

French-American
Foundation

Sarah Benichou
avec la collaboration de **Ioanna Kohler** et **Daniel Sabbagh**

**Égalité de traitement dans l'emploi :
Les enseignements de l'expérience américaine dans
la lutte contre les discriminations fondées sur
l'origine**

**Un rapport du programme « Égalité des Chances » de la French-American Foundation
© Mars 2009**

Les analyses et pistes d'action formulées dans le présent rapport sont inspirées des observations et réflexions faites au cours du voyage d'étude organisé par la French-American Foundation en octobre 2008. Elles n'engagent aucunement la responsabilité des participants à ce voyage.

« Égalité de traitement dans l'emploi : les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine »

Avant-propos	33
Introduction	55
I. <i>Le dispositif anti-discriminatoire américain : acteurs publics et cadre juridique</i>	99
A. Les agences fédérales chargées de lutter contre les discriminations et leurs instruments	99
1. Un système de veille pour analyser la composition de la main-d'œuvre, repérer les discriminations et évaluer les mesures correctrices adoptées	1010
2. Le monitoring « ethno-racial » systématique des organisations	1010
3. La fonction de l'analyse comparative	1212
4. Des données au service de la politique anti-discriminatoire	1212
B. L'articulation entre sanction judiciaire et sanction négociée	1313
1. Intérêt public et intérêts privés en jeu dans le traitement des réclamations	1313
2. Entre sanction judiciaire et sanction négociée : l'évolution de l'EEOC	1313
C. Prévenir les discriminations en amont : le volet « proactif » du dispositif américain	1515
1. L'objectivation des procédures	1515
2. L'octroi de marchés publics subordonné au respect de la législation anti-discriminatoire : le rôle spécifique de l'OFCCP	1616
Encadré: <i>l'affirmative action</i>	17
Définition	16
Les origines de <i>l'affirmative action</i>	17
Les effets de <i>l'affirmative action</i>	17
II. <i>Quels enseignements pour la France ?</i>	1818
A. Rationaliser le processus de lutte contre les discriminations	18
1. Le dilemme de la catégorisation statistique : le contexte français	1919
2. Le caractère anticonstitutionnel d'un référentiel ethno-racial	1919
3. Origine et filiation des personnes	2020
4. Quelles catégories utiliser pour un monitoring ?	2121
B. Sanction judiciaire ou négociée : une stratégie qui reste à élaborer	22
1. Améliorer la transparence et l'« objectivité » des procédures de ressources humaines	24
2. Une politique d'incitations à revoir	25
Conclusion	27
Bibliographie	28

Mis en forme : Couleur de police : Noir

Mis en forme : Couleur de police : Noir

« Égalité de traitement dans l'emploi : les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine »

Avant-propos

Avec quarante ans d'expérience en matière de lutte contre les discriminations et d'action positive (*affirmative action*), les États-Unis constituent de fait une référence – à titre de modèle ou de contre-exemple – que les acteurs publics français ont tout intérêt à prendre en compte. Ceci est d'autant plus le cas que la France, en vertu des directives européennes qu'elle a transposées, est aujourd'hui tenue d'élaborer des outils permettant d'identifier et de combattre toutes les formes de discrimination, en particulier les discriminations collectives, et que le gouvernement s'interroge quant aux moyens de mettre en place des politiques de promotion de l'égalité qui soient compatibles avec le cadre constitutionnel. La nomination de Yazid Sabeg en tant que commissaire à la diversité et à l'égalité des chances en décembre 2008 constitue une indication en ce sens, un plan d'action pour la promotion de la diversité devant être rendu public au printemps 2009.

Convaincue que les enseignements tirés du modèle américain peuvent opportunément contribuer à la réflexion française en matière d'égalité des chances, la French-American Foundation a donc engagé, à la fin de l'année 2008, une étude sur le régime d'action anti-discriminatoire aux États-Unis, conduite sous la supervision de Daniel Sabbagh, directeur de recherche au CERI-Sciences Po.

Centrée sur l'emploi, cette étude a un double objectif :

- décrire l'architecture générale et la logique interne du dispositif de lutte contre les discriminations dans l'emploi aux États-Unis, au-delà de la nature « ethno- raciale » des catégories sur lesquelles il s'appuie ;
- préciser comment certains instruments élaborés aux États-Unis, qui ont fait leurs preuves en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, pourraient être transposés en France en utilisant des catégories autres qu'ethno- raciales, à l'intérieur du cadre constitutionnel existant.

Voyage d'étude sur le régime anti-discriminatoire américain (Washington D.C. et New York, octobre 2008)

Ce projet a débuté par un voyage d'étude à Washington D.C. et New York en octobre 2008, au cours duquel des acteurs influents de la lutte contre les discriminations en France ont pu rencontrer leurs homologues américains. Les participants français étaient les suivants : Guillaume Ayné, directeur général, SOS Racisme, Sarah Benichou, chercheuse, université de Paris X-Nanterre, Catherine Chouard, membre du conseil, Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE), Sophie Latraverse, directrice juridique adjointe, HALDE, Claude-Valentin Marie, vice-président, HALDE, Marie Mercat-Bruns, directrice, Centre des Amériques-Sciences Po, Marie-France Picart, membre du conseil, HALDE, Stéphanie Seydoux, directrice de la promotion de l'égalité, HALDE, Carole da Silva, directrice, Association pour la Formation et l'Insertion Professionnelle (AFIP), Malik Salemkour, vice-président, Ligue des Droits de l'Homme, Dominique Sopo, président, SOS Racisme, Sophie Vulliet-Tavernier, directrice des affaires juridiques, Commission Nationale

de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Néphèli Yatropoulos, chargée des affaires internationales, HALDE.

Côté américain, sont intervenus le juge Stephen Breyer de la Cour suprême ; les responsables d'institutions fédérales telles que l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), l'*Office of Federal Contract Compliance Programs* (OFCCP) et le Bureau du Recensement ; les leaders de deux des principales associations de défense des droits civiques et des libertés publiques, la *National Association for the Advancement of Colored People-Legal Defense Fund* (NAACP-LDF) et l'*American Civil Liberties Union* (ACLU) ; enfin, des chercheurs à l'expertise reconnue comme l'économiste William Bowen, ancien président de l'université de Princeton, Harry Holzer, professeur de politique publique au Georgetown Public Policy Institute, Jeffrey Rosen, professeur de droit à l'université George Washington et chroniqueur judiciaire de la revue *The New Republic*, Susan Deller Ross, professeur de droit à l'université de Georgetown et Devah Pager, professeur de sociologie à l'université de Princeton.

Conclusions du voyage d'étude

Le bilan du voyage d'étude a permis de tirer trois enseignements majeurs de l'expérience américaine.

- D'une part, le dispositif d'action anti-discriminatoire a été rationalisé depuis les années soixante, grâce à un système de veille appelé « monitoring » permettant de collecter des informations sur la composition de la main-d'œuvre des entreprises et d'analyser l'évolution de celle-ci dans le temps. Ce monitoring permet d'identifier les déséquilibres dans la représentation des employés susceptibles d'être le produit de discriminations et de mesurer l'impact des efforts des employeurs pour remédier au défaut de « diversité » qui en résulterait.

D'autre part, la lutte contre les discriminations ne peut être efficace que si elle définit un équilibre entre la répression et la prévention à caractère incitatif. Le recours aux mesures négociées ou à la médiation, mode de résolution principal des litiges privilégié depuis les années quatre-vingt-dix, ne s'est fait qu'après un traitement judiciaire intensif dans les années soixante-dix, notamment grâce aux procès en *class-action* (qui permettent aux individus relevant de la même situation légale de former collectivement un recours en justice).

- Enfin, au vu des inégalités persistantes qui touchent certaines communautés aux États-Unis – la communauté noire, en particulier – une évidence s'impose : la lutte contre les discriminations dans l'emploi ne peut constituer, à elle seule, un instrument suffisant pour promouvoir l'équité sociale. Cette lutte doit s'inscrire dans un ensemble de politiques d'accompagnement en matière territoriale, de logement et d'éducation. Celles-ci sont les outils indispensables contribuant à désamorcer les discriminations structurelles qui interviennent en amont de l'emploi.

Objectif de ce rapport

Le rapport de la French-American Foundation propose aux acteurs privés, aux acteurs institutionnels, au personnel politique et au secteur associatif des pistes de réflexion et d'action dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

- Comment sortir des politiques isolées et donner une plus grande cohérence à la lutte contre les discriminations ?
- Quelle inspiration tirer du modèle américain et du monitoring systématique des entreprises par l'EEOC qui est, dans une certaine mesure et pour ce qui concerne l'emploi, l'équivalent américain de la HALDE ?
- Quels types d'enquêtes visant à mesurer les discriminations au sein de l'entreprise est-il aujourd'hui possible de réaliser en France ? Quelles données peut-on recueillir dans les limites définies par la CNIL ?

La French-American Foundation a choisi de centrer cette étude sur la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine, car ce critère – contrairement à ceux du sexe et de l'âge – est celui pour lequel la France ne dispose pas de données statistiques complètes. À l'heure où la question des statistiques « ethno-raciales » fait l'objet d'un intense débat, il semble opportun d'examiner les instruments dont disposent les pouvoirs publics français et leur adéquation eu égard aux objectifs que ces derniers se sont fixés en matière de lutte contre les discriminations.

La French-American Foundation, organisation non-partisane, peut contribuer à ce débat en proposant des éléments d'information aux acteurs concernés. Le présent rapport se compose de deux parties :

- une description synthétique du dispositif anti-discriminatoire américain, souvent mal connu voire caricaturé en France ;
- une analyse des politiques mises en place aux États-Unis dans la perspective d'une éventuelle transposition de certains de leurs éléments dans le cadre français, complétée par des pistes de réflexion et d'action pour l'ensemble des intéressés.

Certaines de ces pistes de réflexion valent également pour ce qui est de la lutte contre les discriminations fondées sur d'autres critères que l'origine, il faut le souligner.

Introduction

Aux États-Unis, les garanties contre les discriminations sont inscrites dans la Constitution, « loi suprême du pays » : ainsi, le quatorzième amendement (ratifié en 1868) affirme le principe d'« égale protection des lois », le quinzième amendement reconnaît le droit de vote à tous les citoyens de sexe masculin (1870), tandis que le dix-neuvième amendement accorde le droit de vote à tous les citoyens, quel que soit leur sexe (1920).

Ces principes n'ont toutefois pas empêché l'institutionnalisation de pratiques discriminatoires telles que la ségrégation, validée par l'arrêt *Plessy v. Ferguson* rendu par la Cour suprême en 1896. Dans cet arrêt, l'existence d'une ségrégation raciale imposée par la loi (traduite par le principe « *separate but equal* ») avait été jugée conforme au quatorzième amendement.

Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du vingtième siècle, avec la montée en puissance du mouvement des droits civiques et une série de décisions de la Cour suprême, que

l'on assiste à la remise en cause des discriminations « raciales » et à la mise en place d'un arsenal législatif visant à lutter contre celles-ci.

Le vaste mouvement de démantèlement de la ségrégation trouve son premier point d'aboutissement dans l'arrêt de la Cour suprême *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483, 1954), qui renverse la jurisprudence *Plessy* et affirme que la ségrégation dans l'éducation constitue, de fait, une inégalité contraire au principe de l'« égale protection des lois ». Ce mouvement se poursuit dans les années soixante et soixante-dix.

En matière de législation fédérale, le *Civil Rights Act* promulgué en 1964 constitue un tournant majeur : d'une part, il interdit les discriminations dans l'emploi fondées sur la race, la couleur de peau, la religion, le sexe et l'origine nationale ; d'autre part, il crée une agence fédérale spécialisée, l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) – ou « commission pour l'égalité des chances dans l'emploi » – pour mettre en œuvre la législation dans ce domaine et instruire les plaintes pour discriminations.

Le droit américain distingue aujourd'hui deux formes de discrimination.

