

Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire

Droit et Société 51/52-2002
(p. 487-508)

Rachid Boumahdi *, Jean-Michel Lattes *,
Jean-Michel Plassard *

Résumé

La discrimination est un phénomène qui peut concerner le marché des produits ou celui des facteurs de production. Mais les conséquences les plus sensibles du phénomène sont sans aucun doute situées sur le marché des facteurs de production et spécialement sur le marché du travail. L'article confronte les approches juridiques et économiques dans une perspective très générale, au sens où il ne tente pas de décrire les diverses sortes de discriminations constatées sur le marché du travail. Il s'attache à montrer les limites et les difficultés rencontrées par les deux approches à l'occasion de la définition et de la mesure du phénomène. Il souligne aussi à la fois leurs spécificités et leurs complémentarités en matière de politiques pour lutter contre la discrimination.

Discrimination - Lois - Marché du travail - Mesure - Politique.

Summary

Labour Market and Discrimination Control: A Multi-Disciplined Approach

Discrimination is a phenomenon which can relate to the market of products or to that of the factors of production. But the most significant consequences of the phenomenon are without any doubt located in the market of the factors of production and especially in the labour market. The article confronts the economic and legal approaches from a very general point of view, in the sense that it does not try to define the various kinds of discriminations found in the labour market. It attempts to show the limits and difficulties encountered by the two approaches in the definition and measurement of this phenomenon. It also underlines their differences and complementarities in designing policies to reduce discrimination.

Discrimination - Labour market - Law - Measure - Policy.

Les auteurs

Rachid Boumahdi

Maître de conférences, associé au Laboratoire interdisciplinaire de recherche sur les ressources humaines et l'emploi (LIRHE) et au Groupe de recherche en économie mathématique et quantitative (GREMAQ). Ses recherches portent sur l'économie de l'éducation et l'économétrie des données de panel.

Jean-Michel Lattes

Maître de conférences, vice-président de l'université des sciences sociales de Toulouse, associé au LIRHE. Ses recherches portent sur les différentes formes de discriminations dans l'emploi.

Jean-Michel Plassard

Professeur, vice-président de l'université des sciences sociales de Toulouse, associé au LIRHE. Ses recherches portent sur l'économie du travail et l'économie de l'éducation.

* Laboratoire Interdisciplinaire de Recherche sur les Ressources Humaines et l'Emploi (LIRHE), Université des Sciences Sociales, Bâtiment J, Place Anatole-France, F-31042 Toulouse cedex.
<lihre@univ-tlse1.fr>

Introduction

La discrimination est un phénomène qui peut concerner le marché des produits ou celui des facteurs de production. Par exemple, la discrimination peut se manifester sur le marché du logement sous la forme de refus de vente ou de location et de hausses de prix. L'impact global peut d'ailleurs déborder ce cadre initial dans la mesure où notamment le premier effet peut contribuer, en réduisant les opportunités des ménages des groupes discriminés, aux disparités intergroupes constatées en matière d'éducation ou d'emploi¹. Mais les conséquences les plus sensibles du phénomène sont sans aucun doute situées sur le marché des facteurs de production et spécialement sur le marché du travail. Sur ce marché, et en dépit de la présence d'une intervention importante des pouvoirs publics et d'un droit du travail très prégnant, la discrimination tend à être importante et à perdurer.

Les différentes sciences sociales, avec leurs propres sensibilités, leurs méthodes particulières, leurs boîtes à outils spécifiques, se sont penchées sur le champ. L'article vise à mettre en perspective la perception des approches économiques et juridiques en matière de discrimination sur le marché du travail et leurs complémentarités dans la lutte contre les phénomènes de discrimination et la protection des groupes discriminés.

L'article se situe dans une perspective très générale au sens où il ne tente pas de décliner les diverses sortes de discriminations constatées (genre, race, origine ethnique, etc.), même si, à l'évidence, les interprétations, l'ampleur ou les modalités mêmes du phénomène de discrimination peuvent changer selon la variable retenue. Il montre aussi les difficultés rencontrées lors de la définition de la discrimination et de sa mesure par les diverses approches.

