

---

# Quelle légitimité pour la discrimination positive ?

Analyse d'une politique d'équité

---

*« Une conviction qui commence par admettre la  
légitimité d'une conviction adverse se condamne à n'être pas agissante »,*

*Roger Martin du Gard*

*Tout d'abord, je tiens à remercier sincèrement  
mon promoteur, Monsieur Philippe Coppens,  
pour m'avoir guidée tout au long de ces derniers mois.*

*J'aimerais également remercier mes parents  
pour leur soutien moral, logistique et matériel apporté  
pendant ces cinq années d'études, et depuis toujours...*

*Tous mes remerciements à Romuald qui a été  
d'un réconfort permanent, d'une attention et d'une compréhension  
sans faille, durant cette épreuve du mémoire.*

*Enfin j'adresse de francs remerciements à mes relecteurs,  
Anne-Sophie, Arnaud, Céline, Ludovic et Martin,  
ainsi qu'à tous mes amis du Parlement Jeunesse qui m'ont permis  
de faire évoluer mon sujet à travers de nombreux et vifs débats.*

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>Ann. fr.dr. intern.</i>	Annuaire français de droit international
<i>CEDH</i>	Convention européenne des Droits de l'homme
<i>CERI</i>	Centre de recherches internationales
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>Cour eur. D.H.</i>	Cour européenne des Droits de l'homme
<i>CREDOF</i>	Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux
<i>FIV</i>	Fécondation <i>in vitro</i>
<i>GPA</i>	Grade-point average
<i>IEFH</i>	Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
<i>IVG</i>	Interruption volontaire de grossesse
<i>J.E.D.H.</i>	Journal européen des droits de l'homme
<i>L.G.D.J.</i>	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>OFCE</i>	Observatoire français des conjonctures économiques
<i>P.U.F.</i>	Presses universitaires de France
<i>R.B.D.C</i>	Revue belge de droit constitutionnel
<i>R.F.D.C.</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>Rev. fr. sc. pol.</i>	Revue française de science politique
<i>Rev. prat. soc.</i>	Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
<i>RSE</i>	Responsable sociétale des entreprises
<i>SCOTUS</i>	<i>Supreme Court of the United States</i>
<i>SAT</i>	<i>Scholastic Assessment Test</i>
<i>UT</i>	<i>University of Texas</i>
<i>UCLA</i>	<i>University of California, Los Angeles</i>
<i>UC Davis</i>	<i>University of California, Davis</i>
<i>URM</i>	<i>Underrepresented Minority</i>

## TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations .....	4
Table des matières.....	5
Introduction .....	7
<b>Chapitre I. Les justifications de la discrimination positive.....</b>	<b>9</b>
Section 1. Rawls : la « Théorie de la Justice » aux origines de la justice distributive .....	10
Section 2. La justice compensatoire .....	13
Section 3. L'utilitarisme.....	15
<b>Chapitre II. Une origine dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis</b> .....	<b>17</b>
<b>Section 1. L'arrêt <i>Regents of the University of California v. Bakke</i> (1978) .....</b>	<b>17</b>
§ 1 <sup>er</sup> . Les faits .....	17
§ 2. La décision de la Cour suprême .....	18
§ 3. Commentaires de l'arrêt : les quotas fixes sont-ils réellement injustes ?.....	20
§ 4. Conclusion sur l'arrêt <i>Bakke</i> .....	30
<b>Section 2. Les répercussions de l'arrêt <i>Bakke</i>.....</b>	<b>31</b>
§ 1 <sup>er</sup> . Les arrêts <i>Grutter v. Bollinger</i> et <i>Gratz v. Bollinger</i> : une confirmation de l'opacité comme source de constitutionnalité .....	32
§ 2. Les interdictions et les détournements .....	33
<b>Chapitre III. Le droit belge et les actions positives: une interprétation du principe de non-discrimination .....</b>	<b>43</b>
Section 1. Les principes d'égalité et de non-discrimination .....	43
Section 2. Une distinction de traitement : C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991 ...	45
Section 3. Les conditions d'admission de la discrimination positive dans la jurisprudence belge : C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994 .....	50
<b>Chapitre IV. L'analyse d'une politique particulière de discrimination positive : la loi du 28 juillet 2011 relative à la présence des femmes dans les conseils d'administration des entreprises cotées en bourse, des entreprises publiques autonomes et de la Loterie Nationale (« la loi sur les quotas »).....</b>	<b>57</b>
Section 1. Le contexte d'adoption de la loi .....	57
Section 2. L'exposé de la loi.....	59

§ 1 <sup>er</sup> . Le champ d'application <i>ratione personae</i> .....	59
§ 2. La mise en œuvre et les sanctions.....	60
<b>Section 3. Les quotas ou la mise en œuvre d'une action positive en faveur des femmes</b>	<b>61</b>
§ 1 <sup>er</sup> . L'existence d'une inégalité et le caractère temporaire.....	61
§ 2. L'atteinte inutile aux droits d'autrui .....	62
<b>Section 4. Les quotas, une méthode efficace ?</b> .....	<b>65</b>
§ 1 <sup>er</sup> . Le bilan de la loi sur les quotas de 2011.....	65
§ 2. L'action limitée des quotas.....	68
<b>Section 5. Considérations finales sur les quotas de genre en entreprises</b> .....	<b>70</b>
<b>Conclusion</b> .....	<b>73</b>
<b>Annexes</b> .....	<b>75</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>77</b>
<b>1. Dispositions normatives</b> .....	<b>77</b>
a) Textes fondamentaux .....	77
b) Lois .....	77
c) Travaux parlementaires .....	77
d) Autres .....	78
<b>2. Jurisprudence</b> .....	<b>78</b>
a) Cour européenne des Droits de l'homme .....	78
b) Cour de Justice de l'Union européenne.....	79
c) Belgique .....	79
d) États-Unis .....	79
e) Canada.....	79
f) Suisse .....	79
<b>3. Doctrine</b> .....	<b>80</b>
<b>4. Divers</b> .....	<b>84</b>
a) Rapport d'études .....	84
b) Articles de presse .....	84
c) Sitographie .....	85

## INTRODUCTION

Imaginons qu'un candidat, disposant clairement des qualités et compétences requises, postule à l'emploi de ces rêves mais se voit pourtant refusé la place en raison de son sexe. La situation est-elle discriminatoire ? Certainement. Prenons le même cas de figure, mais précisons que le secteur concerné emploie 90 % de personnes du même sexe que le candidat et que le sexe opposé peine à accéder à cette profession à cause de stéréotypes liés au genre. La situation est-elle toujours discriminatoire ? Oui, mais elle est dite « positive »<sup>1</sup>. Quelle est donc la différence entre ces deux hypothèses ? Dans le premier cas, la décision est purement arbitraire. Dans le second, elle a une prétention éthique.

En effet, la société est traversée par de multiples inégalités. Elles sont à ce point ancrées que les autorités publiques ressentent le besoin d'intervenir pour y mettre un terme. Elles estiment que tous ne bénéficient pas des mêmes chances de réussite, en dépit d'une égalité *formelle* d'un point de vue juridique. Il convient alors de déroger à ce principe au nom d'une égalité *matérielle*. Les discriminations positives prennent en compte une caractéristique *a priori* défavorable dans l'optique de reconnaître un droit à ceux qui la possèdent. Il peut s'agir du sexe, de l'âge, de l'ethnicité ou de la race<sup>2</sup>, de l'origine socio-économique, *etc.* En résumé, tout trait qui peut faire l'objet d'une discrimination. Au lieu d'être gommées, les différences deviennent des critères de préférence.

Évidemment, ces actions, certes « positives », engendrent à leur tour des inégalités de traitement. Les opposants à ces mesures avancent diverses raisons pour les contrer. Ils estiment notamment que l'injustice est tout simplement déplacée. Les différences sont mises en exergue et ce faisant, renforcent les clivages existants. Aussi, l'égalité ne peut se créer par la force mais se construit au fur et à mesure. Ils s'interrogent également sur la légitimité de cette politique : comment une société peut-elle être juste en violant ses propres principes fondamentaux ? L'utilité sociale doit-elle l'emporter sur le respect de ces derniers ?<sup>3</sup> Les partisans, quant à eux, disposent d'autant d'arguments pour les justifier. Plus que l'égalité, ils soutiennent que les discriminations positives sont animées par l'équité<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Dans le cadre de cette présente étude, les termes "discrimination positive", "*affirmative action*", "action positive" ou "action affirmative" sont utilisés indifféremment, étant considérés comme des synonymes.

<sup>2</sup> L'expression "race" sera utilisée dans le sens du langage courant, sans égard aux concepts socio-anthropologiques.

<sup>3</sup> A.-G. SLAMA, « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 133-143.

<sup>4</sup> F. STASSE, « Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, p. 126.

Dès lors, tout au long de cette étude, nous tenterons de répondre à la question suivante : quelle légitimité pour les politiques de discriminations positives ? Pour ce faire, dans un premier temps, nous nous pencherons sur les possibles justifications philosophiques des discriminations positives (Chapitre I). Dans un second temps, nous exposerons les circonstances qui ont vu émerger ces politiques. Plus qu'une approche historique, il s'agira de relever les conflits de droit en jeu et d'apprécier les raisonnements juridiques en faveur et en défaveur des affirmatives actions dans la jurisprudence américaine (Chapitre II). Ensuite, nous étudierons les fondements juridiques de ces politiques (Chapitre III) avant de conclure sur l'analyse d'un cas particulier de discrimination positive que sont les quotas de genre dans les conseils d'administration des entreprises (Chapitre IV).

## CHAPITRE I. LES JUSTIFICATIONS DE LA DISCRIMINATION POSITIVE

Dans une acception large, la discrimination positive désigne « l'ensemble des politiques de répartition des biens sociaux – emplois, marchés publics, admissions dans les établissements d'enseignement supérieur à caractère sélectif, droits de propriété foncière, licences d'exploitation, *etc.* – prenant en compte l'appartenance à un groupe désigné afin d'accroître la proportion des membres de ce groupe dans la population de référence, où ledit groupe se trouve statistiquement sous-représenté en partie du fait de la discrimination antérieure et/ou actuelle exercée à son encontre »<sup>5</sup>.

Selon les pays, les formes peuvent varier. Les mesures peuvent viser certaines personnes en particulier (par le biais de quotas par exemple), tout comme, elles peuvent bénéficier à tous (comme les CV anonymes). Elles peuvent concerner la représentation politique, le milieu éducatif, le monde de l'emploi ou toute autre sphère qui en ressent le besoin. Mais en toute hypothèse, leur but consiste à faire disparaître une inégalité sociale.

Ce n'est donc pas un hasard si les actions positives ont vu le jour en Europe dans les années 80, période de remise en question de l'État-Providence<sup>6</sup>, suite aux crises pétrolières, mais aussi de l'arrivée de l'immigration de masse. La société doit s'adapter à de nouvelles contraintes : l'État ne peut plus garantir la sécurité matérielle pour tous, la population est plus hétérogène et fragmentée, mais en même temps, il ne peut pas fermer les yeux sur les inégalités. Il décide donc de sélectionner l'accès à diverses prestations sociales : les autorités viennent en aide à ceux qui en ont le plus besoin et en parallèle, les plus aisés doivent accepter de contribuer à l'instauration d'un équilibre sociale.

Plus que l'égalité, ces politiques de discrimination positive reposent sur l'instauration d'une équité<sup>7</sup>, avec un souci marqué pour la redistribution des richesses et d'égalité des chances. Le fait que certaines inégalités soient profondément ancrées dans la société ne doit pas non plus être négligé. Il y a donc aussi une part de réparation des injustices. Si la catégorie de personnes concernées peut revendiquer un traitement distinct, c'est parce qu'elle a subi

---

<sup>5</sup> D. SABBAGH, « La discrimination positive : une “politique de l'exception” ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], n°20, 2011, p. 98. Disponible sur : <https://traces.revues.org/5073> (consulté le 21 avril 2016).

<sup>6</sup> P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-Providence*, Paris, Seuil, 1995, pp. 92-94.

<sup>7</sup> G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 9.

longtemps des injustices. Il est donc aussi question de donner à tous, les mêmes opportunités de réussite.

Plusieurs théories permettent de légitimer les discriminations positives. Nous tâcherons premièrement de développer les arguments relatifs à la justice distributive, avant de s'attaquer à la justice compensatoire et pour finir, nous évoquerons brièvement l'utilitarisme.

## **Section 1. Rawls : la « Théorie de la Justice » aux origines de la justice distributive**

John Rawls est très souvent cité comme référence en matière de justice distributive. En effet, dans son non moins célèbre ouvrage « Théorie de la justice », il présente une théorie d'optimisation des inégalités. Le principe est de faire en sorte de maximiser le minimum, c'est-à-dire donner plus à ceux qui en ont le moins. Il part du constat que la société comporte inébranlablement des inégalités. Il ne défend pas une position égalitariste où toute différenciation serait exclue, bien au contraire. Rawls entreprend d'optimiser les inégalités<sup>8</sup>. Le principe est de faire en sorte de maximiser le minimum, c'est-à-dire donner plus à ceux qui en ont le moins (principe du *maximin*).

Il adopte une méthodologie qui permet d'envisager une société juste. Il imagine un monde distinct où les inégalités existent bel et bien, mais les individus ignorent leur position sociale. Derrière ce « voile d'ignorance » et en tant qu'être rationnel, chacun voudrait alors s'assurer de la meilleure place et ferait donc en sorte de ne pas léser les plus démunis, puisqu'il risque d'appartenir à cette catégorie. Il évoque donc la justice comme équité<sup>9</sup>.

Dans un premier temps, tous souhaitent avoir les mêmes libertés, les mêmes droits, un égal accès aux fonctions et charges publiques, *etc.* Donc Rawls ne fait pas abstraction de l'égalité en soi. Il fait même primer celle-ci sur le principe du *maximin*. Dans cette société fictive, les inégalités qui ne s'appliquent pas à tous d'une façon identique constituent l'injustice (principe de différence)<sup>10</sup>. Il convient dès lors d'y remédier rapidement : c'est le principe de réparation.

---

<sup>8</sup> B. BRET, « Interpréter les inégalités socio-spatiales à la lumière de la Théorie de la Justice de John Rawls », *Annales de géographie*, 2009/1, n° 665-666, p. 17.

<sup>9</sup> J.-F. SPITZ, « John Rawls et la question de la justice sociale », *Études*, 2011/1, Tome 414, p. 56.

<sup>10</sup> D. SABBAGH, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, 1999, n° 29, p. 189.

Dans un second temps, une fois les libertés fondamentales garanties, tous voudraient avoir accès aux mêmes biens. Ils savent que les richesses ne seront pas réparties de manière égale. Ils établissent alors une hiérarchie entre ces biens. Certains sont prioritaires : ce sont les biens premiers, qui désignent « tout ce qu'on suppose qu'un être rationnel désirera, quels que soient ses autres désirs »<sup>11</sup>. Cette catégorie se distingue ensuite entre les biens premiers naturels et les biens premiers sociaux. Ces derniers, que sont notamment la richesse matérielle, les droits et libertés, les perspectives de vie, sont liés aux conjonctures sociales. Les premiers, quant à eux, sont attribués par la nature et ont trait à la santé ou le talent. Cette distribution-ci se fait de manière aléatoire et crée dès lors des inégalités. Dès lors, nul n'a le droit de garder pour lui seul tous les avantages, qui dépendent de circonstances purement arbitraires. C'est la raison pour laquelle, il est primordial d'avoir des règles équitables pour « réparer autant que faire se peut les inégalités naturelles, répartir les richesses dans le respect du *maximin*, garantir l'égalité des droits, assurer à tous les bases sociales de l'estime de soi »<sup>12</sup>.

C'est par ce raisonnement que Rawls pose les prémices de la justice sociale et par là même des discriminations positives. En effet, celles-ci poursuivent l'objectif de rétablir une égalité en faveur des plus désavantagés, soit des personnes discriminées dans la société pour diverses raisons. En principe, tous les citoyens ont les mêmes droits et toute discrimination est prohibée. Mais il importe que les institutions veillent à servir l'intérêt de tous. En effet, tirer profit de la coopération des autres sans réciprocité créerait une injustice<sup>13</sup>. Ce faisant, certaines différences de traitement sont admises pour justement servir cette idée. Rawls avance notamment que « si ce sont les hommes que favorise l'attribution des droits fondamentaux, cette inégalité n'est justifiée par le principe de différence (dans l'interprétation générale) que si elle avantage les femmes et que si elle est acceptable pour elles. La même restriction vaut pour la justification du système des castes, ou des inégalités raciales et ethniques »<sup>14</sup>. Ce qui renvoie très clairement aux actions positives.

À notre estime, la justice distributive est la théorie qui justifie au mieux les discriminations positives. En effet, à l'instar des principes de Rawls, elles rendent sélectif l'accès à certaines prestations sociales en tenant compte des besoins de chacun<sup>15</sup>. L'utilisation des actions positives se réfère donc explicitement à l'équité. Dans l'optique de cette dernière,

---

<sup>11</sup> J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1971, p. 121.

<sup>12</sup> B. BRET, *op. cit.*, p. 19.

<sup>13</sup> J.-F. SPITZ, *op. cit.*, p. 64.

<sup>14</sup> J. RAWLS, *op. cit.*, p. 129.

<sup>15</sup> G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 3.

les règles fonctionnent à l'avantage de tous, sans l'exclusion d'une partie de la population. Il s'agit d'allier l'intérêt des particuliers à l'intérêt général<sup>16</sup>, dans le respect de la proportionnalité (*infra*).

Aussi, les *affirmatives actions* se basent sur le principe de non-discrimination qui n'est autre qu'une traduction de l'équité (*infra*). Celle-ci cherche un équilibre dans la différence et la singularité. Comme l'exprime Pierre Rosanvallon, dans cette hypothèse, « [l]a différence est dans son cas ce qui lie, et non ce qui sépare. Elle suscite la curiosité, l'envie de découverte, le désir de compréhension d'autrui. L'égalité des singularités, loin de reposer sur le projet d'une 'mêmeté', implique au contraire que chaque individu se manifeste par ce qui lui est propre »<sup>17</sup>. L'identité comme vecteur de l'équité conduit alors à des situations équivalentes et non égales<sup>18</sup>. Dans cet ordre d'idées, l'exemple le plus frappant la différenciation des sexes. Lorsque la femme aspire aux mêmes opportunités que les hommes, elle n'entend pas supprimer ses particularités, mais bien la reconnaissance d'un droit fondée sur celles-ci. À travers la pondération des intérêts, l'équité vise à atteindre un objectif concret, contrairement à l'égalité formelle<sup>19</sup>. De plus, elle établit l'idée de la justice comme une relation sans domination entre les individus, distincte de toute hiérarchie des biens ou de distribution des ressources.

Sen a critiqué et complété les théories de Rawls. Pour lui, plus que les libertés, important les *capabilities* : les individus doivent avoir les mêmes possibilités de réussir leurs objectifs. Au lieu de vouloir égaliser les biens premiers, il préfère égaliser ces *capabilities*. Il considère que ce revirement est déterminant notamment « dans les cas des inégalités liées au sexe, à la situation géographique et à la classe sociale et aussi à des différences générales dans les traits "hérités" »<sup>20</sup>.

De fait, un argument fréquemment opposé aux discriminations positives est la notion de « mérite ». L'on avance que les compétences doivent toujours primer<sup>21</sup>, qu'il faut mettre en

---

<sup>16</sup> F. MERTENS DE WILMARS, « La parité au regard de l'équité. Proposition pour une nouvelle lecture du principe d'égalité », *R.B.D.C.*, 2014/2, p. 213.

<sup>17</sup> P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011, p. 359.

<sup>18</sup> F. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 213.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> A. SEN, *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 1999, p. 27.

<sup>21</sup> Voy. L'intervention de Zuhail Demir dans Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/004, p. 13.

compétition les différents individus afin de ne pas créer des injustices ou que l'examen objectif d'une candidature pour un emploi ou autre doit se baser sur les « mérites » du postulant, *etc.* On parle de mettre en compétition des gens qui ne partent clairement pas avec les mêmes chances. Une compétition où la ligne de départ n'est pas la même pour tous, selon son sexe, son ethnie ou classe socio-économique. Cette notion de « mérite » a une très grande importance dans nos sociétés alors même qu'elle est incertaine. Le concept est confus et peu savent le définir.

Sen démontre que le mérite dépend de la façon dont nous concevons une société juste et les critères que nous utilisons pour évaluer l'échec ou la réussite<sup>22</sup>. Or, cette dernière résulte de différents facteurs comme les attributs naturels ou génétiques (« *personification and genetics* »), du prix que l'on reconnaît à une performance (« *deserts and entitlements* ») ou de l'indépendance de la distribution des ressources (« *distribution independance* »). Un système basé sur le mérite pourrait créer des inégalités, selon les objectifs poursuivis et les critères de définition appliqués. *De facto*, l'exclusion d'une inégalité fondamentale renforcerait les normes asymétriques dominantes de la société. C'est pourquoi il convient de fournir une égalité de chances et d'opportunités à tous, tenant compte des besoins de chacun et excluant l'usage du mérite comme un « impératif catégorique »<sup>23</sup>.

Pour toutes ces raisons, la présente contribution adoptera un point de vue axé sur la justice distributive. Toutefois, la référence à la théorie de la justice de Rawls et la redistribution des biens font défaut à justifier pleinement les discriminations positives. Ce qui nous amène à la seconde théorie de justification des discriminations positives.

## Section 2. La justice compensatoire

En outre de la redistribution, les discriminations positives comportent également une dimension de réparation des injustices commises par le passé. Dans l'approche de Rawls, tout semble se passer à un moment *t* et les individus cachés derrière le voile de l'ignorance ne peuvent raisonnablement connaître les discriminations exercées par le passé<sup>24</sup>. Or, si les Noirs américains ou les femmes peuvent exiger des traitements distincts (*infra*), c'est en raison des discriminations structurelles qu'a subies la « catégorie » sociale dont ils font partie.

---

<sup>22</sup> A. SEN, « Merit and Justice », in K.J. ARROW *et al.*, *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pp. 5-16.

<sup>23</sup> A. SEN, *Repenser l'inégalité*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>24</sup> D. SABBAGH, « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *op. cit.*, p. 180.

Cette approche est souvent contestée dans le sens où la « catégorisation » de la société pose question. Peut-on qualifier les femmes - qui composent la moitié de l'humanité - comme telles ?<sup>25</sup> Existe-t-il un intérêt commun à *toutes* les femmes ? Ne risque-t-on pas de ségréguer davantage la société et renforcer le communautarisme ? Par ailleurs, la délimitation des victimes est loin d'être aisée. À quel moment une persécution devient historique ? Aussi, certains redoutent que les discriminations positives n'ouvrent alors une « “boîte de Pandore” des revendications particularistes »<sup>26</sup>.

Une crainte de stigmatisation est également présente chez les bénéficiaires de ces actions positives. Lors des débats sur les quotas électoraux, la philosophe Élisabeth Badinter déblatèrait : « sommes-nous à ce point handicapées qu'il faille nous imposer par la contrainte constitutionnelle ? Et si cela devait arriver, comment jamais être sûres que nous sommes à tel ou tel poste par l'effet de nos compétences ou par la force des quotas ? [...] La discrimination n'est jamais positive et finit toujours par se retourner contre la personne discriminée »<sup>27</sup>.

En outre, se pose la question de l'attribution de la responsabilité des actes injustes commis par le passé. Pourquoi la génération présente devrait répondre des faits de leurs ancêtres ? En leur faisant porter ces charges, ne crée-t-on pas une nouvelle injustice ? Pour cette dernière raison en particulier, la CJUE ainsi la plupart des juridictions nationales voient cette approche d'un œil suspicieux. D'où l'établissement de différentes balises de délimitation des actions positives en droit (*infra*).

En dépit de ces différentes interrogations, cette approche marque de son importance pour rendre compte des discriminations structurelles qui sont à ce point ancrées dans la société que l'intervention publique devient nécessaire. Nous aurons l'occasion de développer cette prétention lors des examens des *affirmatives actions* en faveur des femmes<sup>28</sup> ainsi que des minorités raciales<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> L. BERENI et E. LÉPINARD, « Les femmes ne sont pas une catégorie » les stratégies de légitimation de la parité en France », *Rev. fr. sc. pol.*, 2004/1, Vol. 54, p. 82.

<sup>26</sup> E. BADINTER, « Non aux quotas de femmes », *Le Monde*, 12 juin 1996.

<sup>27</sup> *Ibid.*, également cité par I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 2002, n° 2, p. 154.

<sup>28</sup> C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994.