- La notion de « *disparate treatment* », qui correspond peu ou prou à la discrimination directe du droit européen, désigne une différence de traitement fondée sur un critère prohibé. Elle est interdite par le *Civil Rights Act* de 1964.
- La notion de « *disparate impact* » est issue de la jurisprudence de la Cour suprême *Griggs v. Duke Power Company* de 1971. On parle de « *disparate impact* » – ou « effet disproportionné » – quand une pratique de l'employeur a pour effet de désavantager nettement les membres d'un groupe protégé (la main-d'œuvre féminine, les candidats noirs...) alors même que la pratique en cause ne peut être justifiée objectivement par un impératif économique de l'entreprise. Si le plaignant apporte devant le juge la preuve statistique du désavantage subi, une présomption de discrimination est établie. Revient alors à l'employeur la charge de justifier la pratique en cause et d'en démontrer la nécessité. S'il n'y parvient pas, il sera condamné. Cette notion de « *disparate impact* » marque donc une évolution notable de l'appréhension du phénomène discriminatoire : on passe d'une conception de la discrimination comme résultat d'un acte individuel et intentionnel à une notion plus large, déconnectée de l'intentionnalité, et perçue dans l'effet produit qu'est la sous-représentation de certains groupes raciaux.

Quel que soit le type de discrimination, seul le juge civil est compétent pour statuer sur les actions en justice des victimes contre les employeurs. Dans le cadre du système accusatoire américain, l'accès à la preuve est assuré (communication des pièces détenues par la partie adverse, expertises indépendantes et auditions contradictoires des témoins) et le juge peut se montrer particulièrement actif pour obliger l'employeur à fournir des documents utiles au plaignant.

En France, la lutte contre les discriminations s'inscrit elle aussi dans le cadre de la Constitution, dont l'article premier garantit l'égalité devant la loi « sans distinction d'origine, de race ou de religion ». La reconnaissance de catégories définies sur cette base heurterait de front le principe de l'indivisibilité de la République. S'agissant des discriminations fondées sur l'origine, le Conseil constitutionnel a ainsi réaffirmé à plusieurs reprises l'interdiction de

toute catégorisation « raciale » ou « ethnique »¹, ces catégories ayant été discréditées par les pratiques en vigueur durant l'ère coloniale et, surtout, sous le régime de Vichy.

Si les discriminations « raciales » ont été prohibées dans le Code pénal dès 1972, c'est en réalité à la fin des années quatre-vingt-dix que le phénomène discriminatoire est officiellement reconnu par les plus hautes autorités françaises et commence à faire l'objet d'une véritable politique publique. A cet égard, une première rupture est marquée par le rapport du Haut Conseil à l'Intégration « Lutter contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité » remis au Premier ministre en 1998². Le mouvement se poursuit lors des « Assises de la citoyenneté et de la lutte contre les discriminations » convoquées en mars 2000 par le Premier ministre³. Si les résultats des recherches empiriques sur l'ampleur des discriminations⁴ et la mobilisation médiatisée des associations ont compté dans l'émergence d'une politique publique anti-discriminatoire en France, il faut aussi souligner le rôle fondamental de l'Union européenne sur cette question.

En effet, la directive RACE 2000/43/CE de juin 2000 enjoint aux États-membres de mettre en place le cadre juridique permettant « la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique » et de créer une agence gouvernementale chargée de lutter contre les discriminations. La HALDE, instituée en 2004, répond à cet objectif. La récente loi n°2008-496 du 27 mai 2008 est venue compléter la transposition du droit anti-discriminatoire dans le cadre français en précisant notamment les notions de discrimination directe et indirecte (art. 1^{er}).

En France, le droit à la non-discrimination dans l'emploi a été dans un premier temps garanti par le droit pénal : la loi n°72-545 du 1er juillet 1972, dite Loi Pléven, a transposé en droit pénal la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, dont la France est signataire. Le choix du droit pénal découle du fait que la répression des propos et actes racistes – notamment l'incitation à la discrimination raciale – relevait de législations antérieures, en particulier du décret Marchandeu de 1939, imposant le traitement par voie pénale des attaques antisémites et racistes publiées dans la presse. Néanmoins, l'interdiction des discriminations a été par la

¹ Voir, par exemple, Conseil constitutionnel, 91-290 DC ; Statut de la Corse, 19 mai 1991 ; C.C., 99-412 DC ; Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 15 juin 1999.

² Pour une analyse de l'émergence de la question des discriminations « raciales » dans le discours public et la société française à partir de la fin des années 1990, voir Didier Fassin « L'invention française de la discrimination », *Revue française de science politique* 2002-4 (Vol.52), pp 403-423.

³ Le gouvernement engage ses premières actions de lutte contre les discriminations « raciales » à la fin des années quatre-vingt-dix. Ainsi, le Groupe d'Etude des Discriminations (GED) – rebaptisé par la suite Groupe d'Etude et de Lutte contre les Discriminations (GELD) – est créé en 1999 et produit des « notes » sur les discriminations fondées sur l'origine et la nationalité. Des Commissions d'accès à la citoyenneté (CODAC) sont associées dans chaque département à la lutte contre les discriminations « raciales », tandis qu'un programme national de sensibilisation du service public de l'emploi est lancé. Enfin, en mai 2000, une ligne téléphonique (le 114) est mise en place pour les victimes de discriminations.

⁴ On peut citer, à titre d'exemples, l'étude *Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche* publiée dans le Rapport public 1997 de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), La Documentation française, 1998 ; le rapport *Lutter contre les discriminations* de Jean-Michel Bélorgey, commandé par la ministre de l'Emploi et de la Solidarité (mars 1999) ; le rapport de Mouna Viprey *L'insertion des jeunes d'origine étrangère* demandé par le Conseil économique et social (Les Éditions des journaux officiels, 2002) ou encore, au niveau local, les recherches-action sur l'accès à l'entreprise des jeunes issus de familles immigrées en Languedoc-Roussillon conduites par l'Institut social et coopératif de recherche appliquée d'Olivier Noël entre septembre 1997 et janvier 1999, sur commande de la Direction régionale du travail et la délégation régionale du Fonds d'action sociale, *Les discriminations sur les lieux de travail et à l'embauche*.

suite inscrite dans le Code du travail (1982) puis dans le Code de la fonction publique (1983), donnant compétence au juge civil et au juge administratif en la matière.

Sous l'influence des directives communautaires, le droit français reconnaît deux grands types de discriminations.

- La **discrimination directe** désigne la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est ou ne l'a été dans une situation comparable, sur le fondement d'un critère interdit. La discrimination directe peut être intentionnelle ou non.
- La **discrimination indirecte** fait référence à une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes identifiées à raison d'un critère prohibé par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.

Le juge pénal est compétent pour les seules discriminations directes intentionnelles. Le plaignant doit démontrer qu'une distinction a été opérée entre des personnes placées dans des situations similaires et que cette différence de traitement est intentionnellement fondée sur un critère prohibé (art. 225-1 Code pénal). Le juge pénal forme sa conviction à partir de tous les éléments qui lui sont rapportés en vertu du principe de liberté de la preuve⁵. Mais, en vertu de la présomption d'innocence, le doute profitera au prévenu.

Le juge civil identifiera les discriminations directes dans leurs effets sans s'intéresser à la question du mobile. Le plaignant doit apporter des éléments de fait montrant la différence de traitement (par exemple, des statistiques démontrant, toutes choses égales par ailleurs, une inégalité des trajectoires professionnelles des salariés relevant d'une caractéristique dont la prise en compte est prohibée par la législation). Puis, en vertu de l'aménagement de la preuve, si le traitement défavorable a été démontré, il reviendra à l'employeur de justifier objectivement – c'est-à-dire sans recourir au critère prohibé – cette différence de traitement : s'il n'y parvient pas, le juge conclura à la discrimination (art. L.1131-1 Code du travail). Le juge civil est aussi seul compétent pour trancher une plainte pour discrimination indirecte. En définitive, devant la juridiction civile (mais aussi devant les juges administratifs dans le cas des fonctionnaires), la discrimination est appréhendée, conformément au droit communautaire, dans une définition « objectivée » par opposition à sa définition « subjective » antérieure qui s'appuyait avant tout sur l'intention discriminatoire de son auteur : peu importe que le discriminant ait eu conscience ou non du fondement discriminatoire de ses décisions (discrimination directe) ou des effets discriminatoires de ses pratiques en apparence neutres (discrimination indirecte).

L'existence en France d'une politique institutionnelle de lutte contre les discriminations « raciales » destinée à assurer l'effectivité du droit en vigueur constitue donc un phénomène récent, ne datant que de la dernière décennie. De ce point de vue, le « modèle américain » en matière de lutte contre les discriminations, mis en place dans les années soixante, constitue une référence importante pour la France comme pour l'Union européenne. En effet, le système américain a largement influencé le droit anti-discriminatoire britannique,

⁵ Article 427 du Code de procédure pénale (CP). Devant les juridictions civiles, le principe de loyauté de la preuve est maintenu : les preuves obtenues à l'insu de l'entreprise (le testing, par exemple) ou illicitement seront jugées irrecevables (Suk 2007).

alors même que le Royaume-Uni a constitué par la suite la principale source d'inspiration du droit communautaire de la non-discrimination. De là l'intérêt d'examiner le dispositif public américain qui a produit des résultats indéniables, quoique contrastés, et de réfléchir aux possibilités d'une transposition partielle de certains de ses mécanismes les plus efficaces, sans méconnaître les différences fondamentales – historiques, démographiques, politiques et juridiques – entre les États-Unis et la France, qui interdisent d'envisager une importation directe du système dans son ensemble.

I. Le dispositif anti-discriminatoire américain : acteurs publics et cadre juridique

Aux États-Unis, le cadre antidiscriminatoire est composé de deux volets complémentaires et intrinsèquement liés : d'une part, le dispositif de lutte contre les discriminations proprement dit (lois et agences fédérales spécialisées) ; d'autre part, l'ensemble des mesures de promotion regroupées sous le vocable « *affirmative action* ». L'*affirmative action* ayant déjà fait l'objet d'une littérature scientifique abondante, ce thème sera traité de façon synthétique sous la forme d'un encadré.

A. Les agences fédérales chargées de lutter contre les discriminations et leurs instruments

Dans le domaine de l'emploi, l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) et l'*Office of Federal Contract Compliance Programs* (OFCCP) — ou « bureau des programmes d'exécution des contrats fédéraux » — sont les deux principales agences chargées de superviser l'application de la législation anti-discriminatoire et d'administrer les programmes pour l'égalité. Leurs missions sont complémentaires. L'EEOC est chargée d'identifier les infractions au Titre VII du *Civil Rights Act* et d'engager, le cas échéant, des poursuites judiciaires à l'encontre des employeurs fautifs. En vertu de l'*Executive Order* 11246 de 1965, l'OFCCP, subdivision du ministère du Travail, doit vérifier que les entreprises sous contrat fédéral ou recevant des subventions fédérales se conforment aux lois et règlements qui interdisent les discriminations et prescrivent la mise en œuvre de programmes d'*affirmative action*. L'OFCCP traite aussi les réclamations concernant des discriminations collectives et structurelles au sein de ces entreprises, c'est-à-dire les discriminations qui découlent des procédures de l'entreprise et n'ont donc pas d'auteur déterminé (les réclamations individuelles relevant, elles, de la compétence de l'EEOC).