Au niveau du plan, la présentation de l'article se décline en quatre sections : la première section est consacrée naturellement à l'approche juridique, car c'est elle qui vient qualifier socialement le phénomène ; l'approche économique est présentée dans une deuxième section dans laquelle on fait le point sur les définitions et sur les schémas interprétatifs proposés ; une troisième section revient sur les problèmes de mesure et de perception de la discrimination ; tandis que la dernière et quatrième section investit la question de quelques politiques spécifiques et dispositifs utilisés pour combattre le phénomène.

I. L'approche juridique

La doctrine juridique a été amenée à distinguer les enjeux résultant de l'application de deux principes fondamentaux dont les racines sont les mêmes : le principe d'égalité et le principe de

1. John YINGER, « Evidence on Discrimination in Consumer Markets », *The Journal of Economic Perspectives*, 12 (2), 1998, p. 23-40.

non-discrimination. Dans le domaine du travail et de l'emploi, la discrimination apparaît comme une entorse au principe d'égalité sans qu'il soit pour autant possible d'opposer les deux concepts. De fait, toute différence de traitement n'est pas constitutive de discrimination. Elle ne le devient que si elle apparaît comme illégitime. Il est possible de déduire de la comparaison de ces deux principes les trois critères que les juristes utilisent pour révéler des situations qualifiables de discriminatoires : un groupe (ou une personne) en situation défavorable, une différence de traitement et l'absence de justification de celle-ci². Le principe d'égalité permet de garantir une égalité des citoyens, ici des salariés, devant la loi. Il ne permet pas la prise en compte du réel et de sa diversité. La promotion du principe de non-discrimination permet d'aller au-delà de règles applicables à des sujets de droit « abstraits » et identiques pour appréhender plus directement les membres de groupes identifiables et différents les uns des autres³.

Cette évolution traduit la volonté du législateur d'intervenir pour rétablir certains équilibres menacés par l'absence de contrôle des agents tant économiques que sociaux. Au-delà même du constat de l'existence de normes juridiques nombreuses et anciennes, il est utile de mettre en évidence la volonté des juristes de faire évoluer ces dispositifs, tant en droit international qu'en droit interne, ce qui témoigne de la perception universelle du problème.

1.1. Des normes juridiques à différents niveaux

La convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant « la discrimination en matière d'emploi et de profession » illustre la volonté des acteurs internationaux de lutter contre « toute distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances en matière d'emploi ou de profession »⁴. Ce texte légitime la possibilité de prévoir des mesures « positives » en faveur de catégories de personnes particulièrement défavorisées. Il présente cependant les défauts traditionnels des textes internationaux dont la réalité de l'application est très rarement contrôlée.

Le traité de Rome traduit, lui aussi, cette volonté de lutter contre les discriminations en limitant toutefois son champ d'intervention au cas particulier de la rémunération entre les hommes et les femmes. Les directives de février 1975 et, surtout, celles de février 1976 et décembre 1978 vont permettre d'aller au-delà de la rémunération pour intégrer l'ensemble des droits professionnels et sociaux dans le dispositif juridique. Par la suite, d'autres textes européens renforcent ces logiques comme le traité d'Amsterdam en 1997 qui affiche clairement, dans ses objectifs, la lutte contre les discriminations.

2. Jean-Michel LATTES, *Le principe de non-discrimination en droit du travail*, Thèse, Université de Toulouse, 1989.

3. Danièle LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 11, 1987, p. 778-790.

4. Hector G. BARTOLOMEI DE LA CRUZ et Alain EUZÉBY, *L'organisation internationale du travail*, OIT, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1997.