<sup>29</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

### Section 3. L'utilitarisme<sup>30</sup>

Parmi les nombreuses justifications des actions positives, l'on avance fréquemment les bénéfices que la société pourrait tirer. Pour l'intégration des minorités ethniques dans les universités, la tendance est plaider l'avantage de la diversité pour la créativité dans les universités<sup>31</sup>. Quant à la place des femmes dans le monde de l'entreprise, pléthore d'études se vouent à démontrer leur « meilleure performance », leur « excellence organisationnelle » ou le « potentiel économique majeur » qu'elles représentent.

Pour notre part, nous désapprouvons une telle approche. Car si les contingences économiques peuvent légitimer l'égalité, *a contrario*, elles pourraient aussi l'invalider. En tout état de cause, selon la théorie rawlsienne à laquelle nous nous rattachons davantage, le juste ne doit pas l'emporter sur l'efficace.

---

<sup>30</sup> S. BENETULLIÈRE, « Justice sociale et espace public : l'exemple de l'affirmative action », *R.F.D.C.*, 2007/1, n° 69, p. 62.

<sup>31</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*



## CHAPITRE II. UNE ORIGINE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

Dans un pays encore ancré dans la ségrégation raciale, la lutte juridique contre la discrimination a vu le jour dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis (section 1) dans les années 70, suite au *Civil rights movement*. Si assez rapidement la Cour a admis l'existence des *affirmatives actions*, le débat ne reste pas pour autant d'actualité (section 2).

### Section 1. L'arrêt *Regents of the University of California v. Bakke* (1978)

L'arrêt *Regents of the University of California v. Bakke*<sup>32</sup> est un des arrêts précurseurs dans le domaine de la discrimination positive. Sa portée est non-négligeable dans l'ordre juridique américain, puisqu'il amène les premières précisions sur les conditions d'autorisation des *affirmatives actions* dans le cadre des examens d'entrée dans les universités. Cet arrêt assez complexe a, depuis le départ, partagé tant la société civile que les juges eux-mêmes. D'un pas fébrile et ambigu, il marque l'entrée en scène des discriminations positives dans le milieu universitaire<sup>33</sup> américain. Il importe donc d'examiner de plus près cet arrêt. Après une brève description des faits (§1), nous exposerons les arguments avancés par la Cour (§2) que nous tâcherons d'analyser dans un second temps (§3).

#### § 1<sup>er</sup>. Les faits

Allan Bakke, jeune homme blanc de 37 ans, est recalé à l'examen d'entrée de la faculté de médecine de l'*University of California, Davis* (UC Davis), en dépit de meilleurs résultats que certains candidats acceptés<sup>34</sup>. De fait, l'UC Davis pratiquait une sélection des candidats sur base de deux examens distincts : l'un pour les étudiants blancs et l'autre, moins sévère et spécialement élaboré pour les étudiants issus des minorités ethniques (les Noirs, les Hispaniques, les Amérindiens et les Asiatiques). De plus, 16 places sur 100 leur étaient spécifiquement attribuées. M. Bakke estime que cette procédure de sélection est une pratique discriminatoire qui va à l'encontre du *Civil Right Act* de 1964 ainsi que du XIV<sup>e</sup> Amendement

---

<sup>32</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*

<sup>33</sup> D. SABBAGH, « Une convergence problématique. Les stratégies de légitimation de la « discrimination positive » dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *Politix* 2006/1, n° 73, pp. 214-216.

<sup>34</sup> E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la cour suprême des Etats-Unis*, Paris, P.U.F., 2000, p. 917-918.

à la Constitution des États-Unis<sup>35</sup>. Devant le tribunal de première instance, il invoque une violation de son droit à une « égale protection des lois » pour contester le refus d'admission. Demande à laquelle le plaignant obtient droit. En appel, la Cour suprême de Californie poursuit dans le même sens. L'affaire atterrit, alors, devant la Cour suprême des États-Unis.

## § 2. La décision de la Cour suprême

L'enjeu de l'arrêt se noue autour de la question suivante : la modalité de discrimination positive, telle qu'instaurée par l'UC Davis, en faveur des étudiants issus des minorités ethniques viole-t-elle le principe constitutionnel d'égalité ? Dès le départ, l'affaire divise les juges. Quatre d'entre eux s'opposent à cette *affirmative action* au nom de l'interdiction de toute discrimination en vertu du *Civil Right Act* de 1964. En revanche, quatre autres juges se prononcent en faveur de la mesure en ce qu'elle vise un objectif bienveillant (*benign purpose*)<sup>36</sup>. C'est au dernier juge en place, le Justice Powell de trancher la cause. Il se positionne en défaveur de la mesure de discrimination positive. Le principal raisonnement de l'affaire se trouve, dès lors, dans l'opinion personnelle du juge Powell.

Selon ce dernier, la Constitution fédérale n'interdit aucunement les classifications basées sur la race ou la couleur de peau. Cependant, elle prohibe l'établissement de quotas rigides comme ceux mis en place par l'UC Davis. Afin de renforcer son raisonnement, le juge et par la suite la Cour se réfèrent à une jurisprudence antérieure, l'arrêt *Korematsu*. Dans cette dernière affaire, la Haute juridiction a déclaré que « toutes les dispositions légales qui restreignent les droits civils d'un seul groupe racial sont immédiatement suspectes. Ceci ne signifie pas que toutes les restrictions de ce type soient inconstitutionnelles. Ceci signifie que les juridictions doivent les soumettre au contrôle le plus sévère, arrêt *Korematsu*, 323 U.S., p. 216 »<sup>37</sup>.

Si la classification n'est pas en soi prohibée, il convient toutefois à l'Université de démontrer l'intérêt public en jeu et son importance. En outre, elle doit prouver la nécessité de cette classification pour atteindre raisonnablement l'objectif visé. L'UC Davis invoque alors

---

<sup>35</sup> XIV<sup>e</sup> Amendement à la Constitution américaine, section 1 : « [...] *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; [...] nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* » (souligné par nous).

<sup>36</sup> En droit américain, afin d'examiner le caractère discriminatoire d'un acte, les juges ont traditionnellement égard à l'intention bienveillante ou malveillante de l'auteur. Voy. G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 21 et s.

<sup>37</sup> Traduction de l'arrêt SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke* par E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 923.

quatre objectifs que la Cour s'attelle à analyser<sup>38</sup>. Premièrement, l'Université vise à combler la pénurie de médecins issus des minorités. Ensuite, par cette méthode, l'Université souhaite réduire une part de discrimination sociétale existante. Troisièmement, elle entend accroître le nombre de médecins dans les communautés sous-médicalisées. Pour finir, elle a pour but de tirer profit de la diversité de ses étudiants.

En ce qui concerne le premier objectif, la Cour juge indéniablement qu'il est inconstitutionnel d'accorder une préférence à une personne en fonction de sa race<sup>39</sup>. Cette pratique est clairement discriminatoire. Puis, elle considère que si l'objectif de diminution de la discrimination sociétale est louable et important, il n'est pas pour autant nécessaire de désavantager d'autres catégories de la population. Par rapport à l'argument d'objectif sanitaire, la Cour relève l'absence de corrélation entre l'accès des minorités aux études de médecine et le soin apporté aux communautés sous-médicalisées. En effet, rien ne prouve que ces étudiants soient plus enclins à soigner les populations défavorisées à l'inverse des étudiants blancs. Il existerait d'autres moyens moins attentatoires aux libertés constitutionnelles pour atteindre cet objectif. Enfin, elle reconnaît que les universités ont une grande marge de manœuvre quant à l'admission des étudiants. Néanmoins, en aucun cas, la procédure de sélection ne peut être anticonstitutionnelle.

La Cour concède que la diversité de ses membres rend l'université plus propice à la création et à l'expérimentation. Mais elle doute que la classification raciale soit le moyen le plus pertinent pour atteindre ce but<sup>40</sup>. Le système de quotas fixes ainsi que le double concours seraient plutôt un frein à la diversité. Elle reprend l'exemple de l'Université de Harvard qui parvient à assurer une multiculturalité à travers une sélection sur base de dossier : la race ou l'ethnie du candidat constitue simplement un argument en sa faveur, tout comme le seraient l'origine géographique ou un loisir particulier. Elle rappelle que le principe d'égalité constitutionnelle n'est pas un droit absolu. Mais en l'absence de preuve de la nécessité de la mesure pour l'accomplissement d'un objectif d'intérêt public, la Cour suprême conclut à la violation du XIV<sup>e</sup> Amendement.

---

<sup>38</sup> E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 933.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 934.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 934-935.

### § 3. Commentaires de l'arrêt : les quotas fixes sont-ils réellement injustes ?

Malgré une décision en faveur du défendeur Bakke, cet arrêt est important puisqu'il ouvre la voie aux discriminations positives. Assez timidement, la Cour reconnaît la légitimité de ce type d'acte mais elle condamne formellement la rigidité des quotas fixes. Le juge Powell insiste amplement sur l'importance d'un examen unique qui mettrait en concurrence l'ensemble des candidats. Autrement dit, l'identité raciale ne peut constituer qu'un critère parmi d'autres dont les autorités d'admission peuvent tenir compte. Mais en aucun cas, leur décision de sélection ou de rejet d'un candidat ne peut se fonder sur le facteur racial uniquement. Si certains ont félicité le juge Powell d'avoir rendu une décision « salomonique », d'autres n'ont guère hésité à le fustiger et relever l'hypocrisie de son raisonnement. Afin d'appréhender au mieux les différents enjeux de l'arrêt, il convient de se pencher première sur les considérations d'ordre sociologique (A) avant d'examiner les arguments juridiques (B).

#### *A. D'un point de vue sociologique*

Tout d'abord, il convient de préciser que plusieurs universités se sont jointes à l'affaire en vue d'une révision de la décision de la Cour suprême de Californie. Elles ont présenté leur avis sur la nécessité d'appliquer des critères explicitement raciaux. À défaut desquels, elles s'estiment « incapables de respecter ce qu'elles appellent leurs responsabilités vis-à-vis de la nation »<sup>41</sup>. Conscientes du clivage existant, elles considèrent qu'il faut agir rapidement et qu'aucun changement n'aura lieu si les professions lucratives et libérales restent entre les mains de la classe dominante. C'est donc en pleine connaissance de cause et volontairement qu'elles ont eu recours aux quotas fixes.

L'UC Davis avait fait valoir que sa mesure d'*affirmative action* entend notamment remédier à la sous-médicalisation de certaines communautés<sup>42</sup>. Mais le juge Powell rejette ce moyen. Selon lui, rien ne laisse supposer qu'une communauté serait davantage animée par la volonté de venir à l'aide des plus nécessiteux contrairement à l'autre. Si ce raisonnement est très louable et politiquement correct, il est quelque peu réducteur. Précisons qu'à l'époque,

---

<sup>41</sup> R. DWORKIN, *Une question de principe*, Paris, P.U.F., 1996, p. 368.

<sup>42</sup> Même si la politique de l'UC Davis s'adresse à d'autres minorités comme les Amérindiens, les *Chicanos* ou Asiatiques, la communauté noire était principalement concernée, étant la minorité la plus importante en terme de nombre. Aussi, les études et statistiques de l'époque sur ces autres communautés sont pratiquement inexistantes. Ce sont les raisons qui nous ont amenée à nous focaliser uniquement sur le cas des Noirs dans le cadre de ce commentaire.

seuls 2,1 % des médecins sont noirs<sup>43</sup> et que les Afro-américains sont effectivement mal soignés<sup>44</sup>, sans doute faute de moyens financiers suffisants mais aussi de défiance réciproque entre les communautés. Nous nous retrouvons donc face à un cercle vicieux : l'absence de praticiens auxquels se fier « tend à exacerber, plutôt qu'à affaiblir, le ressentiment qui les conduit à ne faire confiance qu'aux membres de leur communauté »<sup>45</sup>. Il ne faut pas se méprendre : le but n'est ni de perpétuer la ségrégation raciale, ni de former des médecins noirs pour des Noirs. Il s'agit de créer des modèles de référence pour les jeunes de couleur et de favoriser la mixité entre les différentes communautés dans le milieu médical. Ce qui permettrait d'affaiblir cette méfiance mutuelle.

À ce niveau du raisonnement, la décision du Juge Powell semble encore cohérente : il ne condamne pas les *affirmatives actions* en soi mais simplement les quotas fixes. Or, si l'on se tient à l'objectif d'accroissement rapide des minorités historiques dans les universités, il est difficilement plausible d'agir autrement.

En effet, lors de son plaidoyer, l'avocat de l'Université de Californie, Archibald Cox<sup>46</sup> tente de démontrer la nécessité de ces quotas. Dans sa requête, il avance que l'arrêt de la Cour de Californie peut être interprété de deux façons. Certes, la juridiction prohibe l'utilisation de la race comme critère de sélection. Mais elle incite également les établissements d'enseignement supérieur à poursuivre la politique d'augmentation des Noirs en faculté de médecine. Archibald Cox affirme que même en utilisant des critères neutres racialement parlant (comme la pauvreté), les universités échoueraient à relever ce défi. Dans la mesure où la plupart des Noirs sont issus non seulement de milieux défavorisés mais aussi, d'écoles d'un niveau moins élevé, ils obtiendraient d'emblée des résultats plus faibles. Dès lors, il est intenable de faire abstraction du critère racial si l'on souhaite en parallèle créer des campus plus diversifiés.

Le politologue Daniel Sabbagh est parvenu à un constat identique quelques décennies plus tard. Il était nécessaire d'avoir recours à une action imminente pour parfaire un objectif d'intérêt public primordial. Sans quotas fixes, il faudra attendre au minimum une génération afin que le nombre d'étudiants noirs ne soit plus dérisoire. Selon lui, le *Justice Powell* et les opposants aux quotas fixes éludent le caractère exceptionnel<sup>47</sup> qui est intrinsèque à toute

---

<sup>43</sup> Chiffre cité par R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 375.

<sup>44</sup> R. DWORKIN, *ibid.*, p. 369.

<sup>45</sup> *Ibidem.*

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 374.

<sup>47</sup> D. SABBAGH, « La discrimination positive : une “politique de l'exception” ? », *op. cit.*, p. 98.

discrimination positive. Elle n'a pas vocation à perdurer dans le temps. À l'instar des mesures d'urgence en temps de crise, elle a pour durée la période nécessaire à l'éradication de l'inégalité dans la société et doit disparaître lorsque le but est atteint.

### ***B. D'un point de vue juridique***

Pour rappel, tout en étant favorable aux *affirmatives actions*, la Cour considère que le programme de diversification des étudiants mis en place par l'Université de Harvard remplissait les critères de constitutionnalité et était conforme au XIV<sup>e</sup> Amendement. En effet, par opposition aux quotas rigides, le raisonnement du juge Powell s'attarde à démontrer tant bien que mal la bienveillance du système flexible qui permettrait *raisonnablement* d'atteindre l'objectif de diversification. Cette mesure serait moins problématique et moins attentatoire aux droits d'autrui. Afin d'asseoir son point de vue, il mentionne divers points faibles des quotas sur lesquels il convient de se pencher.

#### *1. LES LIMITES DES PROGRAMMES DE DISCRIMINATION POSITIVE*

Les juges de la Cour suprême relèvent une critique récurrente aux *actions affirmatives*. Ils s'interrogent sur les limites de ces mesures et redoutent une démultiplication des revendications des autres minorités ethniques. Accorder des privilèges à une communauté ne reviendrait-il pas à reconnaître les mêmes avantages aux autres ? Il s'agit en réalité du véritable défi de la Cour qu'elle a été incapable de relever. Ou plutôt, elle a évité de se lancer dans la classification des diverses « victimes » d'injustice sociale et de rendre ainsi une décision d'ordre politique<sup>48</sup>.

Pour le théoricien du droit, Ronald Dworkin, ce questionnement relève avant tout d'une mauvaise interprétation de la problématique. Il soutient en effet que « les programmes ne se fondent pas sur l'idée que les personnes aidées ont droit à une aide, mais seulement sur une hypothèse d'ordre pragmatique : aider ces personnes est [...] une manière efficace de combattre un problème qui se pose à l'échelle nationale »<sup>49</sup>.

Le Professeur Guido Calabresi<sup>50</sup> de l'Université d'Yale, quant à lui, ira même plus loin dans le raisonnement. Il plaide ouvertement en faveur d'une distinction de traitement entre certaines minorités historiques et d'autres qui se sont créées par la suite. Il soutient qu'en raison de l'histoire et du passé esclavagiste, les Noirs américains et les Amérindiens ont

---

<sup>48</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*, Paris, Éd. Economica, 2003, p. 231.

<sup>49</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 372.

<sup>50</sup> G. CALABRESI, « Bakke as Pseudo-Tragedy », *Catholic University law review*, vol. 28, 1979, pp. 427-444.

droit à des privilèges particuliers. Contrairement aux minorités plus récentes, ils peuvent revendiquer une action de classe en raison des injustices commises par la catégorie dominante toute entière, sans que l'on puisse en incomber la responsabilité à un individu en particulier. Selon son opinion, cette différenciation de traitement entre les minorités n'est nullement préjudiciable. Car si Noirs et Amérindiens ont droit à une action de classe et à des mesures particulières de discrimination positive, les autres gardent la possibilité d'agir individuellement. Elles ne sont donc pas moins protégées d'un point de vue juridique. Il n'y a donc pas d'inégalité injustifiée.

Il n'empêche qu'à première vue, ce type d'action conduit néanmoins à des différences de traitement par rapport à d'autres individus tels qu'Allan Bakke, appartenant à la classe dominante. Reynold H. Colvin, avocat de la partie défenderesse, soutient ardemment la violation des droits fondamentaux de son client. Mais pour autant, le principe d'égalité est-il un droit à ce point fondamental qu'il est impossible d'y déroger (*infra*) ? À en croire Colvin et l'interprétation stricte qu'il en donne, les discriminations positives violent sans hésitation la Constitution. Ses critiques ne se dirigent pas tant contre les quotas mais contre les *affirmatives actions* en soi. Du début à la fin du procès, il défend que son client a droit à ne pas être discriminé, indépendamment des avantages que la société globale peut en tirer. En réalité, rien n'interdit les *affirmatives actions* et la Cour l'admet elle-même. À l'instar de Calabresi, plusieurs juges de la Cour suprême ont fait valoir que « l'égalité de traitement de certains individus exige qu'ils soient d'abord traités de manière différente ». Ce principe récurrent en droit se retrouve comme justificatif de la progressivité de l'impôt. En effet, les lois fiscales établissent la possibilité à chacun de payer un impôt en fonction de ses moyens. Un traitement distinct ne conduit donc pas forcément à une inégalité sociale, contrairement à ce que la partie défenderesse a plaidé. À vrai dire, la question de la légitimité de la mesure ne se pose pas sur le plan juridique mais sur le plan symbolique et moral : Bakke doit-il répondre individuellement d'une inégalité sociale dont il n'est guère responsable ?<sup>51</sup>

Le Juge Powell admet l'incapacité de la Cour à classer les différentes victimes, en qualifiant la race de critère de distinction « suspect » qui nécessite un contrôle plus conséquent (*supra*). De prime abord, d'aucuns<sup>52</sup> pointent le paradoxe de cet argument. En effet, ce critère racial est à l'origine de l'exclusion des citoyens en cause dans les programmes d'admission.

---

<sup>51</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 370.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

D'un point de vue moins pragmatique, le constat de Powell<sup>53</sup> est d'autant plus surprenant qu'il contrevient à un concept longtemps mis en œuvre par la Cour suprême : l'interprétation protectrice des « minorités discrètes et isolées » (*discrete and insular minorities*) de la clause d'égalité de protection des lois. Rencontrée pour la première fois dans une note de bas de page de l'arrêt *Carolene Products*<sup>54</sup> et développée par le constitutionnaliste John Hart Ely<sup>55</sup>, cette théorie concerne la méthode d'analyse des différences de traitement à l'égard des minorités dites « discrètes et isolées » en politique. À savoir, sont 'suspectes' « les distinctions qui épousent les contours d'un rapport de forces par trop inégal (la catégorie désavantagée n'étant pas apte à défendre ses intérêts sur le marché politique) et dont on peut présumer qu'elles sont l'aboutissement d'un processus de prise de décision qui n'a pas été loyal, objectif et réfléchi »<sup>56</sup>. Autrement dit, selon Ely<sup>57</sup>, il existerait des « minorités isolées et distinctement identifiables » (comme les Noirs *i.e.*) dont les systèmes administratif et politique ne peuvent assurer la représentativité. Jamais aucune coalition à la majorité ne leur a été possible en raison d'une hostilité générale. Dès lors, la situation se présente comme un blocage permanent et les intérêts des uns et des autres ne parviennent jamais à se rejoindre. Afin de sortir de cette impasse, il convient de reconnaître que la société est loin d'être un ensemble homogène. Il devient, ensuite, nécessaire d'assurer la protection de la minorité non représentée par le système. C'est à ce moment précis qu'intervient la Cour suprême. En guise de gardienne de valeurs de justice et d'équité, elle est tenue d'examiner si la population minoritaire n'est pas opprimée par la majorité. Or, lorsqu'une décision émane directement de la volonté du plus grand nombre *en faveur* de la frange minoritaire, nous pouvons légitimement présumer la constitutionnalité de la mesure, puisque la majorité se sera chargée d'évaluer ses propres avantages et ses inconvénients<sup>58</sup>.

*Mutatis mutandis*, nous pouvons transposer le raisonnement d'Ely aux programmes d'admission des universités. En effet, dans cette hypothèse, le jury est composé de la classe dominante et la mesure vise à venir en aide aux groupements minoritaires. C'est donc en tenant compte de cette doctrine « *Carolene Products* » que les quatre juges favorables au

---

<sup>53</sup> L. POWELL, « *Carolene Products revisited* », *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982.

<sup>54</sup> SCOTUS, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938). La référence aux « minorités discrètes et isolées » se trouve dans la quatrième note de bas de page de cet arrêt.

<sup>55</sup> J. H. ELY, *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.

<sup>56</sup> G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 289.

<sup>57</sup> J. H. ELY, *op. cit.*, pp. 77-82.

<sup>58</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit...*, *op. cit.*, pp. 233-243.

programme d'admission de l'UC Davis ont établi le « *benign purpose* » (supra) du critère racial, dans ce contexte.

Néanmoins, le Juge Powell rejette complètement ce point de vue, sous prétexte de l'hétérogénéité intrinsèque de la majorité blanche (composée de descendants des Anglais, Italiens, Irlandais, *etc.*). Selon cette optique, il n'existe aucune solution médiane entre une situation de discrimination et un risque de prolifération des régimes dérogatoires pour diverses ethnies. Il estime qu'en raison des fluctuations sociologiques (« les concepts de 'majorité' et 'minorité' sont nécessairement le reflet d'arrangements temporaires et de jugements politiques »<sup>59</sup>), le pouvoir judiciaire ne peut apprécier les rapports de force existants dans la société de façon durable. Ce rôle reviendrait au pouvoir législateur qui n'aurait pas à remplir une obligation d'impartialité. Quant à la Cour, elle doit simplement se limiter à appliquer d'une manière neutre et objective la Constitution. L'unique façon de remplir ce devoir serait de rejeter d'emblée les classifications raciales.

À travers ce raisonnement, le juge pointe une caractéristique matérielle des discriminations positives : elles sont politiques et exceptionnelles. La doctrine *Carolene Products* permettait quelque de dépasser ces impasses. Il n'est pas question de renier les faiblesses ou qualités propres aux *affirmatives actions*. Le véritable débat concerne plutôt la fonction du juge constitutionnel. Contrairement au juge européen et depuis les premières lignes de l'arrêt *Marbury c. Madison*, les *Justices* de la Cour suprême ont toujours accompli un rôle politique<sup>60</sup>. Ils ont toujours eu un rôle créateur à travers les interprétations qu'ils donnent à la Constitution. Le contentieux des discriminations positives confronte justement le judiciaire à un débat d'ordre politique et l'appelle à « fixer le contenu d'une éthique ». Dès lors, la technique juridique ou le « subterfuge »<sup>61</sup> mis en place par le juge Powell est assez critiquable puisqu'il élude une des questions principales de l'affaire.

## 2. LA RACE, UN FACTEUR DE DIVERSITÉ COMME UN AUTRE ?

D'après la décision de la Cour, la race doit être considérée comme un critère de sélection parmi d'autres (*supra*). Il importe de mettre en concurrence les différents candidats pour choisir les plus « méritants ». Lewis Powell et beaucoup d'autres considèrent les examens d'entrée comme une méthode objective de sélection des étudiants. Dans cette optique, les meilleurs scores seraient un indice (parmi d'autres) du mérite du candidat à

---

<sup>59</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*, p. 295, cité par G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 327.