Les années soixante et soixante-dix témoignent d'une indiscutable mobilisation des pouvoirs publics sous l'impulsion de la société civile et voient la montée en puissance des deux agences évoquées plus haut. Ainsi, moins de dix ans après sa création, l'EEOC s'émancipe de sa posture réactive initiale centrée sur la victime en tant qu'individu, abandonnant le schéma de la discrimination comme acte intentionnel. Si en 1964 son rôle se limite au traitement des seules réclamations individuelles par la persuasion et la conciliation, huit ans plus tard, le Congrès, par l'*Equal Employment Opportunity Act* de 1972, lui donne la possibilité d'intenter des actions en justice et lui accorde des pouvoirs d'enquête plus étendus. L'usage par l'EEOC de cette marge de manœuvre supplémentaire témoigne de l'émergence d'une conception plus « proactive » de son rôle en matière de promotion de l'égalité, ce que ni le Congrès ni les juges n'avaient envisagé à l'origine. L'agence a ainsi pesé sur la rédaction des règlements du ministère du Travail prévoyant des obligations positives en matière d'égalité de traitement ; elle a également systématisé la collecte de données « ethno-raciales » portant sur la main-d'œuvre des entreprises.

Avec le ministère de la Justice, l'EEOC et l'OFCCP ont contribué à faire des statistiques « ethno- raciales » des instruments fondamentaux du droit anti-discriminatoire, en contribuant à diffuser la doctrine qui déduit la discrimination des disparités statistiques constatées, par exemple, dans les carrières des salariés hommes et femmes ou dans les embauches des candidats blancs et noirs⁶. Ainsi, en 1971 dans l'affaire *Griggs v. Duke Power Company* (401 US 424, 1971), la Cour suprême élargit la notion de discrimination telle que définie dans le *Civil Rights Act* de 1964. Selon l'interprétation de la Cour, la loi interdit non seulement la discrimination intentionnelle, mais aussi, dans le domaine du recrutement, les pratiques « équitables dans leur forme, mais discriminatoires dans leurs effets », comme les évaluations qui, « bien qu'apparemment neutres (...) auraient pour conséquence de maintenir le *statu quo* résultant de la discrimination antérieure » (*Griggs v. Duke Power Company* : 430-1). Le Titre VII du *Civil Rights Act* s'applique désormais aux formes de discriminations indirectes, c'est-à-dire aux pratiques qui, sans se référer aux critères prohibés énumérés dans le texte de la législation, portent néanmoins préjudice à un nombre disproportionné d'individus appartenant à l'un des groupes ayant subi une discrimination officielle et intentionnelle dans le passé. Dans cette optique, le déséquilibre dans la répartition des travailleurs par catégories raciales, s'il est suffisamment prononcé, sera désormais considéré comme un indice de l'existence d'une discrimination potentielle (Morning et Sabbagh 2005).

Les données « ethno- raciales » devenant un outil à part entière du dispositif anti-discriminatoire dans l'emploi, il est apparu nécessaire de faciliter et de rationaliser leur collecte. Dès 1966, un comité conjoint EEOC-OFCCP harmonise la liste des catégories utilisées par les entreprises dans leurs bilans annuels en mettant au point le formulaire-type *Employer Information Report EEO-1*. Aujourd'hui encore, les données collectées sont au centre du système de veille obligatoire qui permet d'identifier les déséquilibres dans la composition de la main-d'œuvre, indice d'une discrimination potentielle.

1. Un système de veille pour analyser la composition de la main-d'œuvre, repérer les discriminations et évaluer les mesures correctrices adoptées

Le « monitoring » désigne le système de veille consistant à observer et analyser le fonctionnement de l'ensemble des processus de sélection (embauche, déroulement de carrière, accès à la formation, etc.) d'une organisation publique ou privée. Pour ce faire, des données sur la composition de la main-d'œuvre, comme des postulants à l'embauche, sont régulièrement recueillies. L'élaboration de ce dispositif répond à la conviction que les discriminations « raciales » sont en partie de nature structurelle et institutionnelle, et ne peuvent donc être traitées comme des phénomènes ponctuels d'origine purement individuelle. Son *modus operandi* est analogue à celui d'un radar ayant vocation à repérer les entreprises où les déséquilibres sont les plus prononcés et où la discrimination semble la plus prégnante.

2. Le monitoring « ethno- racial » systématique des organisations

Le monitoring américain utilise les informations remises par les entreprises sur la composition de leur personnel, mais aussi les données du recensement, examinées conjointement aux précédentes. Les entreprises de plus de 50 salariés sous contrat avec

⁶ En vertu des directives fédérales largement inspirées des travaux de l'EEOC, « l'obtention par n'importe quel groupe défini en fonction d'un critère racial, ethnique ou sexuel d'un taux de succès inférieur [...] à 80 % de celui du groupe ayant obtenu le taux le plus élevé sera [...] considérée comme une preuve que [la procédure] en question a sur ce groupe un impact négatif (« *adverse impact* »)», *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures*, 1978, US Code of Federal Regulations, vol. 41.

l'administration fédérale et l'ensemble des entreprises de plus de 100 salariés sont en effet tenues de transmettre tous les ans à l'EEOC un rapport sur la composition de leur main-d'œuvre incluant le formulaire EEO-1. Les entreprises qui ne transmettent pas leur rapport EEO-1 ou transmettent un rapport fallacieux s'exposent à des amendes. Le rapport identifie l'entreprise, son adresse et son secteur d'activité. L'employeur doit y indiquer – en préservant l'anonymat – la répartition croisée des salariés au sein de neuf catégories professionnelles et de cinq catégories « ethno- raciales » préétablies (Blancs d'origine non hispanique, Noirs d'origine non hispanique, Hispaniques, Asiatiques ou originaires des Iles du Pacifique, Indiens ou « natifs d'Alaska »), compte tenu également de la distinction entre hommes et femmes⁷. Ces catégories reprennent, en les simplifiant, celles du recensement, dont la première version remonte à 1790 et incluait déjà la distinction entre individus blancs et noirs, autour de laquelle s'est greffée progressivement une nomenclature plus complexe.

Depuis 2003, l'auto-déclaration par les employés est officiellement préconisée pour ce qui est des données collectées par les entreprises. Reste que la « race », ainsi subjectivement déterminée, constitue toujours un critère imposé : le recensé est théoriquement tenu de répondre à la question correspondante comme à toutes celles qui figurent sur le formulaire du recensement (même si, en réalité, il ne s'expose à aucune sanction s'il s'abstient) et tout salarié doit, d'une manière ou d'une autre, correspondre à l'une des cinq catégories du « pentagone ethno-racial » (Hollinger 2006)⁸.

La diffusion des données recueillies par les entreprises ou dans le cadre du recensement est strictement encadrée, notamment par le *Confidential Information Protection and Statistical Efficiency Act* de 2002, le *Privacy Act* de 1974 amendé, et les directives de l'EEOC. Le *Census Bureau* (Bureau du Recensement) garantit la confidentialité des informations nominatives recueillies. Les données individualisées du recensement sont rendues anonymes, puis rendues publiques uniquement pour des zones géographiques suffisamment vastes pour empêcher toute identification⁹. Pour les données fournies par les employeurs, l'EEOC ne reçoit que des tableaux synthétisant la répartition par catégories professionnelles de la main-d'œuvre ventilée par sexe et suivant l'identité ethno-raciale des salariés. Les données issues de l'EEO-1 sont accessibles au personnel de l'EEOC et de l'OFCCP, aux institutions locales compétentes ainsi qu'aux organisations et individus en ayant fait la demande auprès de l'EEOC (dans ce cas, l'accès à des données agrégées rend impossible l'identification individuelle). Seule l'entreprise conserve plusieurs années les données personnelles sur sa main-d'œuvre – données qui sont susceptibles d'intéresser l'EEOC dans le cadre d'une enquête approfondie.

Ces rapports annuels EEO-1 que les entreprises sont contraintes d'établir constituent une photographie de la composition de la force de travail. Le recueil de telles statistiques n'implique pas de quotas ou la mise en place d'un objectif de représentation proportionnelle. Néanmoins, une fois établie la sous-représentation du groupe cible et son caractère anormal, les entreprises pourront se voir incitées à définir des objectifs quantifiés de recrutement et de promotion.

⁷ Les catégories prescrites pour le monitoring ne recouvrent pas l'ensemble des critères discriminatoires prohibés : seuls le sexe et l'origine « ethno-raciale » apparaissent (et non l'âge, le handicap ou la religion).

⁸ On peut noter que les catégories raciales auxquelles se réfère le formulaire EEO-1 « n'ont pas préalablement fait l'objet d'un débat public ou d'une étude indépendante qui aurait permis de déterminer si elles étaient conformes à quelque théorie de la justice ou de l'équité sociale » (Morning et Sabbagh 2005).

⁹ Pour autant, certains chercheurs peuvent bénéficier d'une autorisation spéciale pour accéder à des données plus précises conservées dans des centres sécurisés du Bureau du Recensement.

3. La fonction de l'analyse comparative

Pour pouvoir présumer l'existence d'une discrimination, le recours à la comparaison s'impose. La discrimination est en effet fondée sur une différence de traitement : la personne qui relève d'un groupe protégé, c'est-à-dire dont l'une des caractéristiques correspond à l'un des critères prohibés, est plus mal traitée ou plus mal lotie que les membres du groupe majoritaire, toutes choses égales par ailleurs. L'analyse comparative des données collectées est donc consubstantielle au repérage d'une éventuelle discrimination. Plus précisément, les données du recensement et du monitoring seront croisées de manière à comparer la composition « ethno- raciale » de la population active qualifiée et disponible dans le bassin d'emploi avec celle de la main d'œuvre de l'entreprise (et/ou des nouvelles embauches). Si l'écart est important et imputable à une procédure distinctement identifiable (d'emblée ou après investigation), on pourra présumer l'existence d'une discrimination (voir les arrêts de la Cour suprême *Teamsters v. United States*, 431 US 324, 1977 ; *Wards Cove Packing Co v. Atonio*, 490 US 642, 1989). La discrimination est ensuite établie si l'employeur se révèle incapable de démontrer que la procédure génératrice de l'écart constaté est véritablement indispensable.

Une autre méthode élaborée par les professeurs Alfred et Alexander Blumrosen consiste à comparer la composition ethno- raciale de la main-d'œuvre de l'entreprise examinée dans chaque catégorie d'emploi avec la moyenne observée à cet égard dans les entreprises du même secteur d'activité et relevant du même bassin d'emploi. La moyenne obtenue serait alors rendue publique et constituerait un standard permettant à chaque employeur de se situer relativement aux entreprises comparables. Grâce à ce procédé comparatif, utilisé notamment par l'OFCCP, nul besoin de disposer de statistiques « ethno- raciales » à l'échelle nationale et d'imposer de telles catégorisations dans le recensement. Certes, les petites et moyennes entreprises (PME) ne seraient pas concernées par ce type de repérage, mais elles pourraient être influencées par le comportement des grandes entreprises appelées à leur servir de modèle (Blumrosen et Blumrosen 2006).

4. Des données au service de la politique anti-discriminatoire

Les données issues du monitoring EEO-1 sont mobilisées par plusieurs types d'acteurs, aussi bien à des fins de prévention que de correction ou de sanction. Elles permettent aux employeurs publics comme privés de s'auto-évaluer en diagnostiquant les discriminations éventuelles et en mesurant l'impact des efforts entrepris pour y remédier. Elles constituent des preuves objectives reçues par le juge dans le cadre d'une plainte pour discrimination. Pour les agences telles que l'EEOC et l'OFCCP, elles favorisent le repérage des discriminations structurelles et des ségrégations professionnelles ainsi que l'identification des entreprises et des secteurs les plus discriminants. Ces données facilitent donc la hiérarchisation des priorités et l'élaboration d'une stratégie adaptée, étant donné la nécessité dans laquelle se trouvent ces agences de concentrer les ressources limitées dont elles disposent pour faire face à un nombre important de réclamations.