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 constitue le premier texte juridique de référence dans la lutte contre la discrimination. Le contenu de l'article premier du texte suffit à ouvrir la voie à un droit national à portée égalitaire. Le préambule de la Constitution de 1946 prolonge cette logique en soulignant que le sexe, les origines, les croyances, etc. ne peuvent constituer des critères discriminants. La Constitution de 1946 confirme ces orientations en insérant, dans son préambule, les deux textes qui précèdent⁵. Certaines règles issues du Code pénal développent cette logique égalitaire dans divers domaines de la vie professionnelle des salariés.

1.2. Les stratégies juridiques de lutte contre la discrimination professionnelle

La démarche du législateur français s'inscrit dans une perspective égalitaire. L'étude des situations « à risques » dans le domaine des situations discriminatoires permet de mesurer les choix effectués. Ainsi, par exemple, la loi du 11 février 1950 précise dans son article 31 que les conventions ne peuvent être étendues que si elles contiennent les modalités d'application du principe « à travail égal, salaire égal », et la loi du 22 décembre 1972 organise l'idée d'égalité entre les hommes et les femmes en même situation de travail. De fait, le droit positif couvre aujourd'hui l'ensemble des étapes qui constituent la relation de travail. Les offres d'emploi, l'embauche, l'exécution comme la cessation du contrat de travail font l'objet d'un encadrement juridique souvent rigoureux tant en droit du travail qu'en droit pénal.

Nul doute que le bilan de l'application des textes qui précèdent peut amener les juristes à s'interroger sur l'efficacité de leurs dispositifs. Les droits égalitaires ne suffisent pas à rétablir une véritable égalité de fait, ils ne permettent que la sanction des situations de discrimination les plus caricaturales. La législation évalue ainsi essentiellement la discrimination directe fondée sur l'intention des auteurs. Le droit européen ouvre la voie à de nouvelles logiques réglementaires qui traduisent la volonté européenne d'éradiquer la discrimination. Ces nouvelles logiques génèrent des évolutions significatives dans le droit des pays membres de l'Union européenne, en particulier en France. L'idée que le droit peut être inégalitaire dans sa mise en place pour favoriser une égalité de fait constitue un premier axe d'intervention.

Par la suite, c'est par le biais de l'aménagement de la charge de la preuve dans un sens plus favorable pour le salarié que le droit européen va faciliter la lutte contre les discriminations. Cette nouvelle voie juridique constitue une piste d'intervention significative du fait de la difficulté de mesurer la discrimination. La directive européenne de décembre 1997 traduit très clairement le constat

5. Jacques GODECHOT (éd.), *Les constitutions de la France depuis 1789*, Paris, Garnier, Flammarion, 1970.

fait par les juristes des limites d'actions visant à établir une véritable équité dans le monde du travail, les textes se révélant sans efficacité réelle y compris dans leurs objectifs visant à favoriser les personnes subissant des discriminations professionnelles. La difficulté d'apporter la preuve de la discrimination est apparue comme le principal obstacle à la mise en place d'une stratégie juridique efficace. Ce nouveau texte permet de contraindre l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité, le doute profitant au salarié. La jurisprudence européenne prend directement en compte cette donnée en contrôlant étroitement les arguments avancés pour justifier une discrimination⁶. De fait, elle veille à éviter que les mesures prises par l'employeur ne désavantagent un nombre plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette mesure ne soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe⁷. La Cour veille ici qu'une mesure en apparence objective ne dissimule en fait une volonté de discrimination.

L'Union européenne est décidée à poursuivre son action dans cette voie et un projet de directive devrait permettre la mise en place de structures destinées à recevoir les plaintes contre les personnes à l'origine de discriminations, structures qui seraient dotées de tous les moyens nécessaires pour enquêter. En outre, lorsque des présomptions seront établies, il appartiendra à la personne mise en cause d'en apporter la preuve contraire. Les décisions récentes de Cours françaises condamnant des employeurs pour attitude discriminatoire sur la base de l'analyse comparée des carrières des délégués syndicaux et de simples salariés témoignent de l'efficacité de cette démarche⁸. Il incombe désormais à l'employeur d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination liée à la personne en cause.