<sup>60</sup> M. VERDUSSEN, *La justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 26-32.

<sup>61</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, p. 427.

obtenir sa place. Or, à notre sens, cet argument est trompeur et reflète une vision biaisée de la société. Qu'est-ce qui permet d'affirmer que les étudiants qui ont un meilleur score à ce test, feront de meilleurs médecins que ceux qui auraient échoué à une ou deux questions ? Pour reprendre l'exemple donné par Dworkin, « *il n'existe aucune combinaison de capacités, de talents et de caractéristiques personnelles qui puisse définir abstraitement 'la valeur' d'un individu ; si l'habileté manuelle est considérée comme un mérite chez un futur chirurgien, c'est uniquement parce que son habileté lui permettra d'offrir de meilleurs services au public ; si le fait d'avoir la peau noire permet malheureusement à un médecin de prodiguer d'autres types de soins médicaux avec plus d'efficacité, alors le fait d'avoir la peau noire doit également être considéré comme un 'mérite' »*<sup>62</sup>. Autrement dit, la définition du « mérite » doit être relativisée en fonction de l'objectif à atteindre. Les résultats de l'examen ne permettent pas forcément le facteur le plus important, ni le plus impartial.

Le Juge Powell penche davantage vers un système qui tend à favoriser la « diversité culturelle », et non plus uniquement la race. Ce raisonnement comporte quelques avantages<sup>63</sup>. En effet, la logique de « réparation », les difficultés liées à l'identification et les calculs de l'étendue des dommages sont aisément évités. De plus, la diversité est multiple et toujours redéfinissable et n'a pas à être temporaire, à l'inverse de la sélection ethno-raciale qui a vocation à être exceptionnelle<sup>64</sup> (*supra*).

En parallèle, l'application de ce critère n'est guère dénuée de désavantages. En premier lieu, la diversité comme seule critère n'est acceptable que dans certaines hypothèses. À savoir, Powell rejette en bloc toute classification raciale, qu'elle soit « bénigne » ou « maligne »<sup>65</sup>, contre l'avis des juges Brennan, White, Marshall et Blackmun. Selon lui, le caractère stigmatisant ou non de la prise en compte de la race n'est pas pertinent d'un point de vue constitutionnel. Or, le système flexible tant vanté par Powell a également recours à ce type d'appréciation. C'est ainsi qu'une limitation des étudiants asiatiques ou juifs considérés comme surreprésentés dans l'université ne serait certainement pas approuvée par le juge<sup>66</sup>. En rejetant sans hésitation l'examen de la nature stigmatisante ou inclusive du programme, il retire en réalité une limite nécessaire aux types de politiques qu'il souhaite appliquer<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 374.

<sup>63</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit...*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>64</sup> D. SABBAGH, « La discrimination positive : une "politique de l'exception" ? », *op. cit.*, p. 98.

<sup>65</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*, pp. 387-402.

<sup>66</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 392.

<sup>67</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit...*, *op. cit.*, p. 244-245.

En second lieu, D. Sabbagh<sup>68</sup> ajoute que « l'absence de toute entreprise de vérification de l'existence d'une corrélation effective entre la diversité ethno-raciale de la population étudiante et de la diversité des opinions exprimées par ses membres mérite également d'être soulignée »<sup>69</sup>. Il soutient que la particularité de l'étudiant doit être en lien avec le domaine étudié et que l'« interprétation subjective » n'a pas le même poids pour toutes les études. Nous ne pouvons que difficilement rejoindre l'avis du Juge Powell, si l'on estime que le but premier de ces *affirmatives actions* est avant tout de permettre à la population marginalisée de sortir de sa condition sociale et d'accéder à d'autres types de profession. Il s'agit donc d'une nouvelle incohérence dans l'utilisation de la diversité comme critère de sélection.

Une troisième critique concerne l'opposition naturelle qui existe entre la promotion de la diversité et la représentation proportionnelle de la population. En tenant compte uniquement de la diversité, il est fait abstraction des divergences de l'importance culturelle de l'éducation. Toutes les cultures ne considèrent pas la réussite scolaire comme synonyme de la réussite sociale<sup>70</sup>. Selon le milieu d'où l'étudiant vient, il n'aura pas à franchir les mêmes barrières. L'unique façon de donner sa chance à ce type d'étudiant est de tenir compte du critère ethno-raciale, sans se voiler derrière la notion fourre-tout de diversité.

Et enfin, la dernière objection concerne la notion de « discrimination statistique » qui désigne le rejet d'« un individu en raison de défauts qu'on lui prête parce que les membres de son groupe d'appartenance sont supposés – à tort ou à raison – avoir souvent ces défauts »<sup>71</sup>. En principe, la prise en compte de la race est une présomption d'invalidité dans la jurisprudence antérieure de la Cour. Peu importe le degré de fonctionnalité de ce type de discrimination, en tout état de cause, elle est interdite. Or, Powell avance qu'elle pourrait être un attribut dont les jurys d'admission pourront directement tenir compte. Autrement dit, il y aurait une mise en relation directe entre la race et la diversité. Ce postulat en soi n'est pas condamné par la Cour. Mais c'est bien le caractère trop général de la prétention qui fait l'objet des critiques<sup>72</sup> de la Cour.

En résumé, la diversité comme facteur de sélection ne reflète pas la réalité de terrain et ne remplit pas l'objectif initial visé. Mais cette nouvelle approche de la jurisprudence, promue par le Juge Powell, est également en désaccord avec la prohibition de la discrimination

---

<sup>68</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit...*, *op. cit.*, p. 247.

<sup>69</sup> *Ibidem.*

<sup>70</sup> *Ibidem.*

<sup>71</sup> M. PARODI, « De la discrimination statistique à la discrimination positive. Remarques sur l'inférence probabiliste », *Revue de l'OFCE*, vol. 112, n° 1, 2010, p. 63.

<sup>72</sup> D. SABBAGH, *L'égalité par le droit...*, *op. cit.*, p. 251.

statistique. Sans doute, souhaite-t-il en pleine connaissance de cause, initier une rupture avec les *precedents*. En tentant de minimiser l'utilisation directe du critère ethno-racial, la Cour rend un arrêt bien plus politique qu'à première vue. Paradoxalement, le rejet de l'examen du *benign* ou *malign purposes* et la volonté d'introduire un facteur plus général seraient probablement dus à une volonté d'éviter la *stigmatisation* des populations bénéficiaires de ces programmes<sup>73</sup>.

### 3. LA QUESTION DE LA LÉGALITÉ DE L'OBJECTIF CHIFFRÉ

Powell insiste sur la différence entre les modèles de quotas fixes et le modèle flexible incarné par l'université de Harvard. Mais sont-ils réellement différents ? La distinction se situe surtout sur les plans symbolique et administratif<sup>74</sup>.

Ce comportement traduit une méconnaissance de la façon dont procèdent les universités<sup>75</sup>. À vrai dire, la plupart des universités fonctionnent avec une méthode qui se situe entre les deux modèles. En pratique, les jurys d'admission ont tendance à se fixer un pourcentage approximatif à atteindre qui fluctue selon les années. En outre, le fonctionnement effectif des programmes d'*affirmative action* « flexibles » que le juge Powell tient pour constitutionnellement acceptables, ne correspond pas, en fait, à la description qu'il en donne.

Dans les universités comme Harvard, plusieurs critères de sélection sont examinés par le jury. Mais la race ou l'ethnie est la seule à être révisée par la suite. En fonction du pourcentage visé, il procède systématiquement à des réajustements. Certes, le quota n'est pas strict. Néanmoins, le jury tente d'atteindre un certain seuil de « diversité ». En examinant les dossiers de candidatures de Harvard, nous constatons que les Noirs représentent continuellement 7 à 8 % des étudiants sélectionnés<sup>76</sup>. Donc, le résultat est semblable au programme de l'UC Davis qui réserve 16 % des places aux Noirs mais également aux *Chicanos*, Amérindiens et Asiatiques. La simple différence réside dans le fait que l'une assume publiquement ses quotas, tandis que l'autre préfère les laisser dans l'ombre<sup>77</sup>.

Le juge Powell anticipe les critiques de ses détracteurs et avance qu'il faut présumer la bonne foi des universités qui n'appliquent pas de quotas fixes. De plus, il insiste sur la nécessité de mise en « concurrence » de tous les candidats ; où un candidat blanc ne serait pas

---

<sup>73</sup> D. SABBAGH, « Une convergence problématique... », *op. cit.*, p. 216.

<sup>74</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 387.

<sup>75</sup> D. SABBAGH, « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 11-12.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*, p. 379.

disqualifié automatiquement et aurait la possibilité de montrer une qualité spéciale<sup>78</sup>. Ainsi, l'entrée en jeu de la race, dès le début ou en cours de route, est d'une grande importance puisque « le candidat [serait] traité comme un individu et que ses aptitudes [seraient] soumises à une estimation juste et respectueuse de la concurrence »<sup>79</sup>.

Cependant, le Prof. Guido Calabresi relève deux autres faiblesses du programme flexible<sup>80</sup>. D'une part, il attire l'attention sur le manque de diversité ethnique dans les comités d'admission existants. D'autre part, avec la large définition de la diversité de la Cour (*supra*), rien ne garantit une augmentation du nombre d'étudiants noirs dans les universités, à partir du moment où ces comités d'admission gardent tout le pouvoir d'appréciation de la question.

En tout état de cause, les universités qui souhaiteront réellement procéder à une politique de diversification du campus, pourront d'emblée fixer des seuils minimums de performance pour repêcher un candidat noir<sup>81</sup>. Là où le postulant blanc ne le sera pas, malgré un examen plus approfondi de son dossier. Ainsi, un candidat blanc qui aurait fait un résultat médiocre au test d'aptitude serait rejeté directement sans qu'on examine davantage son dossier, même si ses résultats sont meilleurs que certains Noirs.

Ronald Dworkin résume parfaitement la situation en expliquant « qu'un candidat postule pour toutes les places ou pour seulement un nombre limité de places, le privilège qui consiste à pouvoir attirer l'attention sur d'autres aptitudes ne diminue en rien le poids de son handicap, ni l'injustice de ce handicap si on admet qu'il est injuste. Handicap et exclusion partielle ne sont que des moyens différents de mettre en œuvre une même classification fondamentale. En principe, ils influent sur le sort d'un candidat blanc exactement de la même manière (par une réduction globale de ses chances), et aucun de ces traitements n'est plus 'individualisé' qu'un autre »<sup>82</sup>. En somme, d'un point de vue juridique et d'atteinte aux droits fondamentaux, les deux mécanismes ne comportent aucune différence.

Très certainement, la question est toute autre sur un plan symbolique<sup>83</sup>. Il est clair que l'attribution d'« une porte d'entrée » distincte aux Noirs ainsi que des places réservées remémorent les douloureux souvenirs de la ségrégation. Une appréciation au cas par cas, où les étudiants noirs entrent en compétition directe avec les Blancs, est certainement plus valorisante pour les étudiants noirs eux-mêmes et moins frustrante pour les étudiants blancs

---

<sup>78</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 387.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 388.

<sup>80</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, p. 437.

<sup>81</sup> D. SABBAGH, « La tentation de l'opacité... », *op. cit.*, p. 11.

<sup>82</sup> R. DWORKIN, *op. cit.*, p. 388.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 309.

recalés comme Allan Bakke. Sans hésitation, nous reconnaissons la supériorité du modèle flexible sur les quotas à ce niveau. Mais pour autant, les quotas sont-ils condamnables d'un point de vue constitutionnel ? Il faudrait s'assurer que les quotas violent la Constitution et que le système flexible remédie aux problèmes qu'il pose.

Or, comme démontré précédemment, les deux méthodes sont semblables. De plus, les reproches du Juge Powell font surtout référence à l'usage de la race comme critère (*supra*) qu'il juge en toute hypothèse stigmatisant. Autrement dit, ce ne sont ni les quotas, ni les *affirmatives actions* qui sont inconstitutionnels.

En ce que les deux méthodes conduisent au même résultat, la constitutionnalité de ces politiques est donc dépendante de la nature plus ou moins visible de leurs procédés de sélection. Ce qui reflète quelque part l'hypocrisie<sup>84</sup> de cette décision, on ne peut plus politique.

#### **§ 4. Conclusion sur l'arrêt *Bakke***

À l'époque déjà, Dworkin a pointé du doigt l'incohérence du raisonnement de Powell. La décision, selon lui, est basée sur des principes « trop peu solides pour fonder une loi constitutionnelle cohérente et durable sur la discrimination positive ». Le Juge Powell et la Cour en général ont préféré rendre une décision qui donne à chacune des parties ce qu'elle recherche. Finalement, Bakke a eu accès à une place en faculté de médecine. En parallèle, les *affirmatives actions* ont reçu le sceau de validité de la Cour suprême.

Force est de constater la volonté de la Cour à se conformer à l'opinion publique. D'un côté, suite au *Civil Rights Movement*, elle reconnaît l'importance de la diversité dans les universités. D'un autre, elle préfère privilégier une définition restreinte du mérite, fortement ancré dans la société libérale américaine.

Powell atteste lui-même de ce souhait en déclarant qu'« en effet, le programme du requérant sera certainement perçu par les candidats à l'admission dans les universités d'État – et, au-delà, par l'opinion publique – comme étant en lui-même injuste : l'égalité des chances entre les individus, notamment lorsque sont en jeu des bénéfices dispensés par l'État, est une valeur à laquelle la grande majorité des Américains sont très attachés [...] »<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> G. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 427-444.

<sup>85</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), p. 319.

Malheureusement, en agissant de la sorte, la Cour a fait primer l'intérêt d'un simple particulier sur l'intérêt général. Si les minorités telles que les Noirs n'ont plus de places réservées, elles ont quand même eu un plus grand accès à l'université à travers les quotas officieux et « conformes à la Constitution ». Le véritable préjudice se situe davantage sur le plan de la sécurité juridique que cet arrêt a ébranlé. Non seulement, la nouvelle théorie<sup>86</sup> sur la diversité de Powell est à contrecourant de la jurisprudence antérieure mais elle se base surtout sur des fondations bancales. C'est donc toute la doctrine américaine sur la discrimination positive dans les universités qui en pâtit. Mais il reste que cet arrêt, aussi critiquable qu'il soit, reflète fort bien les dilemmes intrinsèques à la discrimination positive.

## **Section 2. Les répercussions de l'arrêt *Bakke***

Depuis la décision concernant Allan Bakke, il s'est écoulé pratiquement 48 ans. Les affirmatives actions, dont la constitutionnalité n'est plus en péril, ont été mises en application dans bon nombre d'universités mais toujours dans un objectif de diversification de ses membres. Contrairement à ce qu'affirmait Dworkin, les principes – certes fragiles – ont perduré dans l'histoire. Dans le contexte de prospérité économique des années 70-80, les politiques se sont montrés assez favorables aux *affirmatives actions*. La définition de ce que représente le « mérite » a été élargie dans les universités. Le modèle de sélection de Harvard s'est propagé dans les établissements et la représentation des minorités a largement augmenté. Notamment, les Noirs qui composaient uniquement 2% des étudiants en médecine sont passés à un pourcentage plus significatif de 7%. Cependant, dans les années 90, les politiques de discrimination positive ont été très largement remises en cause. D'une part, avec l'arrivée au pouvoir des présidents républicains Reagan et Bush, l'application des *affirmatives actions* dans le secteur public en général a diminué. D'autre part, la nomination des juges Kennedy, Scalia et Thomas ont donné place à une jurisprudence plus hostile à l'égard de ce type de programme.

---

<sup>86</sup> V. BLASI, « Bakke as Precedent : Does Mr. Justice Powell have a Theory », *California Law Review*, vol. 67, 1979, pp. 21-68.

## § 1<sup>er</sup>. Les arrêts *Grutter v. Bollinger* et *Gratz v. Bollinger* : une confirmation de l'opacité comme source de constitutionnalité

Les points les plus marquants furent au tournant de 1995 avec les arrêts *Grutter v. Bollinger* et *Gratz v. Bollinger*. Tous deux mettaient en cause les politiques de discriminations positives à l'Université du Michigan.

La première décision confirme l'arrêt *Bakke* et ce faisant, avalise les quotas « cachés ». Autrement dit, pour que ces derniers soient conformes à la Constitution, ils doivent être de nature implicite. Les jurys d'admission ne peuvent favoriser un candidat uniquement sur base de ses caractères ethno-raciaux. Mais l'examen doit se porter sur l'ensemble des critères qui peuvent favoriser la diversité nécessaire à l'expérimentation et à la créativité. Car il s'agit effectivement d'un « intérêt public prépondérant »<sup>87</sup>. La Juge Sandra O'Connor, auteure de l'opinion majoritaire, va cependant introduire un nouvel élément dans l'équation : désormais, les universités doivent promouvoir les *affirmatives actions* jusqu'à l'avènement d'une « masse critique » des étudiants appartenant à des minorités. Quant à la question de savoir ce que désigne cette notion, cet arrêt laisse également place à un « flou » juridique, par une absence de limitation quantitative mais aussi d'explication sur les moyens susceptibles d'être mis en place.

Au niveau *undergraduate*, la même université avait décidé d'accorder 20 points sur 100 aux étudiants issus des groupes minoritaires. Dans ce cas-ci, à l'inverse du premier, la politique de l'université a été jugée inconstitutionnelle dans l'affaire *Gratz v. Bollinger*.

Cette fois encore, la reconnaissance de la constitutionnalité d'une politique de discrimination positive, sous peine qu'elle soit occultée, amène à de vives critiques. Par essence, un acte respecte l'égalité entre les citoyens ou ne le respecte pas. Que l'action se déroule en public ou en coulisse ne change fondamentalement rien à sa nature. Pour reprendre les termes du Juge Souter, la Cour ne peut assimiler l'examen de l'égalité « à un jeu dont les gagnants seraient ceux qui cachent le ballon »<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> S. BENETULLIÈRE, *op. cit.*, p. 67.

<sup>88</sup> SCOTUS, *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), opinion dissidente du juge Ginsburg, p. 8, cité par Daniel Sabbagh, « La tentation de l'opacité... », *op. cit.*, p. 17.

## § 2. Les interdictions et les détournements

Malgré 30 ans de jurisprudence, la question de savoir quels sont les programmes conformes à la Constitution et lesquels ne le sont pas, demeure donc largement ouverte. Aucune directive claire et précise ne peut véritablement être déduite, si ce n'est la prohibition d'attributions d'avantages systématiques. C'est ainsi que la réservation des places, des tests distincts ou l'octroi de points supplémentaires aux examens d'entrée sont interdits en toute hypothèse. L'examen de la légalité des mesures de discrimination positive dans les établissements universitaires reste donc très casuistique. Néanmoins, l'hostilité envers l'utilisation des affirmatives actions dans l'enseignement se fait de plus en plus accrue. Pas moins de huit États<sup>89</sup> ont mis fin à ces pratiques. Bon nombre d'universités ont alors eu recours à des moyens plus subtils.

### A. *L'arrêt Fisher v. University of Texas*

Le Texas faisant partie des États qui ont interdit les *affirmatives actions*, les universités de l'État mettent en place le *Top Ten Percent Plan* dans l'optique de redresser le nombre d'étudiants noirs et hispaniques – principales victimes de l'interdiction – avec l'approbation du législateur. Cette mesure confère un accès direct aux 10% des meilleurs étudiants dans toutes les écoles de l'État. Ce type d'intervention des autorités est qualifié de discrimination positive *indirecte*, dans le sens où il y a effectivement une aide intentionnelle principalement en faveur des communautés noires et hispaniques. Mais d'un point de vue formel, l'acte s'adresse à tous les établissements, quelle que soit la qualité de l'enseignement ou la dominance ethnique dans leurs enceintes. Dans le sens où la mesure est neutre racialement parlant, elle n'est pas en contradiction avec la jurisprudence *Bakke* et la Constitution.

En dépit de cet acte positif, l'Université du Texas (UT) a souhaité réintroduire le critère racial dans l'examen d'admission des nouveaux candidats qui n'auraient pas été automatiquement acceptés avec le *Top Ten Percent Plan*. L'entité a pour objectif de pallier les manquements suite à la suppression des affirmatives actions en 1997<sup>90</sup>. Cette affaire<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Texas (1997), Californie (1998), Washington (1999), Floride (2001), Michigan (2008), Nebraska (2008), Arizona (2010), Oklahoma (2012).

<sup>90</sup> U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (1996).

<sup>91</sup> Résumé des faits : Abigail Fisher, étudiante blanche qui faisait partie des 12% des meilleurs élèves de son école, s'est vue refuser l'admission à l'Université de Texas en raison de la double application de discrimination positive. Selon elle, l'établissement, en utilisant le critère racial ainsi que le *Top Ten Percent Plan*, viole l'*Equal Protection Clause* contenue dans le XIV<sup>e</sup> Amendement.

amène donc la Cour suprême à se questionner sur la validité d'une discrimination positive *directe*, lorsqu'elle se superpose à une discrimination positive *indirecte*.

Contrairement à ce qui était prédit<sup>92</sup> et à la grande surprise générale, la Cour suprême approuva la politique d'admission de l'Université, à quatre voix contre trois<sup>93</sup>. Pour autant, il ne faut pas s'attendre à une révolution. De la même manière que dans les deux arrêts *Bollinger* (*supra*) et de façon décevante à nouveau, la Cour se contente de confirmer l'opacité comme preuve de constitutionnalité. La notion de « masse critique » telle qu'introduite dans ces arrêts est réutilisée malgré les imprécisions persistantes. Enfin, la discrimination positive indirecte ne rencontre pas de difficulté à recevoir la bénédiction de la Cour puisque dans le cas présent, elle est neutre d'un point de vue racial. À l'inverse, le *Top Ten Percent Plan*, pourtant œuvre du législateur, ne reçoit pas de réel blanc-seing de la Cour.

En filigrane, les critiques des quatre juges majoritaires s'adressent principalement à la *race-blind policy* qu'est le *Top Ten Percent Plan*. Tout d'abord, ils laissent entendre que si la candidature de la requérante Fisher n'a pas été retenue, c'est en raison de ce système d'admission automatique. Dans l'hypothèse où elle aurait fait partie des 10% des meilleurs étudiants, toute race et école confondue, elle aurait été admise. Ce n'est donc pas la prise en compte du critère racial qui a conduit à son refus. À notre sens, cette analyse de la Cour est en parfaite cohérence avec ses *precedents* dans la mesure où, d'une part, le *Top Ten Percent Plan* est conforme à l'*Equal Protection Clause* par l'absence de distinction de traitement basée sur la race et d'autre part, la prise en compte du facteur racial comme un critère de diversité est dans la logique de l'arrêt *Bakke*.

De plus, nous déduisons également un reproche de la Cour sur l'effet pervers qu'induit le *Top Ten Percent Plan*. Dans son opinion, le juge Kennedy laisse entrevoir l'insuffisance des *race-blind policies*. En effet, toutes les écoles de l'État n'ayant pas le même niveau, en raison de l'obligation d'acceptation systématique des 10% des étudiants, elles risquent de mettre en péril « leur réputation d'excellence »<sup>94</sup>. En ce sens, l'université peut

---

<sup>92</sup> Voy. D. SABBAGH, « Mort ou transfiguration ? Le destin juridique de la discrimination positive », *Informations sociales*, 2013/3, n° 177, pp. 58-67 ; R. DWORKIN, « The Case Against Color-Blind Admissions », *New York Review of Books*, vol. LIX, n° 20, 2012, pp. 42-46. Disponible sur : <http://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/> (consulté le 19 juillet 2017).

<sup>93</sup> Le juge Scalia étant décédé et en l'absence de nomination de son remplaçant, la Cour suprême ne pouvait se réunir à 9 juges. Par ailleurs, la juge Kagan s'est abstenue lors des votes en raison de son intervention dans la cause à un stade antérieur, avant sa nomination.

<sup>94</sup> « Though “[n]arrow tailoring does not require exhaustion of every conceivable race-neutral alternative” or “require a university to choose between maintaining a reputation for excellence [and] fulfilling a commitment to provide educational opportunities to members of all racial groups,” Grutter, 539 U. S., at 339 [...]» (SCOTUS, *Fisher v. University of Texas*, *op. cit.*, pp. 7-8), souligné par nous.

raisonnablement avoir recours à une autre méthode moins « néfaste » pour sa renommée et plus efficace au niveau de la diversification. Si nous reconnaissons l'inefficacité des mesures non-ciblées, nous ne pouvons partager l'opinion du juge Kennedy. Nous estimons que ce postulat – en l'occurrence sans appui scientifique – se base sur des jugements *a priori* et que le lien causal entre la réussite et l'école d'origine n'est pas certain. Différents facteurs – sur lesquels nous ne nous attarderons pas<sup>95</sup> – doivent assurément être pris en compte pour affirmer une telle conclusion.