Si la comparaison des données synthétiques de l'EEO-1 avec celles du recensement révèle une sous-représentation des minorités particulièrement forte, des investigations plus approfondies peuvent être lancées et déboucher, le cas échéant, sur l'établissement d'une présomption de discrimination. Les deux agences peuvent alors avoir accès à des données plus précises sur l'entreprise et demander des informations supplémentaires sur les procédures

de recrutement afin de juger du bien-fondé des justifications de l'employeur quant au déséquilibre observé¹⁰. Enfin, le monitoring incite les employeurs confrontés à des statistiques problématiques à engager des programmes volontaires de lutte contre les discriminations et, s'ils font l'objet de plaintes, à préférer la voie de la négociation à celle, redoutée, d'un traitement judiciaire. Le monitoring permet donc de mieux cerner, sanctionner et prévenir les discriminations qu'éclairent notamment de manière complémentaire des testings réalisés dans le champ de la recherche scientifique ou pratiqués par certains employeurs sur l'ampleur des discriminations à l'embauche (Pager 2003), ainsi que des études qualitatives qui permettent d'identifier les stéréotypes inconscients à l'œuvre dans les comportements discriminatoires (Hamilton Krieger 2008).

B. L'articulation entre sanction judiciaire et sanction négociée

1. *Intérêt public et intérêts privés en jeu dans le traitement des réclamations*

Parallèlement au traitement judiciaire des affaires de discrimination, des procédures alternatives de résolution des litiges se sont peu à peu développées. Ces méthodes de traitement des réclamations servent la poursuite d'intérêts différents. Le traitement judiciaire des litiges est mieux à même de servir l'intérêt public car il permet le développement du droit anti-discriminatoire par l'instauration de précédents ainsi que sa diffusion auprès des victimes comme des employeurs. De surcroît, les acquis de la jurisprudence relative à un critère de discrimination ont généralement des retombées sur celle relative aux autres critères. Les procédures alternatives, elles, semblent mieux correspondre aux intérêts des victimes, d'une part parce que certaines préféreront des excuses, des explications et l'annulation de la décision contestée à une solution strictement financière ; d'autre part parce que ces mesures sont plus rapides et plus discrètes, même si la réparation obtenue est souvent plus faible.

Pour autant, il ne faudrait pas exagérer l'importance de l'opposition entre intérêts publics et privés. La plupart des facteurs qui importent aux individus – tels que la rapidité et le moindre coût de la procédure – importent aussi aux pouvoirs publics et à l'EEOC. De même, certains individus privilégieront la voie judiciaire par attachement à l'équité, à l'impartialité et à la publicité qui lui sont associées, et parce qu'ils valorisent le fait d'obtenir un précédent qui dissuadera d'éventuelles violations, en sus de l'amélioration de leur propre situation personnelle.

2. *Entre sanction judiciaire et sanction négociée : l'évolution de l'EEOC*

Dans un premier temps, l'EEOC a logiquement accordé la priorité aux poursuites judiciaires afin d'assurer l'application d'une législation récente qu'il fallait à la fois diffuser et préciser. L'agence a en effet été créée, non pour se substituer au juge, mais pour lui servir de complément. Elle reçoit les réclamations, enquête sur les demandes jugées recevables et, le cas échéant, accompagne le réclamant en justice.

Globalement, cette « judiciarisation » des discriminations dans l'emploi, soutenue par l'agence et par les associations, s'est avérée efficace : les succès obtenus ont abouti à la réparation des préjudices individuels subis mais ont aussi permis l'établissement de précédents, contribuant ainsi à informer les acteurs sociaux de la nature et de la portée de la

¹⁰ Il en est de même pour des plaignants qui, dans le cadre du système accusatoire de la justice américaine, peuvent s'appuyer sur le résultat de monitoring pour exiger des documents sur les procédures mises en œuvre et des explications de l'employeur.

législation anti-discriminatoire. En sus de la publicité négative résultant d'un procès public en discrimination, la menace judiciaire est devenue particulièrement dissuasive grâce au développement des procès en *class-action* et à l'instauration des dommages et intérêts punitifs (« *punitive damages* ») qui, à partir du *Civil Rights Act* de 1991, viennent compléter la simple réparation du préjudice¹¹. Ce faisant, ces *punitive damages* qui bénéficient aux individus servent aussi l'intérêt public en décourageant de futures violations. Le point faible du dispositif demeure cependant sa lenteur, une judiciarisation réussie impliquant en outre une forte mobilisation de l'agence et le recours à un réseau d'avocats compétents mais onéreux.

Dès le début des années soixante-dix, afin d'améliorer l'efficacité de l'EEOC, l'accent a été mis sur les *class-actions* et sur les réclamations relatives à des discriminations structurelles. Ainsi, en 1973, après une longue enquête portant sur quatre des plus importants employeurs du pays, l'agence a finalement obtenu des accords prévoyant des réparations substantielles pour les victimes, ainsi que des programmes destinés à éliminer la discrimination et des mesures positives incluant des objectifs planifiés d'embauche et de promotion de membres des minorités pour des catégories d'emplois spécifiées (Suk 2006).

La tendance de l'EEOC à se concentrer sur les affaires dont l'impact potentiel était le plus grand s'est poursuivie dans les années quatre-vingt, sous l'effet de la restriction de ses ressources. En outre, le volume des réclamations accumulées et les délais de traitement devenant de plus en plus problématiques, la conciliation, à côté des accords négociés entre les parties (sans l'intervention de l'agence), s'est alors imposée comme l'un des modes de traitement incontournables des réclamations. Comme la médiation, elle constitue une procédure volontaire informelle impliquant les parties sous l'égide de l'agence, qui a l'avantage d'être rapide et comparativement peu coûteuse.

Toutefois, ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt-dix que ces procédures alternatives sont systématiquement proposées aux protagonistes du litige. Elles apparaissent alors légitimes et adaptées au règlement des différends qui résultent principalement d'un défaut de communication ou de relations médiocres entre employés et managers, dans un contexte où les coûts d'une procédure judiciaire seraient vraisemblablement supérieurs à ses bénéfices. Ces mécanismes présentent aussi l'intérêt de permettre la résolution de litiges que le tribunal n'aurait certainement pas tranché en faveur du plaignant, faute de preuves. Au-delà des intérêts du réclamant, les mécanismes de résolution négociée servent enfin les intérêts des employeurs mis en cause, qui redoutent généralement les frais et la détérioration de leur image publique induits par la judiciarisation. Ils ont donc logiquement tendance à préférer la voie de la médiation, voire celle de l'accord négocié – dont les conclusions peuvent rester confidentielles – même lorsque les réparations qu'ils prévoient, quoique moins élevées que celles accordées par le juge, ne sont pas négligeables. En 2002, les réclamants percevaient en moyenne 18 225 dollars chacun à l'issue d'une conciliation ou d'un accord. Le recours à de tels mécanismes sert donc les intérêts privés mais aussi ceux d'une EEOC soumise à ses propres contraintes d'organisation (Sternlight 2004). Aujourd'hui, pour le sous-ensemble des réclamations que l'EEOC estime pertinentes, c'est bien la médiation qui constitue la procédure de résolution des litiges la plus fréquemment employée.

¹¹ Ainsi le groupe français Sodexo a-t-il été poursuivi aux États-Unis pour discrimination raciale par 2 600 de ses salariés et ex-salariés par la voie d'une *class-action* engagée en 2002. Pour éviter le procès, le groupe a transigé et accepté de verser 80 millions de dollars aux plaignants par un accord qui prévoit également l'amélioration de ses procédures internes d'avancement de carrière (« Sodexo évite un procès pour discrimination raciale aux États-Unis », *Le Monde*, 30 avril 2005).

Par ailleurs, en sus de la réparation des préjudices subis et des éventuels dommages punitifs, des mesures correctives peuvent être prescrites dans l'accord négocié entre les parties, dans le cadre d'une médiation conduite par l'EEOC ou à l'issue d'un procès par le juge. Ces obligations positives, qui servent l'intérêt public, consistent généralement en un programme de sensibilisation et de formation des managers ainsi qu'en une révision des procédures de sélection. Il peut être ordonné à l'entreprise de désigner en son sein un responsable chargé du suivi des objectifs et de l'échéancier (« *goals and timetable* ») fixés pour la mise en œuvre du programme. Ce faisant, la réclamation individuelle permet donc l'appréhension des discriminations dans leur dimension structurelle, l'intervention du juge ou de l'agence ayant alors un effet démultiplicateur.

C. Prévenir les discriminations en amont : le volet « proactif » du dispositif américain

L'objectif des politiques « proactives » est de vérifier que les employeurs, en l'absence de toute réclamation, se conforment aux obligations qui découlent du droit à la non-discrimination. Les pouvoirs publics cherchent alors à contraindre ou à inciter les employeurs à adopter des programmes à vocation préventive au sein de leurs entreprises, par des règlements qui précisent ces obligations et dont l'application conditionne l'attribution de subsides fédéraux.

1. *L'objectivation des procédures*

La théorie du *disparate impact* conduit à examiner les effets des décisions et procédures, indépendamment d'une éventuelle intention discriminatoire. Elle invite, en amont de toute réclamation ou plainte, à remettre en question la légitimité et la pertinence de l'ensemble des pratiques de sélection, des critères présentés comme méritocratiques et des procédures dont le caractère routinier est la seule véritable raison d'être. Le monitoring, le contrôle exercé par l'EEOC et la menace judiciaire incitent les employeurs à internaliser cette contrainte nouvelle et à agir d'eux-mêmes pour remédier aux problèmes constatés.

Les obligations tenant à l'égalité de traitement ont été précisées par une série de directives réglementaires fédérales émanant des ministères et des agences, notamment les *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures* de 1978. La transparence et l'objectivation des procédures et des critères de recrutement ou de promotion s'imposent ainsi aux employeurs – qu'ils aient été ou non soupçonnés de comportement discriminatoire sur la base du monitoring.

En outre, l'EEOC publie régulièrement des documents destinés à guider les employeurs dans l'application de la législation anti-discriminatoire et préconisant des mesures spécifiques pour limiter les biais nécessairement induits par la dimension subjective du processus décisionnel. Pour prévenir les discriminations, il faut en effet s'attacher à réduire l'impact des préjugés qui, implicitement et parfois inconsciemment, affectent le jugement social. À cette fin, la formalisation de la prise de décision et l'explicitation des critères d'évaluation au regard du poste à pourvoir paraissent indispensables. Pour contrecarrer l'influence des stéréotypes, une transformation de la culture d'entreprise peut s'avérer nécessaire. De telles politiques auront pour objet à la fois de prévenir les discriminations et de faciliter le repérage de celles qui persistent. L'EEOC propose son soutien aux entreprises qui mettent en œuvre ces politiques et organise elle-même des formations et des actions de sensibilisation en leur sein.

2. L'octroi de marchés publics subordonné au respect de la législation anti-discriminatoire : le rôle spécifique de l'OFCCP

Les entreprises comme les « services publics » qui reçoivent des subsides de l'État fédéral sont soumis à un contrôle plus étroit et à des obligations supplémentaires en matière de lutte contre les discriminations. Il en va de même pour l'ensemble des banques et organismes financiers, ainsi que pour les associations subventionnées par l'État fédéral. Le texte de référence est ici l'*Executive Order* 11246 qui s'applique aux entreprises du bâtiment bénéficiant de marchés publics dont le montant annuel dépasse 10 000 dollars et aux autres entreprises de plus de 50 salariés ayant signé un contrat avec le gouvernement fédéral ou recevant des subventions d'un montant supérieur à 50 000 dollars. Au total, près de 200 000 entreprises publiques ou privées y sont soumises, soit près de 26 millions de salariés (26 % de la population active). En conditionnant l'attribution des marchés publics au respect de la norme anti-discriminatoire, les Américains utilisent donc un instrument dont le domaine d'application est relativement large.