La Cour de cassation française veille, par ailleurs, à éviter que des discriminations indirectes intentionnelles ne dissimulent, en fait, des actions discriminatoires à l'encontre des salariés. Ainsi, lorsque le licenciement d'une salariée est fondé sur une insuffisance professionnelle non établie dans sa réalité alors qu'une action en discrimination salariale est en cours, les juges n'hésitent pas à prononcer la nullité de la procédure de rupture de la relation de travail⁹.

La haute juridiction fait ici application de l'article L. 123-5 du Code du travail qui prévoit qu'est nul, et de nul effet, le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur la base des règles relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et

6. CJCE du 13.3.1986, *BILKA* in Rec. 1986, 1607.

7. CJCE du 14.2.1994, *ROKS* e.a. in Rec. 1994, I-571.

8. Cass. soc. du 28.3.2000, *SNCF*.

9. Cass. soc. du 28.11.2000, n° 4724 FS-PBR.

constitue en réalité une mesure de rétorsion prise du fait de l'action en justice initiée par la salariée.

Il convient de constater que les résultats obtenus par les juristes dans leur combat contre les discriminations ne sont pas significatifs et que les efforts déployés ne sont pas récompensés par des résultats probants. L'échec des juristes s'explique avant tout par la difficile mesure des situations discriminatoires. Les nouvelles règles relatives à l'aménagement de la charge de la preuve désormais inscrites dans le Code du travail par la loi du 16 novembre 2001 ne seront véritablement efficaces que si les situations considérées comme discriminatoires sont identifiées. Le nouvel article L.122-45 du Code du travail prévoit, en effet, qu'il appartient au salarié « de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » pour que l'employeur soit tenu « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Le juge forme alors sa conviction après « avoir éventuellement ordonné toute mesure d'instruction qu'il jugerait utile ». La nécessité de disposer alors d'outils de mesure des situations discriminatoires apparaît désormais indispensable à la bonne application de ces nouvelles dispositions juridiques.

À cet égard, l'exemple d'autres pays géographiquement proches mais disposant de ressources juridiques plus efficaces peut permettre l'ouverture de réflexions en France comme en Europe. La logique britannique vise à mettre en évidence des discriminations qualifiées d'indirectes portant sur des groupes identifiés subissant des discriminations qualifiées de « globales ». Cette logique s'oppose à la tradition juridique française focalisée sur une situation ponctuelle identifiée comme discriminatoire à l'encontre d'une personne connue. La distinction « discriminations directes/discriminations indirectes » permet de s'interroger sur l'efficacité de normes juridiques limitées à des cas ponctuels alors que le développement de stratégies « universalistes » contraindrait les employeurs à s'inscrire dans une perspective nouvelle inscrite dans de nouvelles valeurs sociétales ¹⁰.

Le juriste français ne peut que constater la différence de moyens entre le droit dont il dispose et ceux dont le Royaume-Uni a assuré la promotion. Alors que le droit français s'est focalisé sur la sanction des faits prohibés dans une perspective de protection individualiste (discrimination directe), le droit anglais ouvre des possibilités plus grandes en organisant la sanction des discriminations touchant un groupe de personnes identifiées sur la base de critères contestables permettant une sélection dissimulée (discrimination indirecte). Les progrès réalisés par le juge français sont, cependant, non négligeables. Ils témoignent de sa volonté d'intégrer de nouvelles logiques. L'exemple récent de l'entreprise Peugeot acceptant de reconnaître qu'un groupe de salariés syn-

10. Michel MINE, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume Uni », *Travail et emploi*, 80, 1999, p. 91-107.

diqués a pu voir son évolution professionnelle « globale » freinée par référence à la moyenne des salariés témoigne de la prise en compte de nouvelles réalités ¹¹. En l'espèce, les militants syndicaux en cause avaient comparé, sur une période donnée, les évolutions de carrière en termes de grades et de salaires de 169 militants de la CGT et d'un groupe de salariés de référence ayant la même ancienneté et le même coefficient ¹². Cette stratégie de lutte contre les discriminations se révèle cependant délicate à mettre en œuvre et pas toujours reproductible. Il faut, en effet, que les critères de comparaison (coefficient identique, même qualification, ancienneté comparable, travail similaire...) soient incontestables pour que la preuve de la discrimination soit reconnue par le juge ¹³.