Enfin, on peut concéder à l'arrêt Fisher d'avoir participé à une timide avancée quant à la définition de la « diversité ». Les entités peuvent non seulement viser la mixité dans l'établissement en général mais aussi dans chaque classe individuellement (*desire to promote classroom diversity*)<sup>96</sup>.

En effet, l'UT, dans son réquisitoire, a relevé le manque cruel de diversité au sein des classes elles-mêmes, de sorte que le *Top Ten Percent Plan* est dans l'incapacité de remplir correctement son rôle de diversification du corps étudiant. De même, l'université avait procédé à une ramification de la notion de diversité. Selon elle, la société ayant évolué, l'on ne peut plus se satisfaire d'un concept unique qui tend simplement à distinguer les caucasiens et les autres. Puisque le but est de faire rencontrer des étudiants aux « *expériences, de perspectives et d'idées* »<sup>97</sup> (*experiences, outlooks and ideas*) variées pour créer un espace propice aux « *de spéculation, d'expérimentation et de création* »<sup>98</sup> (*to speculation, experiment and creation*), il est primordial de dépasser les stéréotypes liés à une communauté. Par conséquent, il convient également de tenir compte de la diversité *intra*raciale<sup>99</sup>.

Des profils aussi atypiques que « *l'enfant [afro-américain ou hispanique] d'un couple de cadres de Dallas classé juste en-dessous de la barre des 10% dans son lycée d'origine majoritairement blanc où la compétition est rude, le "Noir escrimeur" ou "l'Hispanique maîtrisant le grec ancien" »*<sup>100</sup> passe à la trappe avec le *Top Ten Percent Plan*. Assez pertinemment, dans son opinion dissidente, le juge Alito critique la position de l'UT : elle

---

<sup>95</sup> Par exemple, si l'université met en place des monitorats ou des cours de rémédiation, les inégalités de départ peuvent être réduites.

<sup>96</sup> SCOTUS, *Fisher v. University of Texas*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge S. Alito, p. 20.

<sup>97</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*, p. 314.

<sup>98</sup> SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, *op. cit.*, p. 312.

<sup>99</sup> SCOTUS, *Fisher v. University of Texas*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge S. Alito, p. 29.

<sup>100</sup> SCOTUS, *Fisher v. University of Texas*, transcription des arguments oraux de l'audition du 10 octobre 2012. Disponible sur : [http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/11-345.pdf](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/11-345.pdf), p. 34. Extrait traduit et cité par D. SABBAGH, « Mort ou transfiguration... », *op. cit.*, pp. 63-64.

doute (« sans fondement »)<sup>101</sup> que les étudiants afro-américains et hispaniques admis via le *Top Ten Percent Plan* et issus d'école moins performantes, n'aient les compétences suffisantes pour leur établissement. Sans revenir sur le raccourci de ce raisonnement – que nous avons contesté antérieurement –, nous reconnaissons toutefois la nécessité de varier grandement les modèles de référence pour les jeunes de tout horizon, de sorte à dépasser au mieux les stéréotypes ambiants.

En conclusion, l'arrêt *Fisher v. University of Texas* n'a pas causé le fracas tant attendu. Il a simplement mis un frein temporaire au processus de démantèlement de l'*affirmative action*, enclenché depuis plusieurs années déjà. Les incertitudes sur la viabilité de ce concept restent tout aussi patentées. La société étant en constante évolution, les inégalités tendent à se déplacer. En cela, cette affaire a au moins eu le mérite d'élargir la définition de la diversité et participer à la représentation la plus large possible des minorités discriminées. La discrimination positive s'adapte pour le moment, sans être aussi glorieuse que par le passé. Très certainement, la discrimination positive est par sa plus profonde nature, temporaire<sup>102</sup>. L'enjeu principal reste donc de trouver le moment le plus opportun pour l'« euthanasier ».

### **B. L'UCLA, le nouveau modèle à suivre ?**

Suite à l'interdiction<sup>103</sup> de discrimination positive dans les universités publiques de l'État de Californie<sup>104</sup>, l'Université de Californie à Los Angeles (UCLA), qui avait connu une décroissance considérable du nombre de ses étudiants noirs<sup>105</sup>, est parvenue à relancer les mécanismes de diversification tout en restant dans la légalité. Chaque année depuis 20 ans, l'UCLA débourse 500 millions de dollars de ses fonds propres pour la mise en place des programmes *color-blind*. Entre autres, elle œuvre à créer des cours préparatoires aux examens d'entrée pour les étudiants issus de famille à bas revenus et sans grande surprise, parmi les élèves, on dénombre une grande proportion de Noirs et d'Hispaniques. Aussi, l'université forme des professeurs et conseillers pour préparer les étudiants aux examens d'admission dans pas moins de 1.100 écoles de l'État. Ou encore, elle accorde une admission automatique aux 9% des meilleurs étudiants, toutes écoles confondues. C'est donc à travers toute cette panoplie de mesures qu'un tiers des étudiants de l'UCLA sont issus de minorités ethniques

---

<sup>101</sup> SCOTUS, *Fisher v. University of Texas*, *op. cit.*, opinion dissidente du juge S. Alito, p. 32.

<sup>102</sup> Voy. D. SABBAGH, « La discrimination positive : une « politique de l'exception » ? », *op. cit.*

<sup>103</sup> California Civil Rights Initiative/Proposition 209, 1996.

<sup>104</sup> L'UCLA est passée de 264 d'étudiants noirs en 1995 à 144 en 1998. À la même période, à l'Université de Berkeley, les statistiques ont basculées de 215 à 126.

<sup>105</sup> Parmi les minorités les plus présentes en Californie, les Noirs et les Hispaniques ont été le plus affectés par l'interdiction des *affirmatives actions*.

diverses. L'UCLA, aurait-elle trouvé une solution pour dépasser l'aporie sur le mal – nécessaire certes – des politiques de discrimination positive ? Les avis sont partagés.

### 1. LES PARTISANS DU COLOR-BLIND

Rappelons que la Cour suprême elle-même a avalisé la suppression des *affirmatives actions* par certains États<sup>106</sup>. Les juges qui la composent sont toutefois très divisés sur la question et les critiques les plus virulentes émanent du juge feu Scalia et du juge Thomas. Aux habituels reproches de stigmatisation, le premier déduit la prohibition de la distinction raciale en tout état de cause<sup>107</sup>, à travers une interprétation originaliste de la Constitution. Le second renchérit en affirmant que la « discrimination raciale n'est jamais bénigne » et que l'intention de l'université à l'origine de la politique d'affirmative importe peu<sup>108</sup>.

Pour revenir précisément à l'UCLA, le professeur R. Sander de la faculté de droit de la même université a accueilli la Proposition 209 abolissant les *affirmatives actions* avec grand enthousiasme. Il s'appuie sur ses études<sup>109</sup> pour conclure à l'efficacité des *race-neutrals* programmes de l'UCLA. Il concède la régression du nombre d'étudiants hispaniques et noirs mais préfère envisager les avantages des nouvelles dispositions. Certes, les minorités non-représentées (*URM*<sup>110</sup> – *Underrepresented Minority*) sont moins nombreuses qu'auparavant mais, les candidats acceptés sont moins confrontés à l'échec grâce aux divers cours de préparation à l'université.

L'auteur préfère défendre une vision plus « holistique » des sélections : plutôt que de se concentrer sur la race, il entend privilégier les critères socio-économiques. D'après ses estimations<sup>111</sup>, les inégalités sont bien plus criantes dans les milieux plus défavorisés (*low-SES students* – *low socio-economic status*<sup>112</sup>). Il estime qu'en général, un étudiant noir a un écart de 56 points par rapport à un étudiant blanc à l'examen standardisé pour l'admission à l'université (SAT - *Scholastic Assessment Test*). Or, la différence est six fois plus élevée pour les *low-SES students*, avec un écart de 399 points. Ce faisant, il regrette grandement que les universités – comme l'UCLA – doivent faire face à de nombreuses pressions à divers niveaux

---

<sup>106</sup> Voy. SCOTUS, *Gratz v. Bollinger*, *op. cit.*

<sup>107</sup> SCOTUS, *Fisher v. University of Texas (Fisher I)*, 570 U.S. \_\_\_ (2013), opinion concurrente du Juge Scalia, p. 1.

<sup>108</sup> *Ibid.*, opinion concurrente du Juge Thomas, p. 17.

<sup>109</sup> A. DANIELSON et R. SANDERS, « Thinking Hard About "Race-Neutral" Admissions », *University of Michigan Journal of Law Reform*, n° 47, 2014, pp. 967 s.

<sup>110</sup> C'est-à-dire, les Noirs afro-américains, les Amérindiens et les *Latinos*.

<sup>111</sup> A. DANIELSON et R. SANDERS, *op. cit.*, p. 978.

<sup>112</sup> Dont le revenu annuel est inférieur à 40.000 \$.

pour accroître le nombre d'étudiants noirs et hispaniques<sup>113</sup>. Par conséquent, elles sont incapables d'abandonner le critère racial<sup>114</sup>, en contradiction avec la jurisprudence de la Cour suprême qui applique la race comme dernier recours.

Par ailleurs, d'aucuns<sup>115</sup> soulignent la pertinence de la Proposition 209, en ce que désormais les étudiants noirs ne sont plus concentrés uniquement dans les universités d'élite comme l'UCLA mais se répartissent équitablement dans d'autres institutions. Réduire l'importance du critère racial sur les campus plus sélectifs (qui autrefois, étaient les seuls à appliquer l'*affirmative action*) permettrait d'étendre la mixité partout ailleurs. Dans cet ordre d'idées, le professeur Sanders<sup>116</sup> démontre que les Noirs qui vont dans des universités historiquement noires, réussissent mieux et vont même jusqu'à accomplir des doctorats. Dans les universités plus exigeantes, les *URM* ont tendance à décrocher durant les deux premières années et n'accèdent pratiquement jamais à un troisième cycle. Étant entourés d'étudiants blancs et asiatiques, mieux préparés, ils ne brillent pas davantage. De fait, ils préfèrent ne pas choisir la carrière académique. À l'inverse, s'ils vont dans des écoles moins élitistes, ils sont plus enclins à le faire.

## 2. LES OPPOSANTS AU COLOR-BLIND

Très certainement, la préparation académique à l'entrée est importante et la seule création d'une porte d'entrée est insuffisante si la prise en charge ne suit pas. Pour notre part, nous considérons que les analyses omettent l'enjeu principal du débat : quelle méthode favorise la diversité et par conséquent, l'intégration des *URM* ?

Premièrement, le résultat est quelque peu décevant. Malgré tous les moyens financiers et humains mis en place par l'UCLA, le nombre d'étudiants *URM* n'atteint plus les mêmes proportions qu'avec les *affirmatives actions*<sup>117</sup>. L'utilisation des critères socio-économiques défendue par les auteurs ci-avant, est insuffisante pour atteindre l'objectif – selon nous – à poursuivre. Le statut « revenus faibles » est fluide et mal défini. Les statistiques de l'Université de Californie attestent du nombre important d'étudiants aux points élevés, tout en étant issus de famille à faibles revenus. Or, pour beaucoup d'entre eux, il s'avère qu'ils se trouvent tout juste sous le seuil d'admissibilité en tant que tel. Ils traversent simplement une

---

<sup>113</sup> A. DANIELSON et R. SANDERS, *op. cit.*, p. 18.

<sup>114</sup> P. ARCIDIACONO *et al.*, « A Conversation on the Nature, Effects, and Future of Affirmative Action in Higher Education Admissions », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n°17, 2015, p. 686.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 706, (opinion de T. Espenshade).

<sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 717-718, (opinion de R. Sanders).

<sup>117</sup> Voy. les graphiques dans les document n°1 et n°2 en annexe.

pauvreté passagère en raison d'un récent divorce ou d'une immigration<sup>118</sup>. À proprement parler, ils n'appartiennent pas à un milieu défavorisé ou peu éduqué grâce à leur niveau d'éducation ou de potentiel de gain. Dans les faits, ces mesures socio-économiques bénéficient principalement aux étudiants blancs « en transition » ou aux Asiatiques issus d'un milieu éduqué. À l'inverse, les Noirs et les Hispaniques sont historiquement et continuellement dans la misère, souvent avec des parents qui n'ont eux-mêmes jamais été à l'université. Le cycle infernal de la reproduction sociale<sup>119</sup> est donc loin d'être brisé.

Ensuite, l'on présente souvent l'affirmative action comme un dilemme entre la qualité de l'enseignement et la diversité. Assurément, les cours de préparation comble un tant soit peu le fossé entre les « meilleures » et les « mauvaises » écoles. Mais leur importance doit être nuancée, dû au fait qu'en moyenne, les étudiants admis à l'UCLA ont 4,25/4 GPA<sup>120</sup>. Les *affirmatives actions* permettraient d'avoir les meilleurs éléments parmi les URM<sup>121</sup> qui n'auraient pas été retenus avec l'*holistic review*.

Parmi les *race-neutrals measures*, à l'UCLA (comme dans d'autres universités), il existe une possibilité d'accueillir des étudiants des *community colleges*<sup>122</sup> afin qu'ils puissent compléter leur *cursus* par un bachelier. Entre 2011 et 2012, environ 19.000 étudiants ont usé de ce moyen pour rejoindre l'Université de Californie. Certains considèrent ces transferts comme un moyen de diversification des « grandes » universités puisque les *community colleges* accueillent pour la plupart des étudiants des classes populaires<sup>123</sup>. Cependant, ce raisonnement est erroné. Si beaucoup abandonnent l'université durant les deux premières années, d'autres préfèrent ne pas opter pour des établissements élitistes et onéreux telles que l'UCLA. Faute d'investissements financiers importants de l'État dans le secteur, le programme ne parvient pas à prendre un sérieux envol et échoue dans l'objectif de diversification tant recherché.

---

<sup>118</sup> P. GÁNDARA et W. C. KIDDER, « Two Decades After the Affirmative ActBan: Evaluating the University of California's Race-Neutral Efforts », *Educational Testing Service*, octobre 2015, p. 39

<sup>119</sup> A. CARNEVALE et J. STROHL, « Separate and unequal. How higher education reinforces the intergenerational reproduction of White racial privilege », *Washington, DC: Georgetown Public Policy Institute*, 2013, pp. 36-43.

<sup>120</sup> GPA : *Grade-point average*. Il s'agit du système de conversion des évaluations du numérique vers un grade lettré. Un GPA 4.0 équivaut à une moyenne entre 90-100% dans l'ensemble des matières (voy. Wikipedia, *Academic grading in the United States*).

<sup>121</sup> M. C. LONG et E. EYSTER, « Is there a "workable" race-neutral alternative to affirmative action in college admissions ? » *Journal of Policy Analysis and Management*, n° 34/1, 2015, p. 165.

<sup>122</sup> Aux États-Unis, ce terme désigne les universités publiques et locales qui proposent des formations de deux ans, avec à la clé un certificat ou un diplôme du supérieur, sans que cela ne soit un bachelier (voy. Wikipédia, *Community College*).

<sup>123</sup> D. GODRECHE, « En marge des universités, les "community colleges" », *Le Monde diplomatique*, juin 2016. Disponible sur : <http://www.monde-diplomatique.fr/2010/06/GODRECHE/19229> (consulté le 20 juillet 2017).

L'échec des transferts reflète un des nœuds majeurs du problème qui est d'ordre financier. Malgré les aides du gouvernement californien, les étudiants doivent en général déboursier 13.700 \$ pour s'instruire à l'UCLA et en moyenne, une famille noire possède 1/10 de la fortune d'une famille blanche<sup>124</sup>. L'établissement accorde une aide aux *URM* talentueux. Ce qui a conduit assez paradoxalement, l'État a réduire sa participation. Par conséquent, beaucoup de Noirs de Californie doivent tirer un trait sur leur projet d'études au sein d'une grande université.

Enfin, les partisans de la méthode socio-économique (*supra*) avaient attiré l'attention sur la poursuite des carrières académiques. En effet, depuis l'adoption de la Proposition 209, le nombre de doctorants ou de professeurs appartenant à une minorité a considérablement diminué. Alors que l'UCLA était une université qui formait le plus de doctorants *URM*, en 2012, nous constatons que seuls 2,6% des membres du corps académique sont noirs et 5,7% sont hispaniques<sup>125</sup>. Certaines facultés en sont totalement dépourvues, notamment en raison d'un manque de diplômés *URM* dans le domaine. Or, l'ambiance sur le campus ainsi que la participation aux cours des *URM* dépendent une grande partie de la représentation de leurs pairs dans le personnel. Pour reprendre l'exemple donné par Stacy Hawkins, beaucoup de femmes s'estiment mauvaises en mathématique en supposant qu'il s'agit d'une qualité innée. Mais une fois qu'elles ont intégré que c'était davantage une question de travail et d'effort, elles deviennent meilleures<sup>126</sup>. Autrement dit, il y a une question de mise en confiance de l'élève qui influence sa participation académique et sa réussite. Ces dernières ne sont donc pas simplement le résultat de bons points et de préparation en amont mais aussi de l'atmosphère ambiante. Un soutien du milieu académique peut clairement favoriser la réussite et éventuellement engendrer une vocation pour le troisième cycle.

En résumé donc, à la question initiale qui était de savoir si l'UCLA a trouvé la méthode pour allier *race-neutral measures* et diversité, notre conclusion est nuancée. L'objet de notre étude n'est nullement de prôner un abaissement de la qualité de l'enseignement, mais nous avons tenté de démontrer tout au long la nécessité des *affirmatives actions* pour la diversité, en raison de l'insuffisance manifeste des programmes alternatifs de l'UCLA. À ce niveau de notre étude, nous estimons que les *race-neutral actions* de l'UCLA sont relativement inefficaces. Elles sont très coûteuses et ne produisent pas le résultat espéré, surtout dans les campus élitistes tels que l'UCLA. Pratiquement toutes les solutions

---

<sup>124</sup> P. GÁNDARA et W. C. KIDDER, *op. cit.*, p. 34.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>126</sup> P. ARCIDIACONO *et al.*, *op. cit.*, p. 718, (opinion de S. Hawkins).

alternatives impliquent d'autres types de soutien. Elles ne viennent pas en aide aux minorités réellement *underrepresented*. Très clairement, il n'incombe pas à l'UCLA de résorber toute la misère du monde. Mais elle est le reflet d'un dysfonctionnement interne au système éducationnel américain.

La Cour suprême, dans l'arrêt *Fisher*, avait déclaré que « si une ‘‘approche non- raciale’’ peut promouvoir aussi bien la diversité et cela, à des dépenses administratives tolérables, alors l'université ne doit pas tenir compte de la race »<sup>127</sup>. Une alternative n'est réaliste que si le coût est réellement tolérable. Or, certaines solutions comme le *community college transfers* requiert davantage de moyens financiers et aucun des États n'en a les moyens. Il faudrait en moyenne 10 millions de dollars pour attirer 1% des étudiants *URM*<sup>128</sup>. L'UCLA met donc en place énormément de moyens mais en échange de peu de contribution à sa diversité. En outre, des avantages que celle-ci comporte pour l'université, des intérêts publics sont aussi en jeu. Par ailleurs, l'État de Californie aura prochainement besoin de 1,1 millions de bacheliers<sup>129</sup> aptes à intégrer le marché de l'emploi. Il serait sans doute judicieux de favoriser l'accès des *URM*, souvent des travailleurs précaires, à l'université, de sorte à répondre aux besoins du marché et à réduire le chômage mais surtout de créer une société véritablement égalitaire.

---

<sup>127</sup> « If a ‘nonracial approach’ [...] could promote the substantial interest about as well and ‘at tolerable administrative expense,’ then the university may not consider race. » (SCOTUS, *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, 579 U.S. \_\_\_ (2016), pp. 39-40), traduite par nous.

<sup>128</sup> P. GÁNDARA et W. C. KIDDER, *op. cit.*, p. 34.

<sup>129</sup> PUBLIC POLICY INSTITUTE OF CALIFORNIA, *Will California Run Out of College Graduates ?*, octobre 2015. Disponible sur : <http://www.ppic.org/publication/will-california-run-out-of-college-graduates/> (consulté le 23 juillet 2017).



### CHAPITRE III. LE DROIT BELGE ET LES ACTIONS POSITIVES: UNE INTERPRÉTATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Depuis la révolution française, l'égalité est devenu le maître mot dans notre société. Les privilèges abolis, les corporations supprimées, la noblesse déchue, les constitutions naissantes inscrivent ce principe à l'encre rouge. Inspirée également des Lumières, la Constitution belge de 1830 promulgue : « les Belges sont égaux devant la loi ». Près d'un siècle et demi plus tard, le constituant ajoute une garantie à la jouissance des droits et libertés sans discrimination (article 11). Souvent invoquées ensemble, les deux dispositions sont intimement liées au concept d'*affirmative action* qui vise à établir une égalité par le biais d'une discrimination dite « positive » (section 1). Même si ces articles demeurent inchangés depuis leur adoption, la jurisprudence a largement contribué à faire évoluer leur contenu. Elle a mis en place une méthode particulière de contrôle du principe d'égalité (section 2). Cependant, ce procédé s'avère insuffisant à l'examen de constitutionnalité des discriminations positives, qui prend ses distances par rapport au principe d'égalité formelle et se rattache davantage au principe de non-discrimination (section 3), qui n'est autre qu'une traduction de l'équité (*supra*).

#### Section 1. Les principes d'égalité et de non-discrimination

La discrimination positive, née aux États-Unis, s'est implantée dans les différents ordres juridiques européens dans les années 80. Outre sa complexité intrinsèque (*supra*), s'est posée la question de sa compatibilité avec le sacro-saint principe d'égalité formelle. Sur le vieux continent, le lien se crée plus difficilement<sup>130</sup>. En France, la Constitution reconnaît uniquement le peuple français en tant qu'entité unique et homogène tandis qu'en Belgique, seule la distinction entre groupes linguistiques y est mentionnée. La culture politique et juridique ne procède pas à des recensements ethniques, ni ne procède à des classifications ou ne parle ouvertement de « race », ce qui engendre quelques complications pour la mise en place des discriminations positives qui nécessite l'identification d'une catégorie bénéficiaire, qu'elle se base sur le sexe, les conditions socio-économiques, la race ou l'ethnie. L'histoire n'est pas la même, le contexte diverge mais les inégalités sont tout autant palpables.

---

<sup>130</sup> A. LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 55-58.

Toutefois, le principe d'égalité se doit d'être plus nuancé. On distingue traditionnellement deux interprétations du principe, auxquelles s'ajoutent les discriminations positives<sup>131</sup>. Premièrement, les discriminations actives visent les cas où pour des situations similaires, le droit n'a pas été appliqué de manière identique (« à situations comparables, traitements comparables »). Deuxièmement, les discriminations passives résultent d'une application identique du droit pour des cas différents (« à situations distinctes, traitements distincts »). Troisièmement, les actions positives qui mettent en œuvre une visée « réparatrice » du principe d'égalité.

Relevons qu'il existe une confusion dans la doctrine ainsi que dans la jurisprudence sur la filiation entre la discrimination passive et la discrimination positive. Notamment, dans un célèbre arrêt de 1968<sup>132</sup>, la Cour européenne des Droits de l'homme déclare :

« Malgré le libellé très général de sa version française (“sans distinction aucune”), l'article 14 (art. 14) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise (“without discrimination”). En outre et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait. L'interprétation extensive mentionnée ci-dessus ne saurait par conséquent être retenue. »

Certes, la Cour admet que des inégalités de droit peuvent conduire à une inégalité de fait, mais tant sur le plan pratique que théorique, la distinction avec la discrimination passive est difficilement perceptible. D'ailleurs, d'aucuns affirment : « [l]es discriminations positives qui se logent dans l'égalité matérielle, répondent à l'idée selon laquelle les situations différentes doivent être traitées de manières différentes. [...] Les discriminations positives ne sont qu'une application particulière de l'égalité matérielle. »<sup>133</sup>

À notre sens, cette assimilation est erronée et comme mentionné auparavant, la discrimination positive émane du principe de non-discrimination, plutôt que de l'égalité. À tout le moins, le rattachement à cette dernière engendre des complications pour leur reconnaissance dans les ordres juridiques européens à inspiration libérale (*infra*) et ne fait pas droit à toute la subtilité des *affirmatives actions*.

---

<sup>131</sup> F. DELPÉRIÉ, « L'égalité en droit public belge », *Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996 du Conseil d'État*, Paris, La documentation française, 1998, pp. 191-195.

<sup>132</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, req. n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, § 10, souligné par nous.