Plus précisément, les entreprises concernées doivent pouvoir formuler un diagnostic permettant d'identifier les barrières à l'égalité de traitement dans leurs établissements et transmettre à l'OFCCP un programme d'*affirmative action* écrit qui indique les actions que l'employeur s'engage à mettre en œuvre pour remédier aux problèmes constatés. Ces programmes incluent le plus souvent la correction des procédures déficientes ainsi que des mesures d'*outreach* (voir encadré sur l'*affirmative action* ci-après). L'OFCCP, pour sa part, effectue des audits de conformité auprès des entreprises relevant de sa compétence. Si des problèmes apparaissent à l'issue de ses investigations, une conciliation comprenant un programme correctif peut être proposée. Si l'entreprise refuse, l'OFCCP détient théoriquement une arme redoutable, l'éviction du contrat fédéral et des marchés publics – même si, dans les faits, celle-ci n'est que très rarement utilisée.

L'*affirmative action*¹²

1. Définition

L'*affirmative action* désigne l'ensemble des dispositions de nature publique ou privée octroyant aux membres de certains groupes ayant été soumis dans le passé à un régime juridique discriminatoire un traitement préférentiel dans la répartition de certaines ressources rares. Elle se traduit par le fait que, au-delà d'un seuil de qualification minimal, dans un certain nombre de cas, l'identification « raciale » (ou sexuelle) détermine l'obtention ou la non-obtention de la position visée par les individus en concurrence. Les groupes bénéficiaires sont les Noirs, les Hispaniques, les femmes, les descendants de populations autochtones (*Native Americans*), et parfois les Asiatiques. Le dispositif s'applique à trois domaines : l'emploi, l'attribution des marchés publics et l'admission dans les universités opérant une sélection à l'entrée. L'objectif est de remédier à la sous-représentation statistique des membres de ces groupes dans la population de référence.

Jusqu'à la fin des années soixante, la formule « *affirmative action* » renvoyait plutôt à des mesures destinées à agir en amont du processus de sélection et également qualifiées d'« *outreach* ». Ces dispositions étaient uniquement destinées à susciter une augmentation du nombre de candidats noirs à une position donnée : diffusion des offres d'emploi dans les organes de presse dont les Noirs constituaient la majorité du lectorat, mise en place de programmes de formation professionnelle dans les zones géographiques où ils se trouvaient concentrés, etc. La prise en considération du facteur racial intervenait donc à l'étape antérieure à celle de la sélection proprement dite. À cela s'oppose, à partir des années soixante-dix, une différenciation plus ou moins marquée des modalités de sélection en vigueur en fonction de l'identité raciale des postulants, qui est alors

¹² Pour plus de détails, voir Sabbagh 2003. Pour une analyse comparative de la discrimination positive au-delà du cas américain, voir Calvès 2008.

prise en compte dans la phase décisionnelle. C'est cette seconde forme d'*affirmative action*, principal objet de controverse, qui fait l'objet des remarques qui suivent.

2. Les origines de l'affirmative action

Initialement, la grande loi anti-discriminatoire (*Civil Rights Act*) de 1964 ne prévoyait pas l'instauration de mesures d'*affirmative action* et semblait même exclure toute forme de traitement préférentiel. Ce n'est que devant la multiplication d'émeutes à caractère interracial de 1964 à 1968 que le gouvernement fédéral, prenant conscience du risque que la marginalité socio-économique persistante d'une partie de la jeunesse noire constituait pour l'ordre public, va revenir sur cette position. Mais si les émeutes représentent l'arrière-plan au regard duquel une intervention supplémentaire des pouvoirs publics pour faire reculer le chômage des noirs est bientôt tenue pour indispensable, les déterminants immédiats de la forme prise par l'action gouvernementale dans ce domaine relèvent aussi d'une logique inhérente à l'appareil administratif.

En effet, contrairement à une idée répandue, il n'y a pas eu de mobilisation soutenue en faveur de la discrimination positive de la part des organisations noires antérieurement à son instauration. Lors des débats au Congrès au sujet du Plan de Philadelphie de 1969 portant sur l'industrie du bâtiment, première étape dans la mise en œuvre explicite de l'*affirmative action* dans l'emploi, le gouvernement républicain de Richard Nixon, paradoxalement, a dû convaincre les dirigeants de la NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), l'une des principales organisations à l'origine du mouvement pour les droits civiques, d'apporter leur soutien à cette initiative. En revanche, la mobilisation ultérieure du lobby noir a joué un rôle déterminant dans la pérennisation du dispositif.

Comme l'ont montré les travaux du sociologue John David Skrentny (Skrentny 1996), la naissance de l'*affirmative action* apparaît plutôt comme le résultat d'un processus de rationalisation bureaucratique de l'action anti-discriminatoire. Cette logique est elle-même inséparable d'une quête de légitimité institutionnelle des agences chargées de veiller à l'application de la législation dans ce domaine (EEOC et OFCCP). En effet, la légitimité des instances administratives de ce type dépend dans une large mesure de leur efficacité. Or, dans la mesure où l'on pouvait concevoir que ces agences aient pour raison d'être de contribuer à la réduction du taux de chômage particulièrement élevé des Noirs au moyen de l'éradication de la discrimination raciale dans l'emploi, il était raisonnable de s'attendre à ce que le jugement porté sur leur performance soit déterminé par l'évolution des statistiques relatives à la place des membres de ce groupe dans la main d'œuvre des entreprises.

En dépit d'une remise en cause limitée du dispositif à partir de la fin des années soixante-dix (arrêt de la Cour suprême interdisant les « quotas » raciaux dans les admissions à l'université¹³ en 1978) et dans les années quatre-vingt-dix, dans le domaine des marchés publics notamment (cf. ci-après) – voire dans l'ensemble du secteur public comme dans l'État de Californie (Proposition 209 de 1996) –, à l'échelle des États-Unis, l'*affirmative action* ainsi instituée est toujours en vigueur aujourd'hui. Le dernier grand arrêt de la Cour suprême sur la question (*Grutter v. Bollinger*, 2003), qui porte sur l'enseignement supérieur, en atteste.

3. Les effets de l'affirmative action

Le bilan du dispositif varie sensiblement selon son domaine d'application.

Prenons par exemple le cas des *set-asides*, ces mesures par lesquelles le gouvernement fédéral, les États ou les municipalités réservent aux entreprises dont la majorité du capital est détenue par des membres des minorités une proportion prédéterminée du montant des marchés publics. Leur mise en œuvre a suscité des phénomènes de corruption notoires, l'une des manipulations les plus courantes consistant à nommer à la tête d'une entreprise blanche un homme de paille issu d'un groupe minoritaire. Par ailleurs, indépendamment de l'ampleur de la fraude observée, la captation des bénéfices du programme par une poignée d'entrepreneurs aisés, en ôtant apparemment à cette forme d'*affirmative action* toute valeur redistributive, a aussi contribué à la discréditer. Pour ne prendre qu'un exemple, à la fin des années 1980, la fortune personnelle des entrepreneurs ainsi privilégiés était plus de huit fois supérieure à celle de la moyenne des ménages noirs. On comprend ainsi que l'offensive partielle engagée par les juges de la Cour suprême contre l'*affirmative action* à partir de la seconde moitié des années quatre-vingt ait d'abord pris pour cible les programmes de ce type (arrêts *City of Richmond v. Croson* de 1989 et *Adarand v. Peña* de 1995).

¹³ *Regents of the University of California v. Bakke* (438 US 265, 1978).

Dans le domaine de l'emploi en revanche, la plupart des études disponibles concluent à la relative efficacité du dispositif au regard de ses objectifs immédiats. Ainsi, l'enquête réalisée en 1984 par l'économiste Jonathan Leonard auprès de quelque 70 000 établissements rassemblant plus de 16 millions de salariés fait apparaître, entre 1974 et 1980, une augmentation plus rapide de l'emploi des femmes et des membres des minorités ethno-raciales dans les firmes sous contrat avec le gouvernement fédéral (tenues de mettre en œuvre un programme d'*affirmative action*) que dans les autres entreprises. Le taux de croissance de l'emploi était supérieur de 3,9 % pour les hommes noirs, de 7,9 % pour les hommes appartenant à d'autres minorités, de 2,8 % pour les femmes blanches et de 12,3 % pour les femmes noires. À cela s'ajoute aussi le rôle non-négligeable de la discrimination positive dans l'augmentation spectaculaire de la proportion de Noirs dans certaines professions du secteur public : entre 1970 et 1990 par exemple, ces derniers obtiennent 41 % des nouveaux emplois d'officiers de police, tandis que leur pourcentage dans le corps des pompiers municipaux est quasiment multiplié par 5 (de 2,5 % à 11,5 %).

Enfin, dans le domaine de l'enseignement supérieur, l'efficacité de la discrimination positive au plan quantitatif a été démontrée *a contrario* par la chute spectaculaire de la proportion de Noirs et d'Hispaniques dans les universités les plus sélectives des États qui, dans la seconde moitié des années quatre-vingt-dix, ont décidé de mettre un terme à son application (Texas, Californie et Floride notamment). En particulier, si la suppression du dispositif n'entraîne qu'un accroissement minime de la probabilité d'admission dans l'établissement de leur choix de chacun des candidats blancs qu'il pénalise, elle exerce un effet dévastateur sur l'ensemble des étudiants noirs, puisque leur nombre se réduit considérablement (diminution de l'ordre de 50 % à 75 %). Cette évolution est d'autant plus dommageable que, pour les Noirs comme pour les membres des autres groupes raciaux, il existe une corrélation positive entre le taux d'obtention du diplôme de fin d'études et le degré de sélectivité de l'établissement fréquenté, et ce quelles que soient les performances antérieures des individus en question aux différentes épreuves d'admission. Autrement dit, contrairement à une idée reçue, plus l'université est renommée et difficile d'accès, plus la probabilité que les candidats noirs admis achèvent leur scolarité sans coup férir est élevée (Bowen et Bok 1998). Ce point est d'autant plus important que, comme la même étude le confirme par ailleurs, la détention d'un diplôme délivré par une institution réputée a des répercussions croissantes en termes de revenu et de possibilité d'accès à des fonctions d'encadrement. La remise en cause partielle de l'*affirmative action* dans le champ universitaire – au demeurant interrompue par l'arrêt *Grutter* – n'est donc pas le produit d'une évaluation globalement négative des résultats du dispositif.

En définitive, les États-Unis ont tiré toutes les conséquences du droit à la non-discrimination tel qu'il est défini par la législation et développé par les agences et les tribunaux. Les discriminations sont appréhendées à la fois dans leur dimension individuelle et collective, tandis que l'action publique joue de la complémentarité entre réaction et prévention. La conjonction d'un contrôle administratif relativement étroit et d'une jurisprudence audacieuse et dissuasive quant au montant des dommages punitifs a conduit les employeurs à modifier leurs pratiques.

II. Quels enseignements pour la France ?

La loi du 27 mai 2008 ayant achevé de transposer les directives communautaires relatives à la discrimination, il importe que la France se dote d'instruments lui permettant d'appréhender, au-delà des cas individuels, la discrimination institutionnelle et collective. Comment pourrait-elle s'inspirer de l'expérience américaine, qui a vu l'identification des discriminations être rationalisée par le système de monitoring des organisations publiques et privées ? Quelles seraient les données statistiques compatibles avec la juridiction française permettant d'identifier les phénomènes discriminatoires et d'assurer l'effectivité du droit ? Au-delà de la mesure des discriminations, les enseignements de l'exemple américain peuvent aussi nourrir une réflexion sur l'action judiciaire en matière anti-discriminatoire et ouvrir des pistes novatrices dans la mise en œuvre d'une politique ambitieuse de promotion de l'égalité.

A. Rationaliser le processus de lutte contre les discriminations

En France, les pouvoirs publics et les entreprises sont régulièrement invités à entreprendre un examen plus systématique de la composition de la main-d'œuvre de chaque établissement, afin d'aller au-delà du traitement au cas par cas des discriminations et de jeter les bases d'une action préventive à caractère structurel. Comme aux États-Unis, la mise en place d'une forme de monitoring permettrait à la fois de diagnostiquer des déséquilibres dans la composition de la main-d'œuvre – signe de discrimination potentielle – et d'évaluer les résultats des actions volontaires affichées par les entreprises les plus mobilisées sur cette question, notamment les signataires de la Charte de la diversité. Par ailleurs, la disponibilité de données statistiques sur la main-d'œuvre permettrait aux acteurs concernés d'adapter leur stratégie en fonction des diagnostics effectués, de mieux repérer les discriminations structurelles et de concentrer leurs efforts sur les organisations et les secteurs d'activité les plus touchés par les phénomènes discriminatoires, à l'instar de ce qu'a pu faire l'EEOC (Sternlight 2004).

