable demande une approche individuelle et une solution au cas par cas alors que l'action positive cherche à remédier à une discrimination actuelle ou future pour l'ensemble d'un groupe défavorisé protégé.

### **Obligations positives**

Hormis l'action positive clairement stipulée par les directives, il existe un autre type d'approche, qui n'interdit pas simplement la discrimination mais s'étend également aux groupes les plus vulnérables, en chargeant la société de promouvoir activement la diversité et l'égalité. Les obligations positives peuvent être vues comme la mise sur pied d'une action positive que l'on rend obligatoire, dans le cadre d'un principe d'égalité, plutôt que comme une exception à ce principe. Elle peut être distinguée de l'aménagement raisonnable par sa dimension collective plutôt qu'individuelle.

Les obligations positives perçoivent la discrimination comme un problème qui concerne la société dans son ensemble et non un groupe défavorisé spécifique; elles visent à combattre la discrimination institutionnelle et à confier la tâche d'un redressement de l'inégalité aux parties prenantes qui détiennent le pouvoir nécessaire pour prendre des mesures d'action positive afin d'éliminer la discrimination et de promouvoir le changement plutôt qu'aux auteurs d'actes discriminatoires.

Les lois d'antidiscrimination ne peuvent bien souvent pas éradiquer la discrimination systémique bien établie dans la pratique des institutions publiques, où elle n'a jamais été détectée. Pour cette raison, il a été admis que les lois qui interdisent simplement la discrimination ne suffisent pas à résoudre le problème: des obligations positives devraient être mises en place, contraignant les services publics à agir dans les secteurs de l'emploi, de l'application de la loi et de la prestation des services, non seulement pour respecter les lois concernées mais surtout pour détecter l'impact discriminatoire potentiel de leurs politiques, pour promouvoir l'égalité de traitement et pour encourager de bonnes relations entre les différents groupes sociaux.

### **Types d'obligations positives**

Outre l'obligation générale de promouvoir l'action positive en faveur de tous les groupes vulnérables et d'encourager de bonnes relations entre les différents groupes sociaux, il existe aussi des obligations positives plus spécifiques qui peuvent être imposées aux pouvoirs publics et aux parties prenantes privées, du moins quand elles travaillent en interaction avec le service public. On y trouve notamment l'obligation de rassembler des données sur l'appartenance raciale/ethnique, le sexe, la religion, l'âge et un handicap éventuel des membres du personnel, de présenter des programmes d'égalité et de publier des rapports réguliers sur la façon dont l'organisation respecte ses obligations générales et spécifiques de promotion de l'égalité ou sur l'impact réel de ses politiques d'égalité sur les groupes défavorisés.



Dès lors, les obligations positives générales et spécifiques impliquent que les pouvoirs publics ne soient pas seulement tenus d'éviter les actes discriminatoires ou de porter remède au problème qui se pose après réception d'une plainte mais qu'ils doivent renforcer activement l'égalité des chances pour tous, quel que soit le groupe auquel appartiennent les personnes concernées.

### Mécanismes d'application

À la différence de l'action positive, dont l'adoption est laissée au pouvoir discrétionnaire des services publics, les obligations positives, pour lesquelles des systèmes législatifs ont été prévus, sont obligatoires, de sorte que les particuliers peuvent y recourir. En conséquence, les obligations positives prévues par la législation nationale font que les victimes de discrimination potentielles ont la possibilité de savoir explicitement ce qu'elles sont en droit d'attendre de l'administration publique, à la différence des documents qui prévoient des programmes et des lignes directrices de caractère général, qui ne sont généralement pas disponibles au grand public et ne sont pas juridiquement exécutoires. Hormis les personnes qui prétendent avoir été victimes de discrimination, les organismes de promotion de l'égalité de traitement pourraient être chargés de surveiller le respect par les pouvoirs publics de leurs obligations positives, par des rapports que les autorités sont obligées de soumettre ou par des audits ou des inspections ad hoc qu'ils seraient en droit d'effectuer.

Par conséquent, si des mécanismes d'application adéquats sont mis en place, les obligations positives ne restent pas de simples vœux pieux mais consistent en obligations juridiques applicables par la voie du système judiciaire.

#### Questions:

- *L'action positive est-elle enchâssée dans votre législation nationale de transposition des directives? Si tel est le cas, est-elle basée sur le pouvoir discrétionnaire de l'Etat ou constitue-t-elle une obligation ?*
- *Existe-t-il une différenciation en fonction des motifs protégés ?*
- *Veillez donner quelques exemples de bons programmes, de bonnes pratiques et mesures politiques qui ont été adoptés par le gouvernement, les acteurs publics et privés de votre pays. Les jugez-vous efficaces pour remédier au traitement discriminatoire qui touche de longue date un groupe protégé? Des obligations positives devraient-elles être prévues par la législation nationale?*
- *Veillez donner des exemples d'obligations positives qui existent dans votre pays et expliquer comment elles fonctionnent.*