La nécessité de mettre en place de nouveaux outils juridiques permettant une meilleure analyse des réalités apparaît cependant indispensable pour que l'évolution de la jurisprudence soit à la hauteur des enjeux de ce problème de société. L'avant-projet de loi de modernisation sociale présenté en Conseil des ministres le 24 mai 2000 témoigne de la prise en compte des difficultés rencontrées par les juges en développant, à la fois, la problématique de la preuve de la discrimination, la redéfinition de la notion de groupe discriminé tout en élargissant le droit pour les syndicats d'exercer un recours y compris en l'absence d'accord de la personne concernée par l'action discriminatoire. Par suite, la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes ¹⁴ fait de la négociation collective sur l'égalité professionnelle une obligation, tant au niveau de l'entreprise que de la branche. Désormais, l'employeur est tenu d'engager chaque année une négociation sur les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans l'entreprise ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre. La négociation doit s'engager à partir des éléments figurant dans le rapport annuel comparatif remis par le chef d'entreprise au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel sur les conditions d'emploi dans l'entreprise, complété si nécessaire par des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise. Ces évolutions significatives ne semblent cependant pas suffisantes pour que se développent des règles permettant d'éradiquer tous les phénomènes discriminatoires.

La règle de droit n'a d'efficacité que si ses effets sont mesurables. La nécessité de rechercher dans d'autres disciplines les moyens d'évaluer les situations discriminatoires afin de permettre la mise en place et l'application réelle de règles juridiques adaptées constitue aujourd'hui un passage obligé. Le renforcement du renversement de la charge de la preuve au détriment de l'employeur, l'amélioration de l'identification des

11. Accord du 11.9.1998.

12. CA de Paris du 21.2.1997, SA Automobile Peugeot/Hennequin et autres ; et du 14.1.1998, Automobile Peugeot/Bailly et autres.

13. Cass. soc. du 16.12.1998,

n° 96-43.630 P, SA Aubin/Chatet.

14. N° 2001-397, *Journal officiel* du 10.5.2001, p. 7320.

groupes discriminés dans une logique qualifiée précédemment d'indirecte, la mise en place de nouveaux outils juridiques, comme la loi du 9 mai 2001, permettant aux juges de renforcer leur capacité d'investigation, telles sont les voies que se doivent de favoriser les juristes en ouvrant de nouvelles collaborations avec des disciplines scientifiques leur permettant une meilleure appréhension des situations de discrimination.

II. L'approche économique de la discrimination

L'approche économique se veut une approche intégrée au sens où elle propose à la fois sa propre définition du phénomène et un schéma interprétatif spécifique. On aurait tort de voir cependant dans la démarche un produit totalement fini et qui a réponse à tout. La complexité du fait social et les difficultés de son appréhension transparaissent dans les diverses définitions et les multiples interprétations proposées.

II.1. Les modalités de la discrimination : discrimination de marché et pré-discrimination

On parle en économie de discrimination lorsque certains individus ayant une particularité commune semblent spécialement défavorisés en raison de cette particularité indépendamment de leurs caractéristiques productives. L'observation empirique montre le plus souvent que c'est en raison de leur appartenance ethnique ou de leur sexe que certains travailleurs peuvent être victimes d'une telle discrimination¹⁵. Mais on peut y faire référence dès qu'un individu s'estime moins bien traité qu'un autre qui lui est équivalent sur le plan productif du fait de son origine sociale, de sa caste, de son âge, de sa religion, de ses opinions politiques, de la nature de sa vie privée, de ses charges de famille ou de son apparence physique¹⁶. Notons que certaines caractéristiques peuvent recouvrir une dimension économique ; la discrimination n'existe alors que lorsqu'il n'y a pas cette dimension ou que cette dimension a été éliminée.