1. *Le dilemme de la catégorisation statistique : le contexte français*

Si, aux États-Unis, la nomenclature ethno- raciale, fruit d'une histoire spécifique, est globalement acceptée par la population – même si elle est parfois critiquée, notamment pour son défaut d'adéquation avec les finalités politiques qui en justifient l'usage – (Prewitt 2005, Yanow 2003), en France, le principe même d'une telle catégorisation suscite de fortes réticences, dues au souvenir des pratiques en vigueur dans l'Algérie coloniale et, surtout, de la loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs adoptée sous le régime de Vichy¹⁴. L'utilisation de catégories statistiques « ethno- raciales » fait également polémique du fait de l'invalidité biologique des concepts de « race » et d'« ethnie » que de telles catégories risqueraient de légitimer. Critiquées pour leur propension à figer des identités fluctuantes (Blum 2008), les notions de « race » et d'« ethnie » apparaissent également en décalage avec une configuration démographique française caractérisée par un taux de métissage élevé.

Enfin et surtout, les statistiques « ethniques » sont incompatibles avec le cadre constitutionnel français, fondé sur l'égalité des citoyens et l'indivisibilité de la République, comme avec la loi Informatique et libertés de 1978. En effet, la loi du 6 janvier 1978 (modifiée le 6 août 2004), dont la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) supervise l'application, interdit *a priori* la collecte et l'enregistrement de données faisant apparaître, directement ou indirectement, les origines « raciales » ou « ethniques ». La protection maximale dont ces données font l'objet se justifie par le caractère normalement non pertinent de ces informations pour toute prise de décision (de Schutter 2001).

2. *Le caractère anticonstitutionnel d'un référentiel ethno- racial*

La CNIL a rejeté à plusieurs reprises l'introduction, dans le recensement comme dans l'ensemble de la statistique publique, de toute classification nationale « ethno- raciale », estimant que le principe de la création d'un tel référentiel relevait du législateur, placé sous le contrôle du Conseil constitutionnel¹⁵. Or ce dernier a récemment rappelé que les données

¹⁴ « Est regardé comme juif pour l'application de la présente loi toute personne issue de trois grands-parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif ». La notion de « race juive », référée à un critère de parenté, a ouvert la voie à la création en zone occupée d'un fichier des Juifs dans chaque préfecture dès septembre 1940 et au recensement obligatoire des Juifs en zone « libre » à partir du 2 juin 1941 (deuxième statut des Juifs). Ce dernier n'a pas été imposé par les Allemands mais introduit par le gouvernement de Vichy de sa propre initiative.

¹⁵ CNIL, *Mesure de la diversité et protection des données personnelles : les dix recommandations de la CNIL*, 16 mai 2007, Recommandation n°7.

considérées ne sauraient « reposer sur l'origine ethnique ou la race » : seules les données objectives telles que le patronyme, le lieu de naissance ou la nationalité antérieure peuvent être recueillies¹⁶. Néanmoins, le Conseil a précisé que des données subjectives, par exemple celles qui reposent sur le « ressenti d'appartenance », pouvaient aussi être ponctuellement mobilisées¹⁷. C'est donc bien la création d'un référentiel « ethno-racial » qui a été jugée inconstitutionnelle – et elle seule.

À la suite de cette décision du Conseil, un Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution, présidé par Simone Veil, a été mandaté par le président de la République pour réfléchir à la possibilité de mettre en œuvre de « nouvelles politiques d'intégration valorisant la diversité de la société française pour favoriser le respect effectif du principe d'égalité »¹⁸. Mais ce Comité, qui a rendu son rapport en décembre 2008, n'a recommandé aucune révision constitutionnelle en ce sens¹⁹. L'établissement d'un référentiel « ethno-racial » à des fins de monitoring reste donc interdit, de même que d'éventuelles mesures préférentielles fondées sur un critère similaire²⁰.

3. Origine et filiation des personnes

Néanmoins, si le recueil et le traitement de données relatives à l'origine demeurent proscrits, la loi de 1978 prévoit un certain nombre d'exceptions. La statistique publique peut ainsi être autorisée à manier des données sensibles pour certaines enquêtes avalisées par la CNIL : c'est le cas pour ce qui est du lieu de naissance, de la nationalité et de la langue maternelle des personnes interrogées et de leurs parents. De même, l'existence d'un « intérêt public »²¹ peut justifier une dérogation à l'interdiction de traiter des données sensibles. Néanmoins, à l'exception des enquêtes – non réalisées par un service statistique – utilisant de telles données avec le consentement exprès des personnes, l'intervention de la CNIL est nécessaire au recueil de ces données.

Pour des études *ad hoc* sur l'origine et la filiation des personnes, la CNIL autorise les questions portant sur le lieu de naissance et la nationalité originelle des répondants, de leurs parents et de leurs grands-parents, dès lors que les données sont adaptées à l'objectif de l'enquête et que leur collecte respecte les conditions d'anonymat. D'autres études se fondent sur l'analyse patronymique de fichiers existants. L'identification de l'origine immigrée supposée est alors réalisée par un tiers, le chercheur, sur la base du nom et/ou du prénom des

¹⁶ C.C., Décision n°2007-557 DC du 15 novembre 2007, cons. 29 : « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article premier de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ».

¹⁷ *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, juin 2008, pp. 12-13. Le Conseil n'interdit donc pas les enquêtes ponctuelles qui utilisent les catégories relevant du « ressenti d'appartenance » avec le consentement des personnes interrogées telles que celles qui sont menées par le Conseil Représentatif des Associations Noires de France (CRAN) sur les contrôles d'identité au faciès (enquête du 31 janvier 2007 menée par TNS-Sofrès pour le CRAN, enquête du 4 juillet 2008 menée par CSA pour le CRAN).

¹⁸ Décret n°2008-328 du 9 avril 2008, *Journal officiel de la République française* du 10 avril 2008.

¹⁹ Veil Simone, Comité de réflexion sur le préambule de la Constitution, *Rapport au Président*, Paris, Présidence de la République, décembre 2008, 226 p.

²⁰ À l'échelle communautaire, la France n'est pas un cas isolé, seule la Grande-Bretagne ayant mis en place un système de monitoring « ethno-racial » (Stavo-Debaugé 2005). Aux Pays-Bas, une législation, aujourd'hui révolue, imposait une obligation de monitoring, mais la classification était établie, comme en France, sur la base d'un critère objectif : le pays de naissance du répondant et de ses parents (Guiraudon, Phalet et ter Wal 2005).

²¹ Art. 8-IV de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Les modalités sont précisées à l'art. 25-I.

personnes. Cette méthode a prévalu pour l'audit du groupe Casino autorisé par la CNIL, qui exigea simplement le consentement exprès des salariés (Cédiey et Foroni 2005)

4. Quelles catégories utiliser pour un monitoring ?

Si le recueil et le traitement de données « ethno- raciales » demeurent proscrits, quelles catégories juridiquement valides pourraient être utilisées dans le cadre d'un monitoring à la française ?

Aujourd'hui, un consensus relatif pourrait s'établir autour du recueil des données objectives que sont le lieu de naissance et la nationalité des personnes interrogées, ainsi que la nationalité d'origine et le lieu de naissance de leurs parents. Une enquête expérimentale a ainsi été menée afin d'évaluer l'acceptabilité de différentes catégories pour l'enregistrement de données sur l'origine. Il s'agissait de tester la réaction des répondants vis-à-vis de trois modalités de déclarations de l'origine des personnes (Simon et Clément 2006) :

- une approche généalogique (déclaration du pays de naissance et de la nationalité des personnes, de leurs parents et grands-parents) ;
- une déclaration par la personne de son « origine »²², elle-même définie en référence à des aires géographiques (africaine, antillaise ou caribéenne, asiatique, maghrébine, européenne, française) et des pays (française, algérienne, portugaise, sénégalaise, turque...);
- enfin une auto-classification dans une nomenclature de type « ethno-racial » (Blanc, Noir, Arabe ou Berbère, Asiatique, du Sous-continent indien...)

Si l'enquête montre une large acceptation des catégorisations par la filiation et l'origine géographique – et démontre une importante évolution des mentalités – les réticences demeurent marquées à l'égard des catégories « ethno- raciales »²³. Par ailleurs, cette étude prouve que les fichiers d'entreprises et administratifs font l'objet d'une relative méfiance, quelque peu atténuée quand l'hypothèse est celle d'une collecte par un organisme indépendant et lorsque des garanties quant à l'utilisation des données sont fournies. Il subsiste néanmoins un taux de refus, notamment chez les personnes d'origine maghrébine, qui rendrait pratiquement impossible l'adoption d'un enregistrement de type « ethno-racial » mais n'interdirait pas la systématisation du recueil de données objectives sur la filiation dans l'appareil statistique. Et si la fiabilité et la pertinence des données objectives sur la filiation peuvent être contestées, l'étude des nomenclatures étrangères – américaine notamment – démontre bien qu'aucun système de catégories ne permet d'appréhender « parfaitement » l'appartenance « ethno- raciale » des minorités. Certes, le critère de la filiation est imparfait du point de vue de la lutte contre les discriminations, mais il est encore largement opératoire : la catégorie fondée sur le lieu de naissance et la nationalité antérieure des parents, fortement dégradée pour les descendants des immigrations européennes, est encore valide pour les personnes issues de l'immigration maghrébine et africaine, historiquement plus récente.

5. L'ampleur du monitoring

²² La question était accompagnée d'une note : « La notion d'origine ne décrit pas votre nationalité effective. Donnez la ou les réponses qui vous semblent les plus proches de votre conception de votre (ou vos) origine(s) personnelle(s) » (Simon et Clément - 2006, p. 79). Il est à noter que 15 % à 25 % des répondants ayant une filiation étrangère maghrébine ou européenne du sud ne se reconnaissaient pas dans l'origine « correspondante ».

²³ 12 % des répondants, mais plus de 28 % des personnes d'origine maghrébine se déclarent mal à l'aise pour répondre à la question correspondante (*ibid.*, p. 50-52)

La « mise en visibilité » et l'enregistrement systématique de l'origine des salariés et des candidats à l'embauche (quelles qu'en soient les modalités) permettraient d'observer les effets des processus de sélection, mais aussi de faire savoir aux opérateurs que s'exerce sur eux un contrôle régulier. Le monitoring permettrait également aux organisations d'effectuer elles-mêmes ce suivi et, le cas échéant, de rectifier leurs procédures en conséquence. Cependant, que l'on opte pour la systématisation de la collecte de données relatives à l'origine nationale des parents dans le recensement et au niveau des entreprises (Simon et Weil 2008) ou que l'on se restreigne à ces dernières, de manière à rendre possibles les comparaisons entre entreprises du même bassin d'emploi et du même secteur d'activité, la photographie de la masse salariale issue du monitoring n'aura qu'un caractère indicatif. Elle ne peut fournir que l'indice d'une discrimination dont la réalité devra être établie et les procédures génératrices identifiées. En effet, tous les déséquilibres de représentation ne sont pas le fruit de discriminations directes ou indirectes : certaines reflètent des discriminations systémiques en amont de l'emploi et des inégalités sociales qui demeurent hors d'atteinte de la législation anti-discriminatoire existante (Cédiey 2008).