<sup>133</sup> D. THARAUD, « Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité », *R.T.D.H.*, n° 2008/75, pp. 743-744.

La discrimination passive agit sur un cas particulier à un moment donné. Elle n'a pas vocation à résorber une inégalité historique ou sociale<sup>134</sup>. Elle tend simplement à réduire une inégalité matérielle. À l'inverse, la discrimination positive va bien plus loin. En tant que politique de l'État redistributeur, elle envisage de créer une égalité<sup>135</sup> des chances pour tous, en prenant en considération les catégories qui ont été autrefois exclues. Elle a une prétention d'ordre éthique : elle tient compte d'une série de facteurs « meta-, ou extra-juridiques »<sup>136</sup>, dont l'équité (*supra*). La non-discrimination répond donc mieux à l'appel. En effet, elle est plus relative que l'égalité qui admet les distinctions de traitement uniquement sous réserve d'une différence objective de situation, avec un examen de proportionnalité des moyens. En revanche, la non-discrimination - plus souple -, comporte toujours « un jugement de valeur ou de fait : “retenir ou écarter une différence pour admettre ou refuser une discrimination, c'est [...], bien souvent, un choix politique”<sup>137</sup> »<sup>138</sup>.

Afin d'illustrer notre thèse, nous commenterons deux arrêts concernant les articles 10 et 11 de la Constitution, dans les sections suivantes : l'un portera sur une (prétendue) discrimination passive et l'autre traitera d'une discrimination positive à part entière. Dans les deux cas, l'analyse de la Cour constitutionnelle porte sur la question de savoir s'il y a violation de l'égalité ou simple restriction du principe puisque - comme un certain nombre de droits fondamentaux -, l'égalité n'a pas de portée absolue. Néanmoins, selon qu'il s'agisse d'une discrimination positive ou d'une mise-en-œuvre de l'égalité matérielle, la Cour définira les lignes directrices du contrôle de constitutionnalité applicable à chacune séparément.

## **Section 2. Une distinction de traitement : C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991**

Alors même que les constitutions et les conventions internationales promulguent l'égalité et prohibent les distinctions fondées sur le sexe, les politiques de discriminations positives ont vu le jour en Europe, sous l'impulsion de la Commission européenne. Elles ont

---

<sup>134</sup> A. LEVADE, *op. cit.*, p. 62.

<sup>135</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996*, Paris, La Documentation française, 1998, p. 82.

<sup>136</sup> G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 15.

<sup>137</sup> G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., 1989, p. 108.

<sup>138</sup> G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 10.

pratiquement toutes été sollicitées en faveur des femmes. Naturellement, toute mesure favorable à la gente féminine ne constitue pas une discrimination.

L'arrêt n°39/91 du 19 décembre 1991 de la Cour d'arbitrage traite pertinemment d'un cas de différence de traitement basée sur le sexe. L'affaire concernait une requête en annulation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse (IVG)<sup>139</sup>. Parmi les différents moyens invoqués, les requérants (pour la très grande majorité de sexe masculin) avaient fait valoir une discrimination envers les hommes (pères). D'une part, ils alléguaient une atteinte à leur droit en ce qu'une femme pouvait avorter sans le consentement du père de l'enfant à naître. Ce qui, à leur sens, les empêchait de « mener à terme leur paternité »<sup>140</sup>. D'autre part, ils seraient dans l'incapacité de faire valoir leurs intérêts en l'absence de reconnaissance d'un « droit de faire appel à un tribunal impartial »<sup>141</sup>. En faisant l'impasse sur la volonté de l'autre géniteur, le législateur aurait manifestement méconnu le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, combiné au droit de mener une vie privée et familiale.

Sans trop tarder, la Cour avait conclu à une non-violation des articles 10 et 11 de la Constitution<sup>142</sup>. Pour analyser la constitutionnalité d'une distinction de traitement, les cours et tribunaux examinent tout d'abord, si celle-ci repose sur « un critère objectif »<sup>143</sup> et si « elle [est] raisonnablement justifiée »<sup>144</sup>, c'est-à-dire si le rapport entre le but visé et les moyens utilisés est proportionné. En outre, lorsque le critère de distinction est le sexe, les juridictions y portent une attention toute particulière<sup>145</sup>.

Le Conseil des Ministres avait relevé l'absence de démonstration des requérants quant à la ressemblance entre les deux cas de figure (la situation des pères par rapport aux mères). Selon lui et sur base des travaux préparatoires, le législateur a choisi de prendre en compte uniquement la volonté de la mère. Lors de débats parlementaires, la question de la place et de l'accord du père s'était bel et bien posée mais les représentants en ont fait abstraction car les situations pour les deux parents sont clairement différentes. Il fait valoir que « [l']inégalité de traitement trouve son origine dans une différence objective entre hommes et femmes, et elle

---

<sup>139</sup> M.B., 5 avril 1990.

<sup>140</sup> C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991, 6.A.5.2.

<sup>141</sup> *Ibid.*, 6.A.6.2.4.

<sup>142</sup> *Ibid.*, 6.A.5.2.

<sup>143</sup> *Ibid.*, 6.B.7.

<sup>144</sup> *Ibid.*, 6.B.7.

<sup>145</sup> C. HOREVOETS et S. VINCENT, « Section 3. - Les différences de traitement admises et les discriminations prohibées », *Actualités en matière de non-discrimination*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 39 ; D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 353 et s.

n'est pas disproportionnée avec le but poursuivi, qui demeure la répression pénale de l'interruption de grossesse, sous le seul tempérament de deux exceptions dans lesquelles cette sanction pénale ne sera pas appliquée »<sup>146</sup>. Selon lui, s'il devait y avoir discrimination, ce serait dans la nature qui permet à la femme seule de porter un enfant. Enfin, l'opération de mise en balance des intérêts en présence, à savoir d'un côté une femme en situation de détresse et dont la santé est en danger et, de l'autre, les griefs d'un homme pour absence de consultation préalable, conduirait également à valider la constitutionnalité de la loi en cause.

C'est à ce dernier point de vue que la Cour s'est ralliée. Dans son raisonnement, elle s'est très largement inspirée de la Cour européenne des Droits de l'homme tant sur la forme que sur le fond. Après avoir rappelé que toute différence de traitement n'était pas prohibée par la Constitution, elle déclare que requérir au consentement du père avant un avortement, serait lui accorder en quelque sorte un droit de *veto*. Elle reconnaît les réalités sociologiques<sup>147</sup> dont le législateur a jugé bon de tenir compte. Dans l'hypothèse où les parents seraient d'accord sur l'avortement, la question du consentement ne se poserait pas. Elle ne devient problématique qu'en cas de désaccord. Or, en situation de détresse, rien ne peut empêcher la femme de procéder à un avortement, dans le cadre de la loi ou hors la loi. À notre estime, cet argument est extrêmement pertinent dans le sens où la dépénalisation de l'avortement, comme son nom l'indique, n'est pas synonyme de reconnaissance de droit. La femme ne peut pas avoir droit à un avortement de façon inconditionnelle. En agissant de la sorte, le législateur ne crée pas d'obligation pour les femmes qui en tout état de cause n'auraient pas eu une volonté d'avorter. Seules les hypothèses de danger pour la santé de la mère et de détresse autorisent un avortement. Autrement, l'avortement constitue toujours une infraction. Il reste que si la femme entre dans les conditions de la loi, elle ne sera simplement pas poursuivie pénalement.

Enfin, pour revenir au véritable problème qui nous concerne – à savoir la question de l'égalité entre les hommes et les femmes –, la justification objective et rationnelle se situe au niveau des différences naturelles entre les hommes et les femmes. En droit belge, la jurisprudence ne mentionne pas une ou plusieurs raisons spécifiques qui permettrait d'emblée d'accepter une différence de traitement basée sur le sexe<sup>148</sup>. En tout état de cause, il faut pouvoir démontrer l'existence d'un critère objectif et rationnel de distinction. Ce qui signifie que le but poursuivi doit être légitime, la mesure utilisée se vaut adéquate et enfin, il faut qu'elle soit nécessaire pour atteindre l'objectif. L'absence de « rapport raisonnable de

---

<sup>146</sup> C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991, 6.A.6.2.4.

<sup>147</sup> *Ibid.*, 6.B.12.

<sup>148</sup> D. BATSELÉ *et al.*, *Initiation au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 116.

proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>149</sup> conduit à une violation de l'égalité.

À l'inverse, par exemple, le droit suisse (ordre juridique assez proche du nôtre et État-partie à la CEDH) fait l'impasse sur cette démonstration. Pour apprécier le principe d'égalité entre les sexes, contenu à l'art. 8, §3 de la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral a simplement égard aux différences biologiques et fonctionnelles ; ce qui est notamment le cas, « de la protection de la femme en sa qualité de mère »<sup>150</sup>. C'est de cette façon que la Confédération, tout en promulguant une égalité entre les sexes<sup>151</sup>, parvient à garder obligatoire le service militaire pour les hommes, alors qu'il est facultatif pour les femmes. Parce qu'elles enfantent, elles ne doivent pas inévitablement accomplir ce devoir civique mais une fois qu'elles acceptent volontairement de rejoindre les ordres, elles sont soumises aux mêmes règles que les hommes.

Il est clair que la femme est la première concernée par la grossesse et l'accouchement<sup>152</sup> et la Cour européenne des Droits de l'homme a précisé à de maintes reprises que ces événements entrent dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH. Par conséquent, la législation régissant l'interruption de grossesse touche également au domaine de la vie privée<sup>153</sup>.

Dans l'arrêt n° 39/91, la Cour constitutionnelle reprend pratiquement mot pour mot un arrêt de la Cour de Strasbourg en établissant que « [l]e droit du mari ou du père à l'égalité de traitement quant au respect de sa vie privée et familiale et le droit de se marier et de fonder une famille ne peuvent être interprétés largement au point de comprendre les droits de caractère procédural qu'invoquent les parties requérantes, à savoir le droit pour un homme

---

<sup>149</sup> C.A., arrêt n° 16/92 du 12 mars 1992, B.3.3.

<sup>150</sup> Tribunal fédéral suisse, arrêt n° 1980 I 146.

<sup>151</sup> « Selon le Tribunal Fédéral, les femmes sont en moyenne moins aptes à effectuer le service militaire, en raison de différences physiologiques et biologiques. De plus, comme expliqué par le TF dans un arrêt de 1991 (arrêt 2A.433/1990 de 17 septembre 1991, non publié) la loi et l'article constitutionnel sur l'égalité ont été conçus notamment en vue d'améliorer la situation des femmes, et n'avaient pas pour but de les charger d'une obligation supplémentaire (égalité par le bas VS égalité par le haut). Par ailleurs, en 1981, quand le principe de l'égalité des droits entre femmes et hommes a été introduit dans la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral a refusé d'étendre l'obligation militaire aux femmes (cf. arrêt non publié 2A.433/1990 du 17 septembre 1991) ».

Source : CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE. BUREAU DE L'ÉGALITÉ FEMMES ET HOMMES, *Service militaire*. Disponible sur : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/questions-frequentes/service-militaire.html> (consulté le 28 juillet 2017).

<sup>152</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.

<sup>153</sup> *Bruggeman et Scheuten c. Allemagne*, requête n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, DR 10, p. 100.

d'être consulté ainsi que son droit de saisir un tribunal lorsque son épouse manifeste l'intention d'interrompre sa grossesse »<sup>154</sup>.

En effet, quelques années auparavant, la Cour européenne des Droits de l'homme avait connu une affaire semblable mettant en cause le Royaume-Uni<sup>155</sup>, dans laquelle la feuée Commission estimait que « le droit du mari ou du père potentiel au respect de sa vie privée et familiale puisse être interprété assez largement pour englober les droits de caractère procédural que revendique le requérant, c'est-à-dire le droit d'être consulté ou celui de saisir un tribunal à propos d'un avortement que son épouse se propose de faire pratiquer sur sa personne »<sup>156</sup>. Elle avait reconnu sans hésitation que l'IVG avait des répercussions sur la vie privée et familiale du père<sup>157</sup>. Toutefois, en vertu du §2 de l'art. 8 CEDH, la pondération des intérêts<sup>158</sup> face à la préservation de la santé de la mère avait conduit à une restriction de ce droit. De la même façon, dans le cas qui nous concerne, le droit à la vie privée ainsi que le droit de mener une vie familiale pour le père doit s'incliner en raison des motifs de santé.

L'implication physique de la femme est le motif principal qui fait pencher la balance des intérêts en sa faveur. La question aurait été toute autre si son corps n'était pas en jeu. Quelques années plus tard, la Cour européenne des Droits de l'homme l'a prouvé en élargissant la notion de vie de privée « au droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parents »<sup>159</sup>. En effet, dans un arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, la Cour a reconnu à un homme le droit d'exiger la destruction des embryons qu'il avait consenti à créer avec son ex-compagne. Dans cette affaire, la requérante avait également fait valoir son droit à mener une vie familiale face à l'autre donateur de gamètes, qui lui, revendiquait le droit de ne pas devenir père ; chacun puisant sa liberté dans l'article 8 CEDH. Comme à son habitude, la Cour a procédé à une balance des intérêts et a estimé qu'il n'y avait pas de raison de donner davantage de poids aux droits de la requérante. À notre estime, le père potentiel a pu obtenir raison car il s'agissait d'une FIV et que la femme n'avait pas encore été fécondée.

---

<sup>154</sup> C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991, 6.B.14.

<sup>155</sup> X. c. Royaume Uni, requête n° 8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décision et rapports (DR) 19. Dans l'affaire, une femme avait procédé à un avortement lors de la dixième semaine de grossesse, sans avoir consulté l'autre géniteur. Celui-ci avait alors saisi les cours et tribunaux en alléguant à une violation de son droit à mener une vie familiale. La Cour eur. D.H. réitérera les principes de cet arrêt dans bien d'autres affaires, comme l'arrêt *Vo c. France* précité ou dans la décision *Boso c. Italie*, 5 septembre 2002, req. n° 50490/99.

<sup>156</sup> X. c. Royaume Uni, requête n° 8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décision et rapports (DR) 19, p. 263. Voy. La ressemblance des propos entre les deux cours.

<sup>157</sup> G. COHEN-JONATHAN et J.-P. JACQUÉ, « Activité de la Commission européenne des Droits de l'Homme », *Ann. fr.dr. intern.*, vol. 27, 1981. p. 253.

<sup>158</sup> *Bruggeman et Scheuten c. Allemagne*, op. cit., p. 112.

<sup>159</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n° 6339/50, §71.

Sans nul doute, au regard de la jurisprudence et de tout ce qui précède, si le corps et la santé de la femme étaient en jeu, la balance aurait penché en sa faveur.

En 1999, un requérant<sup>160</sup> avait soulevé devant la Cour de Strasbourg, la question de légitimité de la loi italienne autorisant l'avortement<sup>161</sup> qui tout comme la loi belge du 3 avril 1990, autorise la femme seule, en concertation avec un médecin, à avorter. Encore une fois, la Cour a réitéré sa jurisprudence en déclarant que l'art. 8 CEDH ne conférait au père ni le droit d'être consulté, ni le droit de saisir un tribunal en raison d'un avortement que la femme souhaiterait effectuer sur sa propre personne. Son intérêt personnel à la vie privée l'emporte puisqu'elle est « *essentiellement concernée par la grossesse, sa poursuite ou son interruption* »<sup>162</sup>. Étant donné que la loi italienne poursuit un but légitime qui est de sauvegarder la santé de la mère et que les moyens employés sont proportionnés à l'objectif, la Cour conclut à une non-violation de la Convention.

À la lumière de la jurisprudence précitée, nous considérons que la distinction de traitement basée sur le sexe dont les requérants font grief dans l'arrêt n° 39/91, repose bel et bien sur une justification objective et raisonnable. L'objectif de préservation de la santé de la mère est assurément légitime. De même, en n'accordant pas un droit de *veto* pur et simple au père, les mesures employées sont adéquates et proportionnées.

### **Section 3. Les conditions d'admission de la discrimination positive dans la jurisprudence belge : C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994**

Malgré une mobilisation du principe d'égalité, le contrôle d'admissibilité des discriminations positives ne s'apparente pas à la pondération classique des intérêts. Le point de vue adopté est tout autre en raison de l'enjeu du débat : il ne s'agit pas de résorber une inégalité ponctuelle mais bien de réparer une injustice entendue comme historique<sup>163</sup>. Toute distinction de traitement n'est pas une discrimination (*supra*). De même, toute discrimination n'est pas positive.

L'arrêt n° 9/94 de la Cour d'arbitrage marque l'entrée officielle de l'*affirmative action* dans l'ordre juridique belge. Était en cause l'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> de la loi du 1er avril 1969

---

<sup>160</sup> Cour eur. D.H., décision *Boso c. Italie, op. cit.*

<sup>161</sup> La loi n° 194 de 1978.

<sup>162</sup> Cour eur. D.H., décision *Boso c. Italie, op. cit.*, p. 7.

<sup>163</sup> A. LEVADE, *op. cit.*, p. 62.

instituant un revenu garanti aux personnes âgées<sup>164</sup> formulé comme suit : « un revenu garanti est accordé aux hommes et femmes âgés respectivement d'au moins soixante-cinq et soixante ans et qui satisfont aux conditions fixées par la présente loi ». La question préjudicielle posée par le Tribunal du travail de Verviers consistait donc à savoir si cette disposition est conforme aux articles 10 et/ou 11 de la Constitution.

Alors que l'Office national des pensions arguait une simple distinction de traitement fondée sur une justification objective et raisonnable (l'évolution économique et sociale), étonnamment, le Conseil des Ministres déclara :

« A cet égard, il convient de souligner qu'à tout le moins aujourd'hui, et pour quelque temps encore, un régime différencié en matière de revenu garanti aux personnes âgées se justifie. C'est qu'il existe, en effet, *des héritages du passé*, qui jouent au détriment des femmes âgées. Celles-ci ont souvent été handicapées dans le déroulement et le développement de leur carrière professionnelle par le simple fait qu'elles étaient femmes et, à ce titre, confinées dans des tâches ménagères et l'éducation des enfants. Elles n'ont bénéficié que tardivement du principe "à travail égal, salaire égal" consacré par l'arrêté royal du 9 décembre 1975; nombreuses sont donc celles qui ont subi des discriminations salariales, dont les effets se répercutent aujourd'hui sur le montant des pensions de retraite qui leur sont reconnues.

Compte tenu de ces handicaps liés au passé, *il n'est nullement en contradiction avec le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes de maintenir certaines différenciations en faveur des femmes pendant le temps qui, selon une appréciation raisonnable, sera nécessaire pour effacer ces handicaps dans les faits et créer les conditions d'une réelle égalité entre les personnes âgées, sans distinction de sexe.* »<sup>165</sup>

Nul doute, le Conseil des Ministres invoquait effectivement les actions positives et la Cour s'est appropriée le concept en réadaptant le contrôle du principe d'égalité. Pour cause, le test de comparabilité classique qui se contente de rechercher une justification objective et rationnelle est clairement insuffisant. Comme développé lors de l'analyse de l'arrêt *Regents of the University of California v. Bakke (supra)* assez rapidement, le juge se retrouve face à une impasse : d'un côté, le droit individuel de ne pas subir d'inégalité et de l'autre, l'instauration d'une égalité substantielle pour une catégorie de la population.

De ce fait, afin d'apprécier véritablement toute la nuance de ces soi-disant « discriminations », le juge a égard à quatre critères<sup>166</sup>. Premièrement, il vérifie l'existence d'une inégalité manifeste (1) que la mesure entend diminuer (2) et si cette dernière a vocation à disparaître dès l'objectif atteint (3). Enfin, il faut porter une attention particulière à ne pas porter inutilement atteinte au droit d'autrui (4). Force est toutefois de constater que la prise en compte de ces éléments ne permet pas de concilier davantage les discriminations positives avec le principe d'égalité constitutionnel.

---

<sup>164</sup> M.B., 29 avril 1969.

<sup>165</sup> C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, A.2.5., souligné par nous.

<sup>166</sup> C. HOREVOETS et S. VINCENT, *op. cit.*, pp. 70-71.

Tout d'abord, avant même d'utiliser cette méthode de contrôle, le juge doit admettre qu'il y a eu des inégalités par le passé, vis-à-vis de ce groupe. Il ne suffit pas que l'inégalité soit manifeste ; il faut qu'elle trouve son origine ancrée dans la société. Sans cet aspect, il n'y a pas de discrimination positive à proprement parler et la mesure est plus difficilement justifiable.

Ensuite, en analysant de plus près, on constate que la réduction de l'inégalité constitue l'objectif qui légitime l'entorse au principe d'égalité. Quant aux critères de limitation dans le temps et d'absence d'atteinte inutile aux droits d'autrui, ce ne sont que de simples réinterprétations du principe de proportionnalité. Si la discrimination positive ne quitte pas l'ordre juridique, elle risque, à son tour, de créer une inégalité<sup>167</sup>. Le Conseil d'État a également souligné cet aspect lors de son avis sur le décret de la Communauté française du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en œuvre de discriminations positives<sup>168</sup> et a ajouté que le législateur devait s'assurer continuellement de l'efficacité à travers la mise en place d'instruments d'évaluation<sup>169</sup>. Autrement dit, si les résultats ne répondent pas suffisamment aux attentes des autorités, les programmes de discrimination doivent immédiatement cesser.

De surcroît, l'atteinte aux droits d'autrui amène le juge face à une situation complexe. Sont confrontés non pas deux, mais bien trois types d'intérêts distincts (la personne discriminée, les bénéficiaires de la discrimination positive et les personnes à l'origine de la discrimination)<sup>170</sup> et chacune des parties voudra faire valoir son droit à l'égalité. En outre, il n'est pas question d'une ingérence aux droits mais de savoir quelle solution se rapproche le plus de l'*Égalité* en tant que norme suprême de justice sociale.

Pour reprendre les termes de Bernadette Renauld – dont nous défendons la thèse –, ce test de proportionnalité « fait subir à la notion d'égalité une sorte de 'torsion', parce qu'on l'y fait jouer deux rôles. [...] [E]lle est à la fois l'objectif à atteindre et le droit auquel il est porté atteinte par le moyen mis en œuvre »<sup>171</sup>. C'est la raison pour laquelle elle suggère de déplacer la base constitutionnelle des discriminations positives en Belgique. Au lieu d'invoquer ensemble les articles 10 et 11 de la Constitution, il serait plus opportun de n'avoir recours

---

<sup>167</sup> Voy. D. SABBAGH, « La discrimination positive : une "politique de l'exception" ? », *op. cit.*

<sup>168</sup> *M.B.*, 22-08-1998, *err. M.B.*, 10-11-1998.

<sup>169</sup> Avis 27.394/2 du 30 mars 1998 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 30 juin 1998 visant à assurer à tous les élèves des chances égales d'émancipation sociale, notamment par la mise en œuvre de discriminations positives, *Doc. C.C.F.*, 1997-1998, n° 235/1, p. 53.

<sup>170</sup> D. THARAUD, *op. cit.*, p. 745.

<sup>171</sup> B. RENAULD, « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *R.T.D.H.*, 1997, spéc. pp. 452-453.

qu'à la seconde disposition<sup>172</sup> qui reconnaît aux Belges (et étrangers) la jouissance des droits et libertés sans discrimination.

L'enjeu est très loin d'être sémantique. Le déplacement de leur base constitutionnelle<sup>173</sup> permet aux discriminations de dépasser le conflit interne au principe d'égalité et de leur assurer une assise stable dans l'ordre juridique belge. En effet, quand on compare avec le droit français (qui postule pratiquement le même principe d'égalité formelle entre ses citoyens), l'on constate que le principe est l'interdiction des actions positives. Ces dernières parviennent à se faufiler dans l'ordre juridique, soit à travers le test de comparabilité (« à situations différentes, règles différentes »), soit elles requièrent une base constitutionnelle qui assure leur légitimité<sup>174</sup>. C'est cette seconde méthode qu'utilisa le législateur français pour garantir la parité dans les institutions publiques et des politiques d'*affirmative action* qui suivirent.

Selon nous, quand bien même la Cour constitutionnelle parlerait systématiquement *du* principe d'égalité et de non-discrimination, envisageant qu'il s'agit pour l'un du versant positif et de l'autre du versant négatif d'un même droit, les *deux* notions n'ont pas la même portée. D'où l'intérêt d'avoir deux dispositions distinctes. L'article 10, pour sa part, existe depuis la création de la Belgique et la promulgation de la Constitution de 1831. Avant tout, il était question de reconnaître à *l'individu* un droit à se prévaloir égal à tout autre de ses concitoyens<sup>175</sup>. À l'inverse, l'article 11 n'a été inséré qu'avec la fédéralisation de l'État en 1970<sup>176</sup>, au moment-même où le constituant a conféré des droits particuliers aux *communautés* en prenant compte de leurs différences spécifiques. Si le premier place tous les individus sur le même pied, le second crée un bouclier contre les discriminations en faveur des collectivités.