Le principe d'équité est donc bafoué au sens où l'on traite de façon différente des individus considérés comme identiques du point de vue économique. Ici l'homogénéité des individus n'est pas présumée de façon automatique ; bien au contraire, le travail est envisagé comme un facteur de production hétérogène. La question renvoie immédiatement à la notion de caractéristiques économiques pertinentes et le support de l'hétérogénéité peut se trouver dans les divers champs de l'activité de travail : productivité actuelle ou future, stabilité, aptitude à apprendre sur le tas, etc. Un autre élément fondateur réside dans le fait que la définition économique de la discrimination est établie en termes de

15. William Darity et Patrick Mason, « Evidence on Discrimination in Employment : Codes of Color, Codes of Gender », *Journal of Economic Perspectives*, 12 (2), 1998, p. 63-90.

16. Jeff Biddle et D. Hamermesh, « Beauty, Productivity and Discrimination : Lawyers Looks and Lucre », *Journal of Labor Economics*, 16 (1), 1998, p. 143-172.

conséquences et de résultats et non pas d'intentions. La discrimination suppose une matérialité et elle doit avoir des conséquences mesurables au niveau du marché du travail, le constat pouvant être établi au niveau des rémunérations, du développement de carrières ou des taux de chômage.

L'accent mis sur les caractéristiques économiques pour définir la discrimination conduit à une autre distinction. L'analyse économique prend soin, en effet, d'opérer une distinction entre la discrimination avant le marché - *i.e.* la pré-discrimination - et la discrimination de marché. La pré-discrimination se déroule avant l'entrée dans la vie active et désigne le fait que les chances de développement personnel ne dépendent pas, durant cette période, uniquement des capacités potentielles de l'individu. L'analyse est confrontée au vaste problème de l'inégalité des chances, lui-même relié étroitement à la stratification sociale, au rôle joué par la famille et par l'école. L'existence de cette pré-discrimination est au centre de la conceptualisation classique du marché du travail en groupes non concurrents. La discrimination dans l'apprentissage des rôles sexuels participe du même processus, même si l'accent est mis davantage cette fois-ci explicitement sur le système des valeurs ¹⁷. La discrimination de marché est la continuation durant la période de vie active de la discrimination alors même que les dotations de capital humain avant l'entrée dans la vie active sont considérées comme des données. Elle peut prendre la forme respectivement d'un versement de rémunérations plus faibles, d'un refus d'embauche ou d'une surqualification pour un poste.

Bien entendu, il peut être délicat parfois de distinguer clairement les deux types de discrimination, car il peut exister notamment des interactions. Par exemple, on peut penser qu'un individu envisageant d'être discriminé sur le marché du travail peut être moins incité à investir sur le « marché de l'éducation ». Aussi certains auteurs penchent-ils pour une conception unique et large de la notion en suggérant notamment que, dans le long terme, tout puisse relever de la discrimination.

II.2. La discrimination intentionnelle

Si l'on se restreint à la seule discrimination de marché, deux grandes orientations se dessinent au regard de l'origine de la discrimination ¹⁸. On peut opposer les théories qui mettent en avant une volonté explicite de discrimination émanant des différents acteurs du marché aux théories non intentionnelles d'une discrimination qui apparaît alors comme le résultat indirect, involontaire d'actes d'agents économiques. Si ces deux grands corps de théories s'opposent au niveau des processus, ils se rejoignent au plan des résultats dans la mesure où les compor-

17. Catherine SOFER, *La division du travail entre hommes et femmes*, Paris, Economica, 1985.

18. Kenneth ARROW, « What Has Economics to Say About Racial Discrimination », *The Journal of Economics Perspective*, 12 (2), 1998, p. 91-100.

tements qui en résultent vont tous se traduire par des différences de traitements entre