En dépit de ces difficultés, il importe que les entreprises désireuses de s'engager dans une démarche d'évaluation régulière des effets de leurs pratiques puissent se référer à une méthodologie uniforme et éprouvée. Ceci exigerait l'élaboration et la mise à l'essai d'un document type par les autorités compétentes. Ce formulaire serait assorti de garanties d'anonymisation et de confidentialité et pourrait être conduit par un organisme à l'expertise reconnue. Parallèlement, les pouvoirs publics encourageraient la multiplication des testings en prenant appui notamment sur les acquis américains de manière plus systématique (Pager 2007) aussi bien dans le cadre de la recherche publique sur les discriminations à l'embauche qu'à des fins d'auto-évaluation par les entreprises.

Rappelons cependant que les données relatives à l'origine des personnes produites par ce monitoring n'auraient d'utilité que si elles alimentent une politique volontariste de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité de traitement. À cet égard, force est de constater que si toutes les données relatives à la répartition de la population en fonction du sexe sont disponibles dans le recensement et dans les bilans annuels obligatoires des entreprises²⁴, elles n'ont pas encore été exploitées pour mettre en œuvre une politique efficace de lutte contre les discriminations à raison du sexe.

B. Sanction judiciaire ou négociée : une stratégie qui reste à élaborer

En matière de sécurité routière, l'expérience française de la multiplication des contrôles combinée à la systématisation des sanctions semble démontrer que les réglementations sont d'autant plus efficaces que leur application est contrôlée – c'est-à-dire que la probabilité pour les contrevenants d'être identifiés et sanctionnés est grande. Alors que les États-Unis ont fait le choix de la voie civile, l'enjeu pour la France consiste aujourd'hui à mieux articuler celle-ci à la voie pénale, dont la disparition n'est pas à l'ordre du jour. En effet, le maintien du pénal, outre sa portée symbolique, se justifie par la marge de manœuvre supplémentaire qu'il offre en matière de preuve²⁵. Dans certains cas, il demeure même la

²⁴ En France, cette obligation résulte de la loi n°2001-397 du 9 mai 2001, dite loi Génisson : les employeurs sont désormais tenus d'élaborer chaque année, sur la base d'indicateurs fixés par un décret du 12 septembre 2001, un rapport écrit sur la situation comparée des hommes et des femmes dans l'entreprise.

²⁵ La liberté de la preuve prévalant, le testing est aujourd'hui recevable devant le seul juge pénal.

seule option disponible, notamment pour les discriminations à l'embauche²⁶. Pour les discriminations relatives à la carrière, en revanche, le recours au droit civil peut être plus avantageux, étant donné l'aménagement de la preuve qu'il prévoit. Quant aux discriminations indirectes, que le juge français n'a encore jamais appréhendées, la voie civile est imposée par les textes.

L'exemple américain montre que les étapes de judiciarisation et de négociation sont intervenues à des moments précis dans la chronologie anti-discriminatoire. Il semble difficile de modifier l'ordre de ces étapes dans l'élaboration d'une stratégie efficace. Judiciarisation et conciliation doivent en effet être conçues comme des moyens complémentaires, et non comme les deux termes d'une alternative. De manière générale, la voie judiciaire devrait être privilégiée pour les cas susceptibles d'aboutir à des précédents contraignants et dissuasifs.

1. La nécessité d'une phase initiale de traitement judiciaire

La législation contre les discriminations a pour origine la loi du 1^{er} juillet 1972, régulièrement complétée au cours des années quatre-vingt *via* l'augmentation du nombre de critères prohibés et l'intégration de la discrimination dans les codes du travail et de la fonction publique. Toutefois, jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, les procès issus de cette législation étaient rarissimes²⁷. Sous l'influence de la directive RACE de 2000, le droit français a intégré une définition objectivée de la discrimination (découplée de la recherche de l'intention), mais cette notion n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence suffisamment fournie pour permettre son affinement et sa diffusion. Le manque de précédents légaux se fait sentir. Le caractère très récent des derniers développements de la législation française et le faible volume des affaires traitées à ce jour plaident donc pour le choix du recours à la voie formelle du procès à des fins de légitimation et de diffusion de la norme anti-discriminatoire.

À ce titre, les associations comme la HALDE²⁸ jouent un rôle primordial. Leur implication auprès des victimes de discriminations, tout comme leur expertise, est indispensable pour faire progresser la voie judiciaire.

2. Mettre en place des sanctions réellement dissuasives

Pour que la protection juridictionnelle soit effective, la directive 2000/43/CE exige des sanctions dissuasives²⁹. Or, si les plafonds prévus en matière d'emprisonnement et de

²⁶ En effet, le juge civil français ne se reconnaît pas comme compétent en matière de discrimination à l'embauche en l'absence de relations professionnelles préalables de la victime avec l'entreprise. En outre, les plaintes portées par des associations n'impliquant aucune victime identifiée (la décision fondée sur un critère prohibé n'a pas encore fait de victime, il n'y pas de victime qui souhaite aller en justice ou encore aucune victime n'a pu être personnellement identifiée), ou les plaintes concernant des offres d'emploi qui contiennent une condition discriminatoire ne sont susceptibles d'être portées que devant le juge pénal.

²⁷ En dehors des procès pour discrimination syndicale qui se sont multipliés notamment au cours des années 1990.

²⁸ La Haute autorité, instituée en 2005, reçoit toute réclamation relative aux discriminations et dispose pour les traiter de pouvoirs d'enquête. La HALDE peut transmettre au parquet les plaintes pour discrimination intentionnelle qui lui paraissent étayées, et présenter, à l'appui des recours civils engagés par les victimes (administratifs pour les agents publics), ses conclusions devant le juge. Forte de son expertise, elle permet ainsi de pallier les lacunes de l'institution judiciaire, qu'elle s'emploie parallèlement à combler via les formations en matière de non-discrimination à destination de son personnel qu'elle dispense depuis 2006.

²⁹ La directive 2000/43 indique que « les États membres doivent mettre en place des sanctions effectives, proportionnelles et dissuasives applicables en cas de non-respect des obligations découlant de la présente directive » (Intro., point 26). Cet impératif découlant du principe de protection juridictionnelle effective avait

sanctions pécuniaires ont été encore récemment relevés en droit pénal³⁰, et si l'utilisation de sanctions complémentaires, telles que la publication du jugement, se banalise, en pratique, l'ensemble des possibilités prévues par le droit sont encore loin d'être exploitées. Quant aux indemnités versées aux victimes et aux associations – au titre du préjudice moral et du préjudice matériel éventuel –, elles demeurent très variables et, en moyenne, peu élevées. En outre, les sanctions ne sont guère proportionnées à l'ampleur de la violation constatée ni aux ressources des employeurs fautifs³¹. L'échelle de grandeur des sommes en jeu est sans commune mesure avec celle des montants que les victimes américaines ayant engagé une *class action* peuvent se voir verser à la suite de procès ou d'accords négociés abondamment médiatisés : malgré l'exposition médiatique dont les actions en justice font l'objet aujourd'hui, les sanctions françaises demeurent trop limitées pour entraîner une modification des comportements. Pour que la judiciarisation déclenche une dynamique comparable à celle que l'on a pu observer aux États-Unis et rende la sanction négociée et la régulation souple efficaces, la menace judiciaire doit être prise au sérieux. Dans cette perspective, les *class actions* et les sanctions pécuniaires punitives pourraient constituer des pistes à explorer.

Par ailleurs, la question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas de donner la possibilité aux juges et à la HALDE d'assortir les sanctions d'obligations positives à la charge de l'employeur. Dans le cadre de la résolution des conflits, les employeurs coupables de discrimination pourraient se voir imposer, en sus de la réparation des préjudices individuels et des éventuelles amendes, des programmes de sensibilisation et de formation de leur personne, ainsi que la révision de leurs pratiques.

C. Développer la dimension proactive des politiques d'égalité de traitement

Étant donné l'importance et la fréquence des discriminations, et la limitation des ressources disponibles pour les combattre, il apparaît nécessaire d'élaborer en amont des programmes visant spécifiquement celles qui présentent un caractère structurel, leurs victimes étant vraisemblablement les plus nombreuses. Les recommandations, tout comme les guides de bonnes pratiques de la HALDE, interviennent en ce sens.

1. *Améliorer la transparence et l'« objectivité » des procédures de ressources humaines*

déjà été établi dans la jurisprudence de la CJCE. La Cour de justice des communautés européennes s'est attachée à contrôler le caractère adéquat de la réparation, « qui doit permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis ».

³⁰ L'art. 225-2 CP prévoit 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende pour les personnes physiques et l'art. 222-4 CP prévoit une amende de 225 000 euros pour les personnes morales. La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dite loi Perben II indique que « lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende » (art. 225-2-6° CP).

³¹ Un intermédiaire de l'emploi, convaincu de « fichage ethnique » et de discrimination raciale à l'embauche (une plaquette par lui diffusé proposait des hôtesses d'accueil 'pure white'), a été condamné en tant que personne morale à 20 000 euros d'amendes, dont 15 000 euros avec sursis (les deux responsables ont été condamnés à respectivement 3 000 euros d'amende, dont 2 000 euros avec sursis, et 4 000 euros d'amende, dont 2 500 euros avec sursis). SOS Racisme et la Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA), parties civiles, ont reçu respectivement 3 500 euros et 2 800 euros de dommages et intérêts. Le parquet, qui avait requis 80 000 euros à 100 000 euros d'amende pour la société, a fait appel (TC Nanterre, 27 octobre 2008, *Sté Daytona*). En matière civile, sept salariés, qui avaient pu démontrer l'iniquité de leur parcours professionnel *via* une analyse comparative établissant une présomption de discrimination raciale et sexiste que l'employeur n'est pas parvenu à renverser, ont reçu entre 5 000 euros et 10 000 euros de dommages et intérêts, et ceux encore dans l'entreprise se sont vus replacer dans leur carrière au degré d'avancement qu'ils auraient dû atteindre en l'absence de la discrimination constatée (Conseil des Prud'hommes, Lyon, 20 juin 2008, *Bosch*).

Afin d'encadrer la prise de décision, source potentielle de discrimination, le personnel – et notamment le service des ressources humaines – doit être sensibilisé aux discriminations et formé de manière à limiter l'impact des stéréotypes aux différentes étapes du processus. En effet, les procédures traditionnelles qui peuvent apparaître neutres et, de ce fait, légitimes, doivent être questionnées à la lumière de leur effet sur les groupes définis à raison d'un critère prohibé.

Ainsi, il est fréquent que les offres d'emploi soient diffusées de façon informelle par le « bouche à oreille », que ce dernier concerne les employés de l'entreprise et leur famille, leurs amis ou les diplômés de certaines écoles. Cette pratique peut constituer un facteur de discrimination indirecte en excluant de fait du recrutement ceux qui ne bénéficient pas de ce réseau social. Il serait donc souhaitable de mettre en place des formes de recrutement transparentes afin de faire cesser la discrimination collective et structurelle induite par ces méthodes. Par ailleurs, les critères habituels de sélection « au mérite » gagneraient également à être examinés en fonction de leur lien réel avec la nature du bien à attribuer (poste, formation, promotion). En ce sens, le recrutement par la méthode des habiletés, qui consiste à évaluer concrètement le candidat pour les tâches que la fonction implique, devrait être encouragé quand cela est possible. Pour contrecarrer les stéréotypes souvent inconscients – dont tout laisse à penser qu'ils ne jouent pas un rôle marginal dans le processus de discrimination –, il conviendrait également de rendre invisible aux décideurs l'identité du candidat au regard des différents critères prohibés. La disposition relative au *Curriculum Vitae* (CV) anonyme prévue à l'art. 24 de la loi du 31 mars 2006, constitue une réponse en ce sens.

L'absence ou la rareté des organismes compétents pour formuler des diagnostics sur les procédures de ressources humaines ou pour mettre en œuvre des formations dans les entreprises, présente un caractère problématique. Un référentiel de formation, à adapter selon les secteurs d'activité concernés, pourrait être mis au point afin de disposer d'une méthodologie commune éprouvée.