---

<sup>172</sup> Marc Uyttendaele tient également l'art. 11 de la Constitution comme fondement. Voy. Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par Mmes Van Riet et de t'Serclaes à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité (ci-après : « Rapport Van Riet »), Doc. Parl., Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-465/4, p. 79.

<sup>173</sup> *A contrario*, pour P. Lemmens, la base constitutionnelle des actions positives se situent à l'art. 10 de la Constitution. Voy. rapport Van Riet, pp. 26-27 et P. LEMMENS, « Gelijkheid en non-discriminatie in het internationale recht : synthese », *Gelijkheid en non-discriminatie. Egalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 89-91.

<sup>174</sup> A. LEVADE, *op. cit.*, pp. 65-67.

<sup>175</sup> B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. II, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605.

<sup>176</sup> G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 679-696.

Pour sortir du conflit interminable entre les égalités, il conviendrait d'adopter un tout autre point de vue sur ce principe. Lorsqu'on invoque l'article 10 de la Constitution, seul ou avec l'article 11, on introduit l'égalité formelle dans la discrimination positive. En revanche, si l'on tient compte uniquement de l'article 11 et du principe de non-discrimination, l'égalité n'est plus un principe que l'on applique *proportionnellement* aux autres intérêts en jeu. Mais elle devient une fin en soi : les minorités ou les catégories historiquement lésées auraient un droit à ne plus être discriminées.

Cette approche alternative existe notamment à la Cour suprême du Canada. L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>177</sup> reconnaît à toute personne la même protection, « indépendamment de toute discrimination ». Dans le cadre de l'arrêt *Andrews*<sup>178</sup>, la Haute juridiction a jugé bon de définir expressément le terme « discrimination » : elle consiste en « une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer des désavantages non imposés à d'autres, ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux avantages offerts à d'autres membres de la société »<sup>179</sup>. *A contrario*, une distinction intentionnelle qui conférerait des avantages aux groupes défavorisés n'est nullement prohibée<sup>180</sup> ; ce que confirme le deuxième paragraphe de cette même disposition.

La non-discrimination est trop souvent négligée dans la jurisprudence, étant tenue pour un quasi-synonyme de l'égalité formelle. En conférant à l'article 11 de la Constitution toute la légitimité qui lui revient, on trouverait enfin une solution pour dépasser le dilemme intrinsèque à la discrimination positive. Lors de la révision constitutionnelle de 2002, le constituant a jugé bon d'introduire un article 11*bis* dans le but de constitutionnaliser les discriminations positives entre hommes et femmes (*infra*). Mais la pertinence<sup>181</sup> de cet ajout pose question dans le sens où l'article 11 de la Constitution – comme nous venons de

---

<sup>177</sup> Art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés :

« (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. »

<sup>178</sup> C.S. Canada, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 2 février 1989, n° 1 R.C.S. 143., cité par B. Renaud dans « Les discriminations positives. Plus ou moins d'égalité ? », *op. cit.*, pp. 425-460 et commenté par nous.

<sup>179</sup> C.S. Canada, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 2 février 1989, n° 1 R.C.S. 143.

<sup>180</sup> Notons la ressemblance avec la théorie américaine du « Carolene Products » (*supra*).

<sup>181</sup> I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 153-182.

l'expliquer – permet déjà de telles pratiques, non seulement en distinguant les sexes mais aussi pour toute autre catégorie, contrairement au droit français qui a dû constitutionnaliser la politique de parité pour y avoir recours. L'ajout de l'article 11*bis* est sans doute l'aveu d'une méconnaissance de l'article 11. Car, en admettant formellement le droit de ne pas être discriminé, la Constitution belge introduit très clairement l'idée des *affirmatives actions*. Elle n'entend pas de cette façon résorber toute l'inégalité existante. Mais une bonne interprétation de ce principe permettrait certainement de faciliter l'adhésion de ce type d'action dans notre ordre juridique.



## **CHAPITRE IV. L'ANALYSE D'UNE POLITIQUE PARTICULIÈRE DE DISCRIMINATION POSITIVE : LA LOI DU 28 JUILLET 2011 RELATIVE À LA PRÉSENCE DES FEMMES DANS LES CONSEILS D'ADMINISTRATION DES ENTREPRISES COTÉES EN BOURSE, DES ENTREPRISES PUBLIQUES AUTONOMES ET DE LA LOTERIE NATIONALE (« LA LOI SUR LES QUOTAS »)**

À l'instar de bon nombre de pays européen, le Parlement belge a adopté en 2011, une loi relative aux quotas de genre dans les conseils d'administration. Dû à un manque cruel de mixité (section 1), le législateur a estimé bon d'intervenir directement dans la composition des instances de direction des entreprises publiques et cotées (section 2), par le biais d'une action positive (section 3). Dans le cadre de la présente contribution, il convient de se pencher sur cette loi afin d'examiner un cas précis de discrimination positive et d'en apprécier la pertinence (section 4).

### **Section 1. Le contexte d'adoption de la loi**

En 2002, le pouvoir constituant a expressément inscrit le principe d'égalité entre les hommes et les femmes à l'article 10, §3 de la Constitution. Si certains avaient pertinemment (*supra*) défini l'acte comme un « enfoncement de porte ouverte »<sup>182</sup>, les auteurs de la disposition arguaient leur souhait d' « établir [ce principe] en droit actif et fondamental »<sup>183</sup>. Cependant, les inégalités persistent. Les écarts se marquent principalement dans le secteur professionnel, alors même qu'avec la signature du Traité de Rome et la création de l'Union européenne, les États membres avaient accepté d'assurer et maintenir « l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail »<sup>184</sup>. Or, comme le rappelle sans cesse les médias et divers activistes, les femmes reçoivent en moyenne 10,2% en moins de salaire que les hommes, pour des fonctions similaires<sup>185</sup>. Alors que les universités se féminisent de plus en plus et que davantage de femmes (53%) en sortent diplômées, très souvent elles occupent des postes intermédiaires ou élémentaires. En outre, elles représentent uniquement 14% des administrateurs des sociétés

---

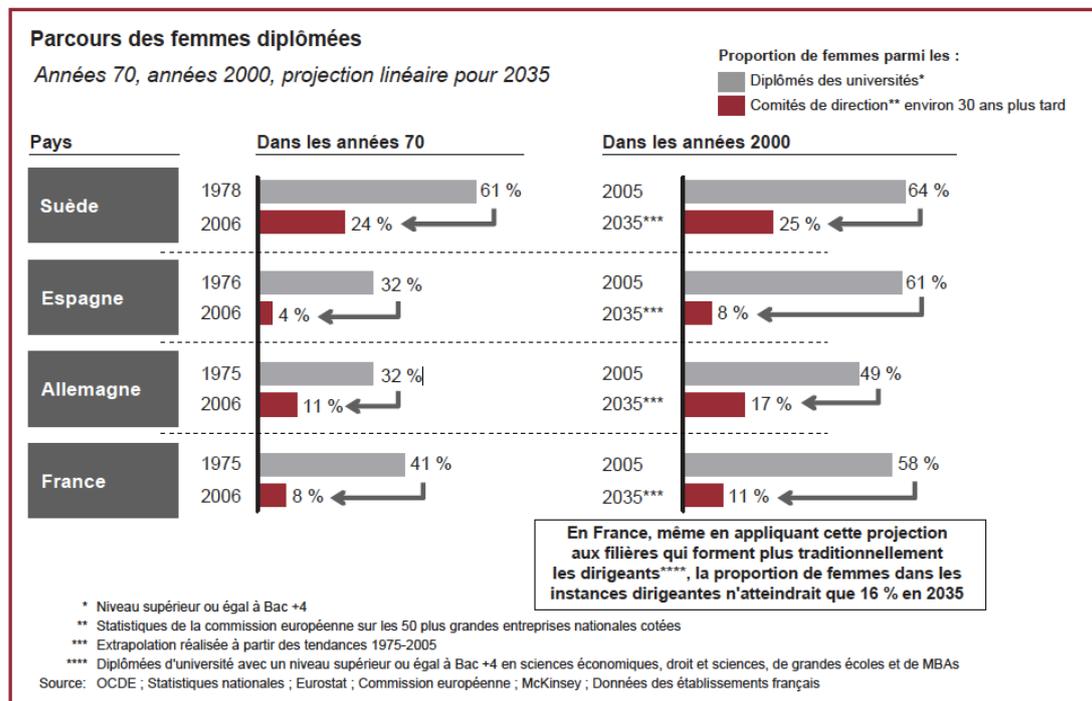
<sup>182</sup> I. HACHEZ et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 153.

<sup>183</sup> « Rapport Van Riet », *op. cit.*, p. 5.

<sup>184</sup> Traité de Rome (1957), art. 119, devenu art. 157 TFUE.

<sup>185</sup> E. HUCHET *et al.*, « L'accès des femmes aux postes à responsabilités en Belgique. Entre entreprise sociale et classique : se co-inspirer pour un égal accès aux postes à responsabilité », *RSE & Diversité*, 2015, p. 9.

cotées<sup>186</sup>. Autrement dit, l'augmentation du nombre de femmes diplômées n'est pas proportionnelle à leur présence dans les instances dirigeantes<sup>187</sup>.



#### Impact du nombre de femmes diplômées des universités sur leur présence dans les instances de direction<sup>188</sup> (sans l'intervention des autorités publiques)

En sciences sociales, ce phénomène se définit comme le « plafond de verre ». Il s'agit des « barrières invisibles artificielles, créées par des préjugés comportementaux et organisationnels, qui empêchent les femmes d'accéder aux plus hautes responsabilités. [...] Le terme de plafond de verre illustre bien le constat que, lorsqu'il n'existe aucune raison objective pour que les femmes ne s'élèvent pas, comme le font les hommes, jusqu'aux plus hautes fonctions, c'est une discrimination inhérente aux structures et aux dispositifs organisationnels des entreprises ainsi qu'à la société »<sup>189</sup>. En somme, briser ce « plafond de verre » permettrait non seulement de stopper une discrimination liée au sexe mais ce serait également une façon de réduire les inégalités généralisées sur tout le marché de l'emploi (*infra*).

<sup>186</sup> E. HUCHET *et al.*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>187</sup> MCKINSEY & COMPANY, Women Matter. *La mixité, levier de performance de l'entreprise*, 2007, p. 6. Disponible sur : <http://www.molinsight.net/amonet/Women%20Matter%202007.pdf> (consulté le 2 août 2017).

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> Proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et le Code des sociétés afin de garantir la présence des femmes dans les instances délibératives des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées, *Doc. Parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/001, p. 3.

Conscient de tous ces phénomènes et encouragé par la Commission européenne, le législateur est intervenu en imposant la présence d'un tiers au moins des administrateurs des entreprises publiques, de la Loterie nationale ainsi que des sociétés cotées en bourse, doit être du sexe différent de celui des autres membres. Le défi à relever n'était pas des moindres. En effet, en 2006, seules 55 % des entreprises du BEL20 comptent au moins une femme dans leur conseil d'administration parmi lesquelles, 10 % ont au mieux deux administrateurs de sexe féminin<sup>190</sup>. Par ailleurs, le monde entrepreneurial s'est montré assez réticent à intégrer ces changements, se cachant derrière leur liberté d'association. Cet argument fut également soulevé par le Conseil d'État (*infra*) qui redoutait également une désapprobation de la Cour de justice de l'Union européenne, opposée aux quotas absolus et stricts. Il reste que le législateur fera fi de ces critiques et adoptera néanmoins cette loi relative à la présence des femmes dans les conseils d'administration des entreprises cotées en bourse, des entreprises publiques autonomes et de la Loterie Nationale. Le Parlement européen viendra conforter cette décision deux ans plus tard avec la proposition de directive sur l'amélioration de l'équilibre femmes-hommes.

## **Section 2. L'exposé de la loi**

La loi du 28 juillet 2011 impose des mécanismes de diversification de genre à quelques entreprises en particulier (§1<sup>er</sup>). Pour ce faire, elles bénéficient d'une période d'adaptation. Une fois ce délai écoulé, les sanctions prévues par la loi deviennent applicables (§2).

### **§ 1<sup>er</sup>. Le champ d'application *ratione personae***

Premièrement, les entreprises publiques (loi du 28 juillet 2011, art. 2) qui entrent dans le champ d'application de l'article 18 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques - c'est-à-dire Proximus<sup>191</sup>, la Société Nationale des Chemins de fer belges (SNCB), Infrabel, bpost et Belgocontrol<sup>192</sup> -, doivent compter parmi les membres du conseil d'administration désignés par l'État belge, un tiers au moins de personnes

---

<sup>190</sup> E. HUCHET *et al.*, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>191</sup> Proximus et bpost font également partie des entreprises cotées en bourse.

<sup>192</sup> Loi du 21 mars 1991, art. 1<sup>er</sup>.

de sexe différent de la majorité. Les auteures<sup>193</sup> de la proposition jugeaient bon que les entreprises publiques<sup>194</sup> commencent par montrer l'exemple en raison même de leur nature.

Deuxièmement, elles considéraient que les sociétés cotées en bourse (loi du 28 juillet 2011, art. 4), qui bénéficient de l'épargne publique, doivent aussi comporter au maximum deux tiers de personnes du même sexe au sein du conseil d'administration

Enfin, la Loterie nationale (loi du 28 juillet 2011, art. 5), en tant qu'entité dépendante du gouvernement fédéral, se voit appliquer un régime identique aux entreprises publiques.

## **§ 2. La mise en œuvre et les sanctions**

De nouveau, la distinction entre les entreprises publiques (A) et la Loterie nationale avec les sociétés anonymes cotées en bourse (B) est de vigueur pour la période d'adaptation ainsi que pour l'application des sanctions.

### ***A. Les entreprises publiques***

En ce qui concerne les premières, la loi est applicable dès le premier jour de l'exercice social qui suit sa publication au Moniteur belge. En cas de non-respect de la mixité sexuelle, la sanction est la nullité de la nomination.

### ***B. Les entreprises cotées***

L'entrée en vigueur de l'obligation se fait plus progressivement pour les autres entreprises, avec un délai entre l'implémentation de la mesure et les applications de sanction.

Tout d'abord, immédiatement à partir de la publication de la loi en cause, elles doivent mentionner dans leur rapport de gestion, les efforts consentis pour l'intégration d'un tiers au moins de membres de sexe différent.

Ensuite, les quotas doivent être respectés dès le sixième exercice social sauf s'il s'agit de sociétés dont « les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé visé à l'article 4 du Code des sociétés et dont le flottant est inférieur à 50 % et pour les sociétés qui, sur une base consolidée, répondent à au moins deux des trois critères suivants : a) nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes au cours de l'exercice concerné; b) total du bilan inférieur ou égal à 43.000.000 d'euros; c) chiffre d'affaires net annuel inférieur ou égal à

---

<sup>193</sup> Proposition de loi déposée par Mme Colette Burgeon, Karine Lalieux, Marie-Claire Lambert, Linda Musin et Valérie Déom.

<sup>194</sup> Proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991, précitée, p. 5.

50.000.000 d'euros »<sup>195</sup>. Pour ces dernières, l'obligation de différenciation entre en vigueur à partir du huitième exercice social qui suit la publication de la loi.

Quant aux sanctions, elles ne sont applicables qu'à partir de l'année qui suit l'entrée en vigueur de la mixité (donc respectivement au septième et neuvième exercice social). Pour les entreprises cotées, en outre de l'annulation de la nomination irrégulière, la loi prévoit la suspension des avantages liés à la fonction pour tous les administrateurs. Le législateur a souhaité retarder l'application des sanctions afin de laisser se renouveler les mandats (souvent de six ans) en cours<sup>196</sup>.

### **Section 3. Les quotas ou la mise en œuvre d'une action positive en faveur des femmes**

Lorsque le Conseil d'État a rendu son avis sur la loi du 28 juillet 2011, il a naturellement examiné le cas dans le cadre qui revient aux actions positives. Il a passé au crible chacune des quatre conditions pour évaluer la conformité avec les principes d'égalité et de non-discrimination (*supra*), c'est-à-dire, l'existence d'une inégalité manifeste que la loi vise à faire disparaître, avec une mesure temporaire (§ 1<sup>er</sup>) et sans restriction inutile au droit d'autrui<sup>197</sup> (§ 2).

#### **§ 1<sup>er</sup>. L'existence d'une inégalité et le caractère temporaire**

Dans la proposition de loi, les auteures avaient très clairement décrit les difficultés globales des femmes dans le monde professionnel et défini en quoi des quotas de genre dans les conseils d'administration pouvaient venir à bout de cette inégalité structurelle. Cependant, elles n'avaient pas envisagé des évaluations pour répondre au caractère temporaire de toute action affirmative. Le Conseil d'État suggérait alors d'ajouter des mesures d'évaluation<sup>198</sup>. Le législateur a suivi cette recommandation sans problème.

---

<sup>195</sup> Loi du 28 juillet 2011, art. 7, §2.

<sup>196</sup> Rapport complémentaire fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 [...], *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/010.

<sup>197</sup> C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2.

<sup>198</sup> Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et de la Loterie Nationale » (Doc. parl., Chambre, 2010-2011, n° 53-211/5), du 26 avril 2011, n° 49.473/AG, p. 7.

## § 2. L'atteinte inutile aux droits d'autrui

De nouveau, selon que l'entreprise concernée soit publique (A) ou privée (B), les droits en jeux ne sont pas identiques.

### *A. Pour les entreprises publiques*

Par contre, la section de législation avait émis de plus longues réserves quant à l'atteinte inutile aux droits d'autrui. Si elle admettait les quotas dans les entreprises publiques concernant les administrateurs désignés par l'État belge, elle se montra bien plus critique vis-à-vis de l'obligation instaurée aux entreprises cotées. Pour les premières, elle avait tenu simplement à rappeler le respect de la règle de proportionnalité qui impose, en vertu de la jurisprudence de la CJUE, de comparer les « titres et mérites » des candidats de sexe différent avant de procéder à la nomination. Elle regrettait l'absence d'une « clause d'ouverture » qui constitue dans la jurisprudence de l'Union, une « *clause selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues par priorité si des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin font pencher la balance en sa faveur* »<sup>199</sup>.

À notre estime, cette recommandation du Conseil d'État n'est pas pour le moins surprenante. En effet, à supposer que la remarque du Conseil d'État soit adaptée, il faut rappeler que la CJUE condamne les actions positives basées sur le sexe dès lors qu'elles confèrent un avantage absolu et inconditionnel ; ce qui, faute de preuve contraire, n'est pas le cas dans cette loi. D'ailleurs, cette même juridiction a déclaré à maintes reprises qu'« en cas d'affectation à un emploi dans un grade plus élevé, les femmes, à qualification égale à celle de leurs concurrents masculins, doivent être prises en considération en priorité si elles sont sous-représentées, étant entendu qu'il y a sous-représentation lorsque les femmes ne représentent pas la moitié au moins des effectifs des différents grades de la catégorie de personnel concernée d'un service et qu'il en est de même pour les niveaux de fonction prévus selon l'organigramme »<sup>200</sup>. Ainsi, il convient simplement de s'assurer de l'égale qualification des potentielles administratrices pour leur permettre d'accéder au poste.

Aussi, en admettant que les « clauses d'ouverture » puissent être pertinentes pour les sélections d'employé(e)s, elles risqueraient toutefois, d'épuiser complètement la loi sur les conseils d'administration de sa raison d'être. Les nominations des administrateurs dans les

---

<sup>199</sup> CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, Badeck e.a., *Jur.* CJUE 2000, I, 1875., considérant 18, cité par le Conseil d'État dans l'avis n° 49.473.

<sup>200</sup> C. HOREVOETS et S. VINCENT, *op. cit.*, p. 66.

entreprises publiques ne sont pas tant liées aux prétendus « titres et mérites » mais tiennent toujours à la personnalité du nommé, pour ne pas dire à ses affinités politiques. Le deuxième paragraphe de l'article 18 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques<sup>201</sup> dispose que pour les entreprises publiques qui n'ont « pas la forme de société anonyme de droit public, le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, détermine le nombre d'administrateurs et nomme les administrateurs ordinaires ». Il s'agit donc bien d'une simple nomination, sans mention aucune de procédure de sélection avec un examen des « titres et mérites » du futur administrateur. De plus, comme le souligne Valérie Simonart, « il n'y a quasiment jamais de publication de vacances et assez rarement des candidatures spontanées. [...] On ne connaît d'ailleurs pas de cas dans lesquels un candidat malheureux au conseil d'administration aurait critiqué en justice la décision de nommer une autre personne »<sup>202</sup>. Au mieux, le Code de bonne gouvernance de 2009 (à valeur de *soft law*) prévoit que « [c]ette composition est basée sur la mixité des genres, et la diversité en général, ainsi que sur la complémentarité de compétences, d'expériences et de connaissances »<sup>203</sup>. Ce qui, sans contester, va dans le sens de la loi.

Il n'est donc pas étonnant que le législateur n'ait pas retenu cette proposition du Conseil d'État et ait rejeté l'amendement qui allait dans ce sens<sup>204</sup>.

### ***B. Pour les sociétés cotées***

Par rapport aux entreprises cotées en bourse, dans le cas présent, le conflit oppose non seulement deux interprétations de l'égalité (*supra*) mais il met également en cause la liberté d'association.

Le Conseil d'État avait fait part de ses réticences aux quotas sous prétexte qu'ils réduisaient la souveraineté de l'assemblée générale, qui a le plein pouvoir de nommer les administrateurs en vertu de l'article 518, §2, du Code des sociétés. D'une part, il relève une confusion des rôles dans le chef du législateur, qui sanctionne les actions du conseil d'administration irrégulièrement nommé alors que la nomination relève des prérogatives de l'assemblée générale. D'autre part, il estime que les quotas réduisent grandement la souveraineté de cette dernière dans le sens où son choix se retrouve désormais limité :

---

<sup>201</sup> *M.B.*, 27 mars 1991.

<sup>202</sup> V. SIMONART, « L'obligation de mixité au sein du conseil d'administration des sociétés cotées », *Rev. prat. soc.*, 2011, p. 64.

<sup>203</sup> article 2.1.

<sup>204</sup> Amendement n° 21 à la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 [...], *Doc. Parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/009.

l'assemblée générale serait tenue de nommer telle ou telle personne, en ayant égard au nombre total de représentant de son sexe. En outre, elle dispose du pouvoir de révoquer *ad nutum* tout administrateur qui qu'il soit. Enfin, le Conseil d'État conclut que « la liberté de choix de l'assemblée générale [...] doit être préservée, sous réserve du respect de l'intérêt social, critère ultime de la validité de toute décision sociale, qui est d'assurer la continuité, le développement et la croissance de la société »<sup>205</sup>.

Avant tout, nous voyons difficilement en quoi la nomination d'un tiers de personnes de sexe différent porte atteinte au droit de révocation *ad nutum* de l'assemblée générale. Peu importe le genre, c'est toujours elle qui procède à l'élection et éventuellement à la révocation du conseil d'administration. Toutefois, il convient de nuancer les propos du Conseil d'État.

Si effectivement l'assemblée générale vote, les nominations émanent du conseil d'administration lui-même, et bien plus rarement des actionnaires. Le premier présente les candidats et les seconds valident ou invalident simplement ce choix. La prétendue liberté d'association des actionnaires n'a donc pas la portée espérée dans les faits. C'est même la raison qui a conduit le Code de bonne gouvernance à préconiser l'instauration d'un comité de nomination qui « formule des recommandations au conseil pour la nomination des administrateurs, du CEO et des autres membres du management exécutif [...] »<sup>206</sup>.

Aussi, il existe souvent une multitude de conditions<sup>207</sup> dans les statuts à remplir par les candidats-administrateurs. De plus, la loi elle-même aménage la composition<sup>208</sup> en imposant notamment un nombre maximum et minimum d'administrateurs (C. soc. art. 518), en prévoyant des administrateurs indépendants (C. soc. art. 526*bis* et 526*quater*) ou qui ont des compétences en comptabilité ou en finances, *etc.* En pratique<sup>209</sup>, elle est donc bien loin d'être omnipotente contrairement à ce que laisse entendre le Conseil d'État.

Ensuite, les conseillers d'État avaient évoqué que l'intérêt social (qui est le développement et la croissance de la société) pouvait mettre un frein à la liberté de choix de l'assemblée générale (*supra*). Faut-il déduire qu'*a contrario* la mixité ne serait pas dans l'intérêt social ? ou que la diversité des sexes répond suffisamment aux enjeux de

---

<sup>205</sup> Avis du Conseil d'État n° 49.473/AG, pp. 11-12.