2. Une politique d'incitations à revoir

Aux États-Unis l'adoption des mesures d'« objectivation » des procédures de ressources humaines, lorsqu'elle n'est pas rendue obligatoire par des règlements ou des décisions des organes de contrôle, relève du « volontariat sous contrainte ». En France, la voie de l'incitation demeure largement privilégiée. La seule obligation prévue par la loi – le CV anonyme – n'a pas été suivie de décret d'application³², les pouvoirs publics s'en tenant pour l'essentiel à récompenser des démarches volontaires et à encourager les négociations entre partenaires sociaux. Pourtant, alors que des milliers d'entreprises ont signé la Charte de la diversité³³, les accords d'entreprises précis et juridiquement contraignants entre employeurs et

³² Depuis la loi n°2006-396 du 31 mars 2006 instaurant pourtant l'obligation du CV anonyme pour les entreprises de plus de 50 salariés (art. L. 1221-7 Code du travail), les pouvoirs publics n'ont eu de cesse d'encourager les entreprises et les partenaires sociaux à « faire l'expérience » de cette pratique (certaines l'ont déjà fait avec des résultats probants). Ce vœu a été renouvelé par le président de la République Nicolas Sarkozy lors de son allocution du 17 décembre 2008 : il annonce qu'en 2009, « le gouvernement proposera à 100 grandes entreprises de mettre en place le CV anonyme ».

³³ Voir le site www.charte-diversite.com. La signature de la Charte indique l'engagement de l'entreprise à sensibiliser et à former ses dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité, à promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes et à toutes les étapes de gestion des ressources humaines, à chercher à refléter la diversité de la société française à tous les niveaux de qualification, à communiquer sur cet engagement

syndicats restent rares. Ainsi, l'Accord National Interprofessionnel (ANI) relatif à la diversité dans l'entreprise du 12 octobre 2006 rappelle surtout des obligations découlant directement de l'interdiction de la discrimination objectivée : il s'agit de ne retenir pour le recrutement ou le déroulement de carrière que des critères strictement objectifs fondés sur la possession des compétences et des capacités professionnelles requises (art. 6 et 7 ANI). L'accord n'invite pas les employeurs à réexaminer le bien-fondé des critères et des compétences traditionnels, la plupart des actions prévues demeurant par ailleurs facultatives³⁴.

À partir d'un inventaire des mesures affichées par les entreprises mobilisées en faveur de la lutte contre les discriminations, la HALDE a construit une typologie des bonnes pratiques dont elle préconise l'utilisation. Ces bonnes pratiques pourraient être généralisées.

La tendance en France consiste davantage à récompenser les bonnes pratiques qu'à sanctionner les mauvaises, alors même que, comme le montre l'exemple américain, les deux devraient idéalement aller de pair. Ainsi, le label Diversité mis en place à la fin de l'année 2008³⁵ et délivré par le groupe AFNOR (Association Française de Normalisation), organisme certificateur mandaté par l'État, est mis à la disposition des organisations publiques ou privées qui souhaitent promouvoir les bonnes pratiques en matière de recrutement, d'évolution professionnelle des salariés et de gestion des ressources humaines en vue de promouvoir la diversité et de prévenir les discriminations. L'attribution du label est subordonnée à une évaluation positive de la politique menée à cet égard³⁶. En janvier 2008, sur la cinquantaine d'organisations ayant postulé, sept avaient reçu le label³⁷. Mais ce dispositif se borne à récompenser les progrès accomplis : s'il contribue à diffuser le principe de non-discrimination, il tend à faire de l'obligation d'objectivation des procédures un élément facultatif. En outre, on rappellera qu'en matière d'égalité hommes/femmes, la démarche d'une labellisation dépourvue de toute réglementation contraignante ou sanctions afférentes a montré ses limites.

Pour autant, le label Diversité, qui implique la mise en œuvre d'actions correctives, pourrait servir de point d'appui pour conditionner l'accès aux marchés publics. Cet instrument, largement utilisé aux États-Unis, pourrait en effet être exploité, conformément aux indications en ce sens contenues dans le discours sur la diversité et l'égalité des chances du président de la République, Nicolas Sarkozy, le 17 décembre 2008. Les entreprises labellisées pourraient ainsi être favorisées dans les offres de marchés publics. D'autres incitations seraient susceptibles d'être mises en place *via* les exonérations de cotisations

en faveur de la non-discrimination et sur ses résultats pratiques (rapport annuel sur actions engagées et résultats), enfin à faire de l'élaboration et de la mise en œuvre de cette politique de diversité un objet de dialogue avec les représentants des personnels.

³⁴ La seule obligation concrète qu'il impose concerne l'établissement d'un dialogue annuel sur la diversité et l'égalité des chances et de traitement au sein de l'entreprise. L'accord prévoit aussi que les branches professionnelles prendront « les dispositions propres pour assurer la promotion de la diversité et le respect de l'égalité de traitement notamment dans les différentes négociations qu'elles ouvriront », mais cette disposition n'a guère été suivie d'effet.

³⁵ Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation.

³⁶ Voir le document sur le cahier des charges du label : [http://www.afnor.org/web/ressources.nsf/vpdf/Label-diversite-CahierDesCharges.pdf/\\$file/Label-diversite-CahierDesCharges.pdf](http://www.afnor.org/web/ressources.nsf/vpdf/Label-diversite-CahierDesCharges.pdf/$file/Label-diversite-CahierDesCharges.pdf). Il est à noter que parallèlement au label a été développée une norme AFNOR « processus de gestion des ressources humaines et diversité » plus exigeante, dont les indicateurs conditionnant l'attribution sont plus précis.

³⁷ PSA Peugeot Citroën, Eau de Paris, BNP Paribas, CNP Assurances, International Language Organisation (ILO), Nef Osmose et Randstad

sociales ou l'attribution de subventions publiques. Resterait à déterminer qui contrôlerait le respect par l'entreprise de ses engagements dans le cadre de l'exécution du contrat et quelles seraient les sanctions en cas de non-respect des clauses anti-discriminatoires.

Conclusion

La multiplicité des instruments utilisés et la mobilisation des acteurs publics, avec celle des associations, constitue l'atout principal du dispositif de lutte contre les discriminations raciales dans l'emploi en vigueur aux États-Unis. Son efficacité relative, largement reconnue, démontre la nécessité d'une rationalisation du dispositif anti-discriminatoire français, afin d'allier l'incitation à des instruments de régulation plus classiques et de suivre ainsi davantage la chronologie propre de l'action anti-discriminatoire. Plus précisément, en effet, il semble que l'utilisation de la contrainte doive précéder l'accent mis sur l'incitation et les procédures alternatives à la sanction judiciaire : la médiation n'est véritablement privilégiée par l'EEOC que depuis les années quatre-vingt-dix. En outre, le déploiement de ce dispositif n'a été rendu possible que par l'existence initiale d'une forte volonté politique en ce sens et la montée en puissance des agences spécialisées. Pour qu'une politique aussi cohérente et volontariste soit mise en œuvre en France, l'ensemble des acteurs concernés – la HALDE, mais aussi l'institution judiciaire, le gouvernement et la société civile – doivent opérer de manière complémentaire et, autant que possible, coordonner leurs actions. De ce point de vue, la HALDE serait logiquement appelée à jouer un rôle pivot afin d'assurer l'unité et l'efficacité de l'action publique.

Bibliographie

- Blum, Alain (2008). « From Measuring Integration to Fighting Discrimination : The Illusion of 'Ethnic Statistics' ». *French Politics, Culture, and Society*, 26 (1), pp. 45-61.
- Blumrosen, Alfred et Blumrosen, Alexander (2006). « The collection of race/sex/ethnic origin statistics in France to identify and combat employment discrimination : lessons from the US experience ». Communication présentée au colloque « Equality of opportunity in Education and Employment: French and American Perspectives », French-American Foundation, New York University, 13 et 14 novembre.
- Bowen, William et Bok, Derek (1998). *The Shape of the River : Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*. Princeton : Princeton University Press.
- Calvès, Gwénaële (2008) [2004]. *La discrimination positive*. Paris : PUF, col. « Que-sais-je ? »
- Cédiey, Éric (2008). *La mesure des discriminations liées à "l'origine". Statistiques et testing présentés lors du colloque du 22 octobre 2007 à Lyon*. ISM-Corum (éd.) : http://www.ismcorum.org/stock_images/actus/319/actes-colloque-mesure-discrims.pdf.
- Cédiey, Éric et Foroni, Fabrice (2005). *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe. Résultats d'une recherche-action au sein du groupe Casino* : <http://www.groupe-casino.fr/agir/fichiers/20081023.pdf>.
- De Schutter, Olivier (2001). *Discriminations et marché du travail : liberté et égalité dans les rapports d'emploi*. Bruxelles : P.I.E.-Peter Lang.
- Fassin, Didier (2002). « L'invention française de la discrimination ». *Revue française de science politique* 2002- 4 (Vol. 52), pp 403-423.
- HALDE, rapports annuels depuis 2006 et guides *Prévention des discriminations dans l'emploi* édités à destination des PME, des grandes entreprises et des intermédiaires de l'emploi : <http://www.halde.fr/-Publications-.html>.
- Guiraudon, Virginie, Phalet, Karen et ter Wal, Jessica (2005). « Monitoring Ethnic Minorities in the Netherlands ». *International Social Science Journal*, 183, mars, pp. 75-87.
- Hamilton Krieger, Linda (2008). *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations*. Paris : Sciences-Po/French-American Foundation : <http://www.frenchamerican.org/cms/files/WFMfiles/documents/HamiltonKrieger.pdf>.
- Hollinger, David (2006) [1995]. *Postethnic America: Beyond Multiculturalism*. New York : Basic Books.
- Morning, Ann et Sabbagh, Daniel (2005). « De l'épée au bouclier : des usages

- discriminatoires et anti-discriminatoires de la race aux États-Unis ». *Revue internationale des sciences sociales*, n°183, pp. 63-81.
- Pager, Devah (2003). « The Mark of a Criminal Record ». *American Journal of Sociology*, 108 (5), pp. 937-975.
 - Pager, Devah (2007). « The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination: Contributions, Critiques, and Directions for the Future ». *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 609, pp. 104-133.
 - Prewitt, Kenneth (2005). « Racial Classification in America : Where do we go from here? ». *Daedalus*, hiver, pp. 5-17.
 - Sabbagh, Daniel (2003). *L'Égalité par le droit : les paradoxes de la discrimination positive aux États-Unis*. Paris : Économica.
 - Skrentny, John David (1996). *The Ironies of Affirmative Action : Politics, Culture, and Justice in America*. Chicago : The University of Chicago Press.
 - Simon, Patrick et Clément, Martin. *Rapport de l'enquête « Mesurer la diversité » : une enquête expérimentale pour caractériser l'origine*. INED, document de travail n° 139 : http://www.ined.fr/fichier/t_publication/1206/publi_pdf1_139.pdf.
 - Simon, Patrick et Weil, Patrick (2008). « Sortir de l'inaction contre les discriminations ». *Libération*, 4 juin.
 - Stavo-Debaugé, Joan (2005). « Mobilizing Statistical Powers for Action against Discrimination : The Case of the United Kingdom ». *International Social Science Journal*, 183, mars, pp. 43-55.
 - Sternlight Jean (2004). « In Search of the Best Procedure for Enforcing Employment Discrimination Laws : a Comparative Analysis ». *Tulane Law Review*, 78, mai, pp. 1401-1499.
 - Suk J, Julie (2006). « Antidiscrimination Law in the Administrative State ». *University of Illinois Law Review*, 2, pp. 405-473.
 - Suk, Julie, « Equal by Comparison: Unsettling Assumptions of French Antidiscrimination Law ». *American Journal of Comparative Law*, 55, 2007, pp. 295-346.
 - Yanow, Dvora, *Constructing "Race" and "Ethnicity" in America: Category-Making in Public Policy and Administration*. Armonk : M.E. Sharpe, 2003.