<sup>206</sup> Avis du Conseil d'État n° 49.473/AG, p. 13, note infrapaginale n° 31.

<sup>207</sup> Voy. l'intervention de M. Gerkens dans le rapport de commission (précitée), *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/004, p. 7.

<sup>208</sup> V. SIMONART, *op. cit.*, p. 66.

<sup>209</sup> A.-F. BENDER *et al.*, « Les quotas de femmes dans les conseils d'administration », *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, n° 34, p. 170.

développement et croissance de la société au point de limiter un quelque soit peu la souveraineté de l'assemblée générale ?

#### **Section 4. Les quotas, une méthode efficace ?**

Comme toute mesure de discrimination positive, les quotas prévus par la loi du 28 juillet 2011 doivent prouver leur efficacité (§2) pour perdurer dans l'ordre juridique. Une évaluation de la politique (§1<sup>er</sup>) s'avère également nécessaire pour jauger de la disparition de l'inégalité antérieure.

##### **§ 1<sup>er</sup>. Le bilan de la loi sur les quotas de 2011**

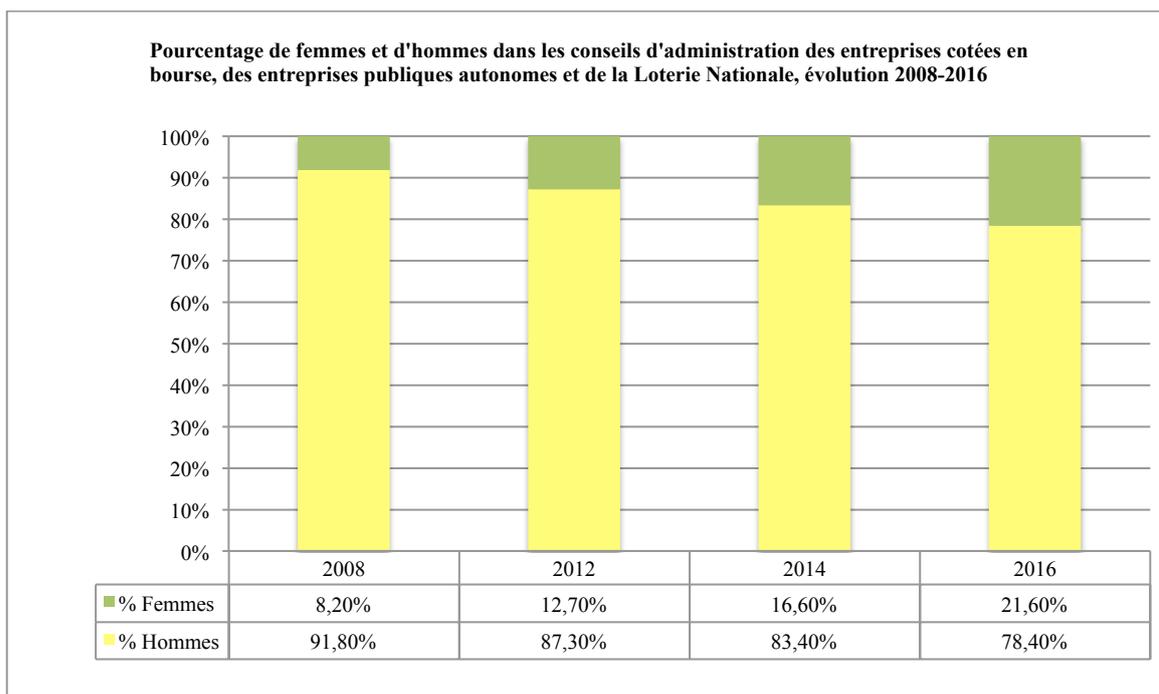
L'avis concluait que des moyens moins attentatoires qu'une loi rigide pouvaient provoquer des changements de manière plus douce. Il faut savoir qu'une première proposition de loi relative aux quotas avait déjà été émise en 2004<sup>210</sup> et le même argument avait été invoqué pour la rejeter. Suite à cela, l'importance de la diversité a été ajoutée dans le Code de bonne gouvernance. Mais sept ans après, la Belgique ne comptait pas davantage d'administratrices dans ses entreprises. C'est véritablement la raison qui a poussé le législateur à prendre la situation à bras le corps et instaurer les quotas.

Mais comme pour toute politique de discrimination positive, les autorités doivent s'assurer de leur effectivité (*supra*). Dès lors, l'article 6 de la loi du 28 juillet 2011 prévoit une évaluation de la présence féminine dans les conseils d'administration durant les 12 années qui suivent la publication de la loi. Une chose est sûre : les quotas augmentent drastiquement le nombre de femmes<sup>211</sup>.

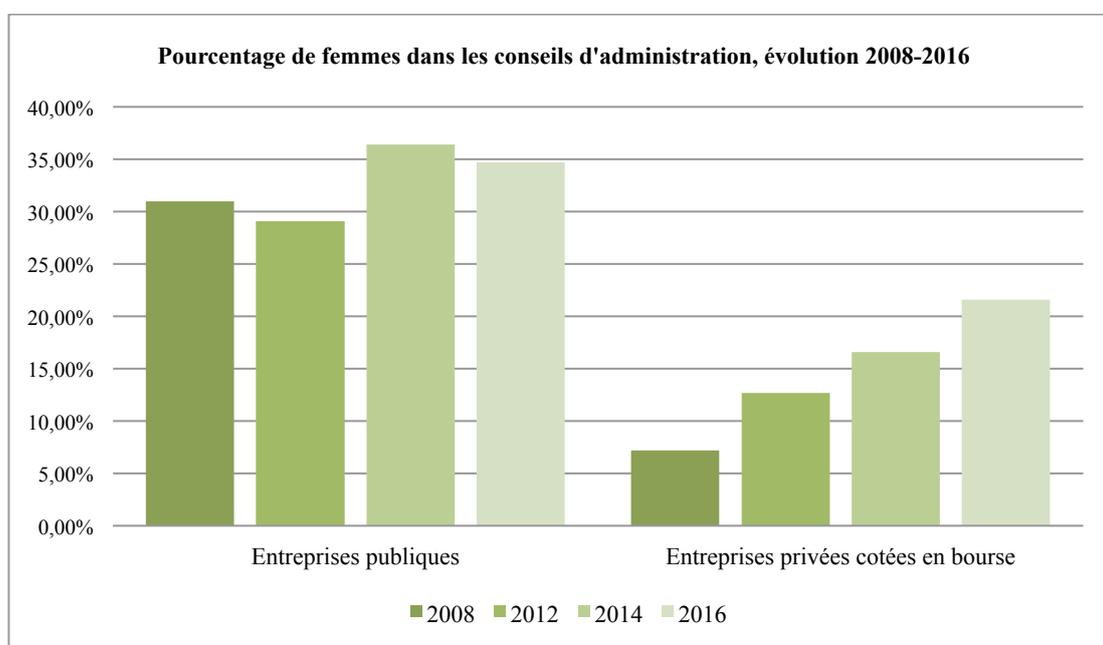
---

<sup>210</sup> Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 [...], *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/004, p. 24.

<sup>211</sup> Graphique basé sur les chiffres fournis par l'INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES (IEFH), *Second bilan de la loi relative aux quotas de genre dans les conseils d'administration des entreprises*, 2017, p. 6. Disponible sur : [http://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/second\\_bilan\\_de\\_la\\_loi\\_du\\_28\\_juillet\\_2011\\_relative\\_aux\\_quotas\\_de\\_genre\\_dans\\_les](http://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/second_bilan_de_la_loi_du_28_juillet_2011_relative_aux_quotas_de_genre_dans_les) (consulté le 28 mai 2017).



Cependant, l'objectif d'avoir un tiers de personnes de sexe différent n'a pas encore été atteint. Plusieurs éléments sont à prendre en considération. En effet, la loi n'est pas entrée en vigueur de la même façon (*supra*) selon qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée, d'une grande société ou d'une PME. Pour ces dernières, la loi leur accorde un délai supplémentaire (jusqu'en janvier 2019) pour se mettre en ordre<sup>212</sup>.



En 2008 déjà, grâce à leurs particularités, les entreprises publiques comptaient en moyenne 31% de femmes dans ses conseils d'administration. Avec l'instauration de la loi,

<sup>212</sup> Loi du 28 juillet 2011, art. 7.

s'est profilée une légère évolution de 3,7% (en 2016)<sup>213</sup>. En ce qui concerne les entreprises privées cotées en bourse<sup>214</sup>, la représentation féminine a triplé depuis l'instauration de la loi, passant de 7,2% à 21,1% (en 2016). Toutefois, l'objectif d'une moyenne d'un tiers n'a pas encore été rempli.

Aussi, certains secteurs<sup>215</sup> ont mieux réussi la transition que d'autres. Notamment, dans les entreprises de télécommunication ainsi que des hydrocarbures et du gaz, le tiers féminin est présent. En revanche, les milieux industriel, pharmaceutique, des finances et de l'électricité peinent à y arriver.

La taille de l'entreprise est également un facteur important<sup>216</sup>. L'on observe que les plus grandes (comme celles du BEL20) sont parvenues au résultat plus rapidement que les infrastructures petites et moyennes. De même, plus l'instance de direction est importante en terme de ses membres, plus vite les quotas sont remplis, sans pour autant que de nouvelles places aient été créées.

Même si la loi ne s'applique pas aux comités de direction<sup>217</sup>, globalement, le nombre de femmes y a augmenté de 5%. Toutefois, force est de constater que si les entreprises publiques ont des conseils d'administration relativement mixtes, pour ce qui est des comités de direction, le pas ne suit pas.

Il reste que les entreprises se mettent (plutôt doivent se mettre) à la recherche de femmes pour combler les quotas. Des cabinets de consultance en entreprise et de recrutement se spécialisent dans la « féminisation efficace des conseils d'administration »<sup>218</sup>. De plus en plus, ils reçoivent des mandats avec la mention « de préférence une femme ». Beaucoup le font simplement pour respecter la loi. Mais d'autres n'hésitent pas à aller plus loin et guettent les femmes « à haut profil » qui non seulement pourront faire carrière au sein de l'institution mais seront aussi formées à devenir de bonnes administratrices.

---

<sup>213</sup> IEFH, *op. cit.*, 2017, pp. 8-10.

<sup>214</sup> *Ibidem.*

<sup>215</sup> *Ibidem.*

<sup>216</sup> *Ibidem.*

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>218</sup> BOURBON (J.-C.), « Les femmes restent très minoritaires dans les conseils d'administration », *La Croix*, 3 janvier 2017. Disponible sur : <http://www.la-croix.com/Economie/Social/Les-femmes-restent-tres-minoritaires-dans-conseils-dadministration-2017-01-03-1200814337> (consulté le 6 août 2017).

## § 2. L'action limitée des quotas

Qu'ils soient partisans ou opposants de la loi de 2011, tout le monde s'accorde à dire que les quotas ne sont pas le moyen idéal pour établir une égalité. Une des critiques récurrentes vise à dire qu'aussi nécessaires soient-ils, les quotas « agissent “en surface” et n'attaquent pas les racines profondes des inégalités de chances qui frappent les femmes, ce constat pouvant être étendu aux conseils d'administration des entreprises ou aux universités, à l'univers sportif comme aux univers syndical et culturel »<sup>219</sup>. Il conviendrait d'entreprendre des démarches plus globales de réduction des inégalités de genre.

Dans cet ordre d'idées, le cabinet de conseil en *management* McKinsey&Company part du constat qu'une intervention publique est nécessaire dans un premier temps pour rendre le monde du travail plus accessible aux femmes (les quotas étant une méthode efficace, comme nous l'avons démontré). Cependant, dans un second temps, une coopération avec les entreprises s'avère primordiale afin de rendre la politique effective. Force est de constater que le monde de l'emploi est toujours « androncentré »<sup>220</sup> malgré l'arrivée des femmes sur le marché du travail depuis plus de 50 ans. Sans une profonde réforme des structures, les quotas risquent de créer des effets pervers et de ne plus être productif à long terme. Eu égard à ceci, McKinsey&Company<sup>221</sup> a défini une série de mesures complémentaires aux quotas pour établir l'égalité des sexes dans les entreprises.

### A. La transparence

Tout d'abord, l'entreprise peut adopter une politique plus transparente dans le suivi des promotions, des augmentations de salaire, de recrutement, *etc.* Selon les données recueillies, elle pourrait répondre plus aisément aux problèmes.

Souvent, on reproche aux quotas d'imposer l'engagement des femmes alors qu'il y a un manque de candidature à la base. Quand bien même, les employeurs ou les assemblées générales souhaiteraient avoir plus de femmes, ils n'y parviendraient pas, faute de représentantes<sup>222</sup>. Un plus grand suivi des données statistiques permettraient d'éluder ce problème. Comme mentionné auparavant, certains secteurs d'activité rencontrent effectivement des difficultés à attirer davantage de femmes. Par exemple, l'entreprise de

---

<sup>219</sup> J. LAUFER et M. PAOLETTI, « Quotas en tout genre ? », *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, n° 34, p. 155.

<sup>220</sup> V. MONNEY *et al.*, « Les souffrances de la femme-quota. Le cas du syndicat suisse Unia », *Travail, genre et sociétés*, 2013/2, n° 30, p. 48.

<sup>221</sup> MCKINSEY&COMPANY, *op. cit.*

<sup>222</sup> F.-X. LUCAS, « La ‘modernitude’ s'invite dans les conseils d'administration », *Bulletin Joly Sociétés*, 2009, n° 11, p. 945.

matériels informatiques, IBM, s'est aperçue qu'elle attirait moins la gent féminine dans les salons de l'emploi<sup>223</sup>. Sur base de cette information, elle a entrepris des campagnes de sensibilisation dans les écoles pour intéresser les jeunes étudiantes à leur domaine d'expertise. Ce genre de pratiques est totalement faisable dans le sens où la plupart des lois imposant des quotas (comme la loi belge de 2011 ou la loi Copé-Zimmerman en France), reconnaissent un délai d'adaptation aux entreprises.

### ***B. L'aide à la conciliation entre la vie privée et la vie professionnelle***

Des postes à plus grandes responsabilités impliquent plus de sacrifice sur le plan de la vie privée. Le monde de l'entreprise fonctionne avec un système où il faut pouvoir se montrer sans cesse disponible et prompt à se déplacer n'importe où, n'importe quand (« *anytime, anywhere* »). Sans trop revenir dessus, les associations féministes décrivent depuis bien longtemps l'inégalité dans le partage des tâches domestiques et familiales<sup>224</sup>. De plus, la biologie étant ce qu'elle est, les femmes ont des carrières plus discontinues en raison de la grossesse et de la maternité.

Une plus grande flexibilité au niveau de l'organisation du travail permettrait de diminuer ces griefs. Le télétravail, le travail à temps partiel ou choisi ne doivent pas devenir l'apparat des femmes uniquement mais s'offrir à tous<sup>225</sup>. Aussi, une gestion de carrière flexible répondrait à ces appels de changement. La reprise du travail suite à une interruption est souvent rude et rares sont les accompagnements à cette étape. Le maintien d'un lien avec l'entreprise pendant la pause-carrière, des rencontres avec la direction lors du départ et du retour seraient une façon d'amortir le choc. Enfin, est inévitable un encouragement des hommes à prendre leur congé de paternité. En résumé, les suspensions temporaires ne doivent plus devenir un frein à l'ascension professionnelle.

### ***C. Une réforme des ressources humaines***

Les évaluations sont souvent plus sévères<sup>226</sup> vis-à-vis des femmes en raison de la façon dont elles mènent leur carrière. Des formations de RH seraient également nécessaires pour réduire les préjugés et stéréotypes liés au genre.

---

<sup>223</sup> MCKINSEY&COMPANY, *op. cit.*, p. 19.

<sup>224</sup> Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991[...], *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/004, p. 13.

<sup>225</sup> F. MILEWSKI, « Femmes : « top » modèles des inégalités », *Revue de l'OFCE*, 2004/3, n° 90, pp. 19-23.

<sup>226</sup> Voy. « Sexisme: les femmes PDG sont plus efficaces, mais sont plus facilement licenciées », *RTBF info*, 9 août 2017. Disponible sur : [https://www.rtb.be/info/economie/detail\\_sexisme-les-femmes-pdg-sont-plus-efficaces-mais-sont-plus-facilement-licenciees?id=9679519](https://www.rtb.be/info/economie/detail_sexisme-les-femmes-pdg-sont-plus-efficaces-mais-sont-plus-facilement-licenciees?id=9679519) (consulté le 9 août 2017).

#### ***D. L'aide à la maîtrise des codes dominants et à la culture de l'ambition***

L'actuelle secrétaire d'État à l'égalité des chances, Zuhair Demir<sup>227</sup> (députée à l'époque) avait relevé que seules 20% des femmes souhaitaient faire carrière. En effet, bon nombre d'études sociologiques montrent que les femmes affichent en général moins de confiance et d'ambition que les hommes. En l'absence de modèle<sup>228</sup> véritable en qui elles peuvent se fier<sup>229</sup>, elles ont tendance à s'autolimiter et revoir leurs objectifs à la baisse. Là où 48% des hommes se prétendent ambitieux, uniquement 15% de femmes affichent les mêmes prétentions<sup>230</sup>. Dans un milieu encore dominé par la gent masculine, elles trouvent difficilement des *mentors*. Dès lors, des *coachings*, des *mentoring*, des activités d'initiation au *leadership*, etc. peuvent combler ces lacunes. En outre, ces diverses formations peuvent s'avérer utiles pour tous les employeurs, peu importe leur sexe.

### **Section 5. Considérations finales sur les quotas de genre en entreprises**

En résumé donc, nous avons tenté de démontrer que les quotas tels qu'instaurés par la loi de 2011 répondent aux critères légaux. Les bilans sont satisfaisants dans le sens où les conseils d'administration sont bien plus féminins qu'auparavant et qu'un changement de mentalités voit peu à peu le jour auprès des entreprises. Toutefois, l'objectif ne pourra être véritablement atteint qu'avec la coopération de ces derniers, qui doivent nécessairement pallier les insuffisances des quotas.

Nous avons délibérément fait le choix d'occulter les très nombreuses études<sup>231</sup> qui attestent de l'efficacité des femmes en entreprise et dans les instances de direction. Nous avons rejeté auparavant la justification utilitariste pour les discriminations positives en général. Les mêmes arguments sont applicables dans le cas présent : à notre sens, ce ne sont

---

<sup>227</sup> Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 [...], *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/004, p. 13.

<sup>228</sup> Voy. F. MILEWSKI, *op. cit.*, pp. 11-68.

<sup>229</sup> Les femmes qui réussissent le font souvent en faisant croix sur une vie familiale stable ou quand elles en ont une, elles se définissent rarement comme de « bonnes mères » (voy. V. MONNEY *et al.*, *op. cit.*, p. 49).

L'ex-patronne de Xerox, Ursula Burns confiait : « *Le monde du business est toujours structurellement conçu pour les hommes. Quand je fais une conférence à l'université, on me demande toujours comment je combine travail et vie de famille. Les femmes me posent souvent cette question, les hommes jamais.* » (« Sexisme: les femmes PDG sont plus efficaces, mais sont plus facilement licenciées », *RTBF info*, 9 août 2017. Disponible sur : [https://www.rtbf.be/info/economie/detail\\_sexisme-les-femmes-pdg-sont-plus-efficaces-mais-sont-plus-facilement-licenciees?id=9679519](https://www.rtbf.be/info/economie/detail_sexisme-les-femmes-pdg-sont-plus-efficaces-mais-sont-plus-facilement-licenciees?id=9679519) ).

<sup>230</sup> MCKINSEY&COMPANY, *op. cit.*, p. 9.

<sup>231</sup> Voy. par exemple, *ibid.* ; R.B. ADAMS et D. FERREIRA, « Women in the boardroom and their impact on governance and performance », *Journal of Financial Economics*, n° 94, 2009, pp. 291-309 ; V. SINGH, S. TEREJESSEN et S. VINNICOMBE, « Newly appointed directors in the boardroom: How do women and men differ? », *European Management Journal*, 2008, n°26, pp. 48-58.

point les arguments d'ordre économique qui doivent être un frein ou un ascenseur de l'accès des femmes.

L'existence d'un plafond de verre crée une inégalité non seulement pour les femmes qui aspirent à la direction mais pour l'ensemble des employées qui dépendent de ce système. La loi de 2011 a porté un premier coup fort pour briser ce plafond. C'est à la société civile de faire le reste.



## CONCLUSION

Dans un premier temps, nous avons exposé les différentes justifications possibles aux discriminations positives. Entre l'utilitarisme, la justice réparatrice et justice redistributive, notre choix s'est porté sur la dernière proposition, sans pour autant négliger la seconde. Si l'une vise à réduire les inégalités en venant en aide aux plus nécessiteux, l'autre entreprend de réparer les injustices du passé. Dans le cas des discriminations positives, les deux approches s'avèrent nécessaires.

Ensuite, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, qui a reconnu la première les *affirmatives actions*, nous a permis d'appréhender les dilemmes intrinsèques à cette politique. Par essence, il est question d'un conflit de droit où entrent en confrontation deux interprétations distinctes de l'égalité. D'aucuns défendent les intérêts individuels de tout un chacun, tandis que d'autres aspirent à un objectif d'égalité en leur qualité de groupe. La Cour tente alors de répondre aux doléances de chacune des parties : tout en reconnaissant la constitutionnalité des *affirmatives actions* en soi, elle rejette les quotas rigides en faveur des politiques plus générales et flexibles de « diversité ». Malgré des fondements bancals, cette jurisprudence a perduré. Les diverses entités comme les établissements d'enseignement supérieur, ont alors mis en place des mesures alternatives mais les résultats s'avèrent peu probants. Sans aucun doute, le véritable problème réside dans la conception de l'égalité telle qu'elle existe dans nos Constitutions libérales.

Suite à cela, notre analyse s'est donc portée sur le contrôle de constitutionnalité des discriminations positives dans l'ordre juridique belge. La Cour constitutionnelle s'est rapidement aperçue de leurs particularités, mettant ainsi sur pied une méthode d'approche spécifique. Or, tant que les juridictions appréhendent la question par le biais de l'égalité, elles seront inévitablement confrontées à une opposition sans fin entre deux conceptions de ce même principe. Comment trancher un tel conflit ? En cas de silence du droit, les juges ont traditionnellement recours à l'équité. Or, le droit belge comporte une assise constitutionnelle de cette équité, retraduite sous la forme du principe de non-discrimination (article 11) qui permet de dépasser les inconvénients liés aux interprétations opposées de l'égalité. En l'occurrence, la non-discrimination admet la diversité et confère alors à tout un chacun le droit de ne pas être préjudicié en raison de ses différences. L'existence des actions positives résident dans cette volonté identique de ne point perpétrer les discriminations.

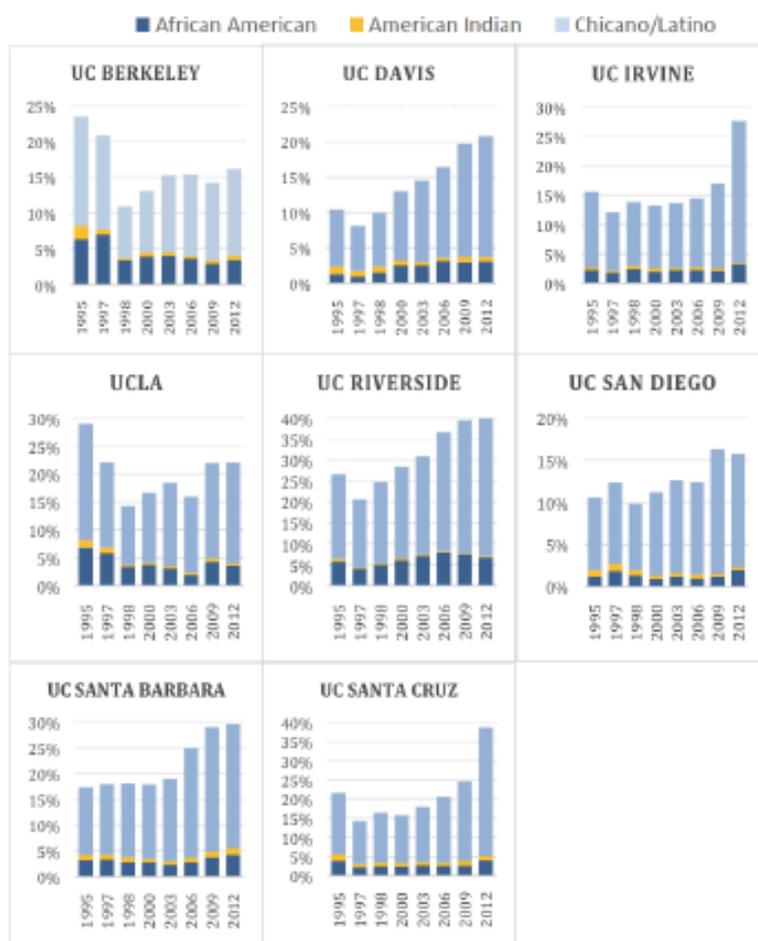
Enfin, passées ces considérations d'ordre purement juridique, nous avons entrepris d'approfondir une politique de discrimination positive en particulier : les quotas de genre dans les conseils d'administration des entreprises publiques et cotées (loi du 28 juillet 2011). Suite à un constat d'inégalité persistante des sexes dans le monde professionnel, le législateur a jugé bon d'intervenir. Malgré certaines réticences, la mesure s'est avérée probante. En effet, le nombre de femmes dans les conseils d'administration s'est amplement accru. Le législateur a ainsi amorcé une évolution des mœurs. Cependant, une collaboration constructive et un dialogue permanent avec le monde entrepreneurial s'avèrent primordial afin que le changement des mentalités soit véritablement ancré au cœur de notre société.

Donc à la question initiale qui était de connaître la légitimité des actions positives, la réponse renvoie à la conception d'une société « juste », c'est-à-dire, à une collectivité qui étant consciente de ses imperfections, tend sans cesse à s'améliorer. Indéniablement, la société comportera toujours des inégalités, que ce soit entre les sexes, entre les races ou autres catégories d'individus. Or, la plupart des textes de droit fondamentaux contiennent un principe d'égalité formelle. Pour reprendre la métaphore du président américain Lyndon B. Johnson, « on ne peut pas rendre sa liberté à un homme qui, pendant des années, a été entravé par des chaînes, l'amener sur la ligne de départ d'une course et croire qu'on est ainsi parfaitement juste ». En effet, il est fort louable d'affirmer ce principe. Dans un État juste, il s'accompagne également d'un impératif moral qui incombe aux politiques de prodiguer les mêmes chances à tous en agissant en amont et en aval de ces discriminations. Très certainement, les actions positives ne permettent pas de résorber toutes les injustices. Mais par leur biais, les autorités posent un geste fort et nécessaire : certaines inégalités sont à ce point inacceptables, qu'elles doivent être anéanties le plus rapidement possible.

À vrai dire, les critiques adressées aux discriminations positives au sujet des inégalités qu'elles produiraient à leur tour, sont trompeuses. Elles ne sont point à l'origine des classifications. Ces dernières existent d'emblée dans une société fortement fragmentée et où la naissance et le statut déterminent en grande partie la réussite. Mais la justice préfère se voiler la face et ignorer trop souvent l'hétérogénéité de la population, au nom d'un principe d'égalité. Accepter les différences, ne serait-ce pas un premier pas pour mettre un terme au rejet ? La question est d'autant plus pertinente dans nos sociétés multiculturelles.

## ANNEXES

Document n°1

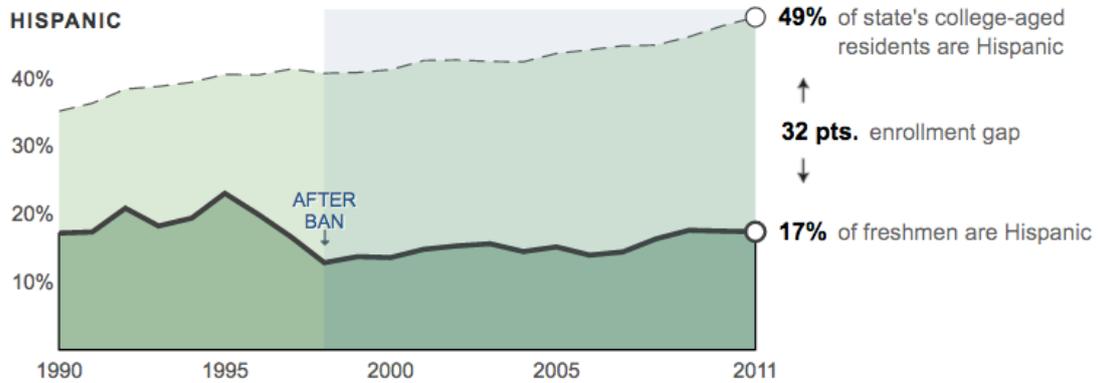


**Figure 7. Underrepresented minority freshman enrollment at eight University of California (UC) campuses, 1995 to 2012 (note scale differences between UC campuses). Data from UCOP (n.d., 2013).**

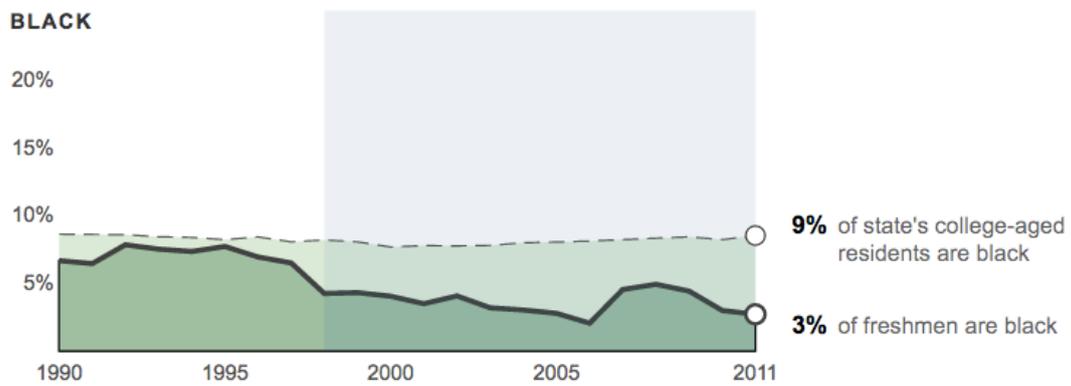
**Source :** P. GÁNDARA et W.C. KIDDER, « Two Decades After the Affirmative ActBan: Evaluating the University of California’s Race-Neutral Efforts », *Educational Testing Service*, octobre 2015, p. 18.

U.C.L.A.

HISPANIC



BLACK



**Source :** THE NEW YORK TIMES, *How Minorities Have Fared in States With Affirmative Action Bans*. Disponible sur : <http://www.nytimes.com/interactive/2013/06/24/us/affirmative-action-bans.html> (consulté le 21 juillet 2017).

## BIBLIOGRAPHIE

### 1. Dispositions normatives

#### a) Textes fondamentaux

- Traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE ou « Traité de Rome »), signé à Rome le 25 mars 1957, art. 119.
- Const. art. 10 et 11.
- XIV<sup>e</sup> Amendement à la Constitution des États-Unis d'Amérique.
- Art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés.

#### b) Lois

- Loi du 28 juillet 2011 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *M.B.*, 14 septembre 2011.
- Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991.

#### c) Travaux parlementaires

- Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi « modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées et de la Loterie Nationale » (Doc. parl., Chambre, 2010-2011, n° 53-0211/5), du 26 avril 2011, n° 49.473/AG.
- Rapport complémentaire fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/010.

- Amendement n° 21 à la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et le Code des sociétés afin de garantir la présence des femmes dans les instances délibératives des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées, *Doc. Parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/009.
- Rapport fait au nom de la Commission chargée des problèmes liés au droit commercial et économique sur la proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, le Code des sociétés et la loi du 19 avril 2002 relative à la rationalisation du fonctionnement et de la gestion de la Loterie Nationale afin de garantir la présence des femmes dans le conseil d'administration des entreprises publiques autonomes, des sociétés cotées et de la Loterie Nationale, *Doc. parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/004.
- Proposition de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et le Code des sociétés afin de garantir la présence des femmes dans les instances délibératives des entreprises publiques autonomes et des sociétés cotées, *Doc. Parl.*, sess. extraord. 2010, n° 53-0211/001.
- Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles du Sénat par M<sup>mes</sup> Van Riet et de t'Serclaes à propos de la révision du titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité (« Rapport Van Riet »), *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-465/4.

#### **d) Autres**

- Résolution législative du Parlement européen du 20 novembre 2013 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes (COM(2012)0614 – C7-0382/2012 – 2012/0299(COD)) (Procédure législative ordinaire: première lecture). Disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0488+0+DOC+XML+V0//FR> (consulté le 3 août 2017).

## **2. Jurisprudence**

### **a) Cour européenne des Droits de l'homme**

- Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n° 6339/50.
- Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.
- Cour eur. D.H., décision *Boso c. Italie*, 5 septembre 2002, req. n° 50490/99.
- Cour eur. D.H., arrêt *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, req. n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64.

- *X. c. Royaume Uni*, requête n° 8416/79, décision de la Commission du 13 mai 1980, Décision et rapports (DR) 19.
- *Bruggeman et Scheuten c. Allemagne*, requête n° 6959/75, rapport de la Commission du 12 juillet 1977, DR 10, p. 112.

#### **b) Cour de Justice de l'Union européenne**

- CJUE, 28 mars 2000, n° C-158/97, *Badeck e.a.*, *Jur.* CJUE 2000, I, 1875.

#### **c) Belgique**

- C.A., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994.
- C.A., arrêt n° 16/92 du 12 mars 1992.
- C.A., arrêt n° 39/91 du 19 décembre 1991.

#### **d) États-Unis**

- SCOTUS, *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, 579 U.S. \_\_\_ (2016).
- SCOTUS, *Fisher v. University of Texas (Fisher I)*, 570 U.S. \_\_\_ (2013).
- SCOTUS, *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).
- SCOTUS, *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).
- SCOTUS, *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
- SCOTUS, *United States v. Carolene Products Co*, 304 U.S. 144 (1938).
- U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, *Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (1996).

#### **e) Canada**

- C.S. Canada, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 2 février 1989, n° 1 R.C.S. 143.

#### **f) Suisse**

- TF 1980 I 146

### 3. Doctrine

- ADAMS (R.B.) et FERREIRA (D.), « Women in the boardroom and their impact on governance and performance », *Journal of Financial Economics*, n° 94, 2009, pp. 291-309.
- ARCIDIACONO (P.) *et al.*, « A Conversation on the Nature, Effects, and Future of Affirmative Action in Higher Education Admissions », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n°17, 2015, pp. 683 et s.
- BACCHI (C.L.), *The politics of affirmatives action. 'Women', Equality and Category Politics*, Guildford, Sage Publications, 1996.
- BATSELÉ (D.) *et al.*, *Initiation au droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2009.
- BENDER (A.-F.) *et al.*, « Les quotas de femmes dans les conseils d'administration », *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, n° 34, pp. 169-173.
- BENETULLIÈRE (S.), « Justice sociale et espace public : l'exemple de l'affirmative action », *R.F.D.C.*, 2007/1, n° 69, pp. 57-77.
- BERENI (L.) et LÉPINARD (E.), « Les femmes ne sont pas une catégorie » les stratégies de légitimation de la parité en France », *Rev. fr. sc. pol.*, 2004/1, Vol. 54, pp. 71-98.
- BLASI (V.), « Bakke as Precedent : Does Mr. Justice Powell have a Theory », *California Law Review*, vol. 67, 1979, pp. 21-68.
- BRET (B.), « Interpréter les inégalités socio-spatiales à la lumière de la Théorie de la Justice de John Rawls », *Annales de géographie*, 2009/1, n° 665-666, pp. 16-34.
- BRIBOSIA (E.) et RORIVE (I.), « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2013/2, pp. 297-329.
- CALABRESI (G.), « Bakke as Pseudo-Tragedy », *Catholic University law review*, vol. 28, 1979, pp. 427-444.
- CALVÈS (G.), *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Le problème de la discrimination « positive »*, Paris, L.G.D.J., 1998.
- CARNEVALE (A.) et STROHL (J.), « Separate and unequal. How higher education reinforces the intergenerational reproduction of White racial privilege », *Washington, DC: Georgetown Public Policy Institute*, 2013, 60 p.
- CLARY (F.), « Discrimination positive : la controverse intellectuelle », *Rev. fr. d'Études Américaines*, n°81, 1999, pp. 25-45.
- COHEN-JONATHAN (G.) et JACQUÉ (J.-P.), « Activité de la Commission européenne des Droits de l'Homme », *Ann. fr. dr. intern.*, vol. 27, 1981. pp. 250-268.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996*, Paris, La Documentation française, 1998.

- DANIELSON (A.) et SANDERS (R.), « Thinking Hard About "Race-Neutral" Admissions », *University of Michigan Journal of Law Reform*, n° 47, 2014, pp. 967 et s.
- DELPÉRÉE (F.), « L'égalité en droit public belge », *Sur le principe d'égalité. Extrait du rapport public 1996 du Conseil d'État*, Paris, La documentation française, 1998, pp. 189-197.
- DE SCHUTTER (O.), « Egalité et différence : le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis », *R.T.D.H.*, 1991, pp. 347-368
- DWORKIN (R.), *Une question de principe*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 367 et s.
- DWORKIN (R.), « The Case Against Color-Blind Admissions », *New York Review of Books*, vol. LIX, n° 20, 2012, pp. 42-46. Disponible sur : <http://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/> (consulté le 19 juillet 2017).
- ELY (J.H.), *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980.
- GÁNDARA (P.) et KIDDER (W.C.), « Two Decades After the Affirmative ActBan: Evaluating the University of California's Race-Neutral Efforts », *Educational Testing Service*, octobre 2015, 54 p.
- GUILLARMES (B.), *Rawls et l'égalité démocratique*, Paris, P.U.F., 1999.
- HACHEZ (I.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'introduction de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 2002, n° 2, pp. 153-182.
- HOREVOETS (C.) et VINCENT (S.), « Section 3. - Les différences de traitement admises et les discriminations prohibées », *Actualités en matière de non-discrimination*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 33-92.
- HUCHET (E.) *et al.*, « L'accès des femmes aux postes à responsabilités en Belgique. Entre entreprise sociale et classique : se co-inspirer pour un égal accès aux postes à responsabilité », *RSE & Diversité*, 2015.
- LAUFER (J.) et PAOLETTI (M.), « Quotas en tout genre ? », *Travail, genre et sociétés*, 2015/2, n° 34, pp. 151-155.
- LEMMENS (P.), « Gelijkheid en non-discriminatie in het internationale recht : synthese », *Gelijkheid en non-discriminatie. Egalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 89-91.
- LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 55-71.
- LONG (M.C.) et EYSTER (E.), « Is there a "workable" race-neutral alternative to affirmative action in college admissions ? » *Journal of Policy Analysis and Management*, n° 34/1, 2015, pp. 162-183.

- LUCAS (F.-X.), « La “modernitude” s’invite dans les conseils d’administration », *Bulletin Joly Sociétés*, 2009, n° 11, p. 945.
- MARTIN (D.), *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d’une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- MCHARG (A.) et NICOLSON (D.J.), « Justifying Affirmative Action: Perception and Reality ». *Journal of Law and Society*, 2006, Vol. 33, No. 1, pp. 1-23.
- MERTENS DE WILMARS (F.), « La parité au regard de l’équité. Proposition pour une nouvelle lecture du principe d’égalité », *R.B.D.C.*, 2014/2, pp. 197-219.
- MILEWSKI (F.), « Femmes : « top » modèles des inégalités », *Revue de l’OFCE*, 2004/3, n° 90, pp. 11-68.
- MONNEY (V.) *et al.*, « Les souffrances de la femme-quota. Le cas du syndicat suisse *Unia* », *Travail, genre et sociétés*, 2013/2, n° 30, pp. 33-51.
- MORRI (J.), « Cour suprême des États-Unis : Fin de partie pour la discrimination positive à l’Université ? », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 octobre 2012.
- PARODI (M.), « De la discrimination statistique à la discrimination positive. Remarques sur l’inférence probabiliste », *Revue de l’OFCE*, vol. 112, no. 1, 2010, pp. 63-85.
- PELLISSIER (G.), *Le principe de l’égalité en droit public*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- POWELL (L.), « *Carolene Products* revisited », *Columbia Law Review*, vol. 82, 1982.
- RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1971.
- RENAULD (B.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Le principe d’égalité et de non-discrimination », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d’État et de la Cour de cassation. Vol. II*, sous la dir. de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 553-605.
- RENAULD (B.), « Les discriminations positives. Plus ou moins d’égalité ? », *R.T.D.H.*, 1997, spéc. pp. 425-460.
- ROSANVALLON (P.), *La nouvelle question sociale. Repenser l’État-Providence*, Paris, Seuil, 1995.
- ROSANVALLON (P.), *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011.
- ROSOUX (G.), *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 679-696.
- SABBAGH (D.), « Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls », *Droits*, 1999, n° 29, pp. 177-194.

- SABBAGH (D.), *L'égalité par le droit. Les paradoxes de la discrimination positive aux Etats-Unis*, Paris, Éd. Economica, 2003.
- SABBAGH (D.), « La tentation de l'opacité : le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 5-18.
- SABBAGH (D.), « Une convergence problématique. Les stratégies de légitimation de la « discrimination positive » dans l'enseignement supérieur aux États-Unis et en France », *Politix* 2006/1, n° 73, p. 211-229.
- SABBAGH (D.), « La discrimination positive : une “politique de l’exception” ? », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], n°20, 2011. Disponible sur : <https://traces.revues.org/5073> (consulté le 21 avril 2016).
- SABBAGH (D.), « Mort ou transfiguration ? Le destin juridique de la discrimination positive », *Informations sociales*, 2013/3, n° 177, pp. 58-67.
- SABBAGH (D.), « Pérennité de la discrimination positive ? L’arrêt Fisher contre Université du Texas (2016) », *Les Dossiers du CERI*, 2017/01, pp. 1-4.
- SEN (A.), *Repenser l'inégalité*, Paris, Seuil, 1999.
- SEN (A.), « Merit and Justice », in ARROW (K.J.) *et al.*, *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pp. 5-16.
- SIMONART (V.), « L’obligation de mixité au sein du conseil d’administration des sociétés cotées », *Rev. prat. soc.*, 2011, pp. 41-80.
- SINGH (V.) *et al.*, « Newly appointed directors in the boardroom: How do women and men differ? », *European Management Journal*, 2008, n°26, pp. 48-58.
- SLAMA (A.-G.), « Contre la discrimination positive. La liberté insupportable », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 133-143.
- SPITZ (J.-F.), « John Rawls et la question de la justice sociale », *Études*, 2011/1, Tome 414, p. 55-65.
- STASSE (F.), « Pour les discriminations positives », *Pouvoirs*, 2004/4, n° 111, pp. 119-132.
- THARAUD (D.), « Les discriminations positives ou la figure triangulaire de la proportionnalité », *R.T.D.H.*, n° 2008/75, pp. 743-772.
- VERDUSSEN (M.), *La justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- WUHL (S.), *L'égalité. Nouveaux débats*, Paris, P.U.F., 2002.
- ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la cour suprême des Etats-Unis*, Paris, P.U.F., 2000.

## 4. Divers

### a) Rapport d'études

- L'INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES (IEFH), *Second bilan de la loi relative aux quotas de genre dans les conseils d'administration des entreprises*, 2017. Disponible sur : [http://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/second\\_bilan\\_de\\_la\\_loi\\_du\\_28\\_juillet\\_2011\\_relative\\_aux\\_quotas\\_de\\_genre\\_dans\\_les](http://igvm-iefh.belgium.be/fr/publications/second_bilan_de_la_loi_du_28_juillet_2011_relative_aux_quotas_de_genre_dans_les) (consulté le 28 mai 2017).
- L'INSTITUT POUR L'ÉGALITÉ DES FEMMES ET DES HOMMES (IEFH), *Premier bilan de la loi relative aux quotas de genre dans les conseils d'administration des entreprises*, 2016. Disponible sur : [http://igvm-iefh.belgium.be/fr/actualite/premier\\_bilan\\_de\\_la\\_loi\\_relative\\_aux\\_quotas\\_de\\_genre\\_dans\\_les\\_conseils\\_dadministration\\_des](http://igvm-iefh.belgium.be/fr/actualite/premier_bilan_de_la_loi_relative_aux_quotas_de_genre_dans_les_conseils_dadministration_des) (consulté le 3 mai 2016).
- MCKINSEY&COMPANY, *Women Matter. La mixité, levier de performance de l'entreprise*, 2007. Disponible sur : <http://www.molinsight.net/amonet/Women%20Matter%202007.pdf> (consulté le 2 août 2017).
- PUBLIC POLICY INSTITUTE OF CALIFORNIA, *Will California Run Out of College Graduates ?*, octobre 2015. Disponible sur : <http://www.ppic.org/publication/will-california-run-out-of-college-graduates/> (consulté le 23 juillet 2017).
- UNIVERSITY OF CALIFORNIA, *Beyond the numbers : Comprehensive review*, 2013. Disponible sur : [http://admission.universityofcalifornia.edu/counselors/files/comprehensive\\_review\\_facts.pdf](http://admission.universityofcalifornia.edu/counselors/files/comprehensive_review_facts.pdf) (consulté le 23 juillet 2017).

### b) Articles de presse

- « Sexisme: les femmes PDG sont plus efficaces, mais sont plus facilement licenciées », *RTBF info*, 9 août 2017. Disponible sur : [https://www.rtb.be/info/economie/detail\\_sexisme-les-femmes-pdg-sont-plus-efficaces-mais-sont-plus-facilement-licenciees?id=9679519](https://www.rtb.be/info/economie/detail_sexisme-les-femmes-pdg-sont-plus-efficaces-mais-sont-plus-facilement-licenciees?id=9679519) (consulté le 9 août 2017).
- BADINTER (E), « Non aux quotas de femmes », *Le Monde*, 12 juin 1996 (consulté le 10 août 2017).
- BOURBON (J.-C.), « Les femmes restent très minoritaires dans les conseils d'administration », *La Croix*, 3 janvier 2017. Disponible sur : <http://www.la-croix.com/Economie/Social/Les-femmes-restent-tres-minoritaires-dans-conseils-dadministration-2017-01-03-1200814337> (consulté le 6 août 2017).

- GODRÈCHE (D.), « En marge des universités, les “community colleges” », *Le Monde diplomatique*, juin 2016. Disponible sur : <http://www.monde-diplomatique.fr/2010/06/GODRECHE/19229> (consulté le 20 juillet 2017).
- LIPTAK (A.), « Court Backs Michigan on Affirmative Action », *The New York Times*, 22 avril 2014. Disponible sur : <https://www.nytimes.com/2014/04/23/us/supreme-court-michigan-affirmative-action-ban.html> (consulté le 20 juillet 2017).
- ROBERTS (D.), « US supreme court upholds Michigan law that bans affirmative action », *The Guardian*, 22 avril 2014. Disponible sur : <https://www.theguardian.com/law/2014/apr/22/us-supreme-court-michigan-affirmative-action> (consulté le 22 juillet 2017).
- SCHWARTZ (J.), « Between the Lines of the Affirmative Action Opinion », *The New York Times*, 24 juin 2013. Disponible sur : <http://www.nytimes.com/interactive/2013/06/24/us/annotated-supreme-court-decision-on-affirmative-action.html> (consulté le 19 juillet 2017)
- WATANABE (T.), « How UCLA is boosting campus diversity, despite the ban on affirmative action », *Los Angeles Times*, 23 juin 2016. Disponible sur : <http://www.latimes.com/local/california/la-me-ucla-diversity-20160620-snap-story.html> (consulté le 23 juillet 2017).

### c) Sitographie

- DESILVER (D.), *Supreme Court says states can ban affirmative action; 8 already have*. Disponible sur : <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/04/22/supreme-court-says-states-can-ban-affirmative-action-8-already-have/> (consulté le 21 juillet 2017).
- CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE. BUREAU DE L'ÉGALITÉ FEMMES ET HOMMES, *Service militaire*. Disponible sur : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/questions-frequentes/service-militaire.html> (consulté le 28 juillet 2017).
- CORNELL LAW SCHOOL – LEGAL INFORMATION INSTITUTE, *Gratz v. Bollinger*, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/02-516#writing-02-516.ZD1>
- SCOTUS, *Fisher v. University of Texas*, transcription des arguments oraux de l'audition du 10 octobre 2012. Disponible sur [http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/11-345.pdf](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/11-345.pdf) (consulté le 24 juillet 2017).
- THE NEW YORK TIMES, *How Minorities Have Fared in States With Affirmative Action Bans*. Disponible sur : <http://www.nytimes.com/interactive/2013/06/24/us/affirmative-action-bans.html> (consulté le 21 juillet 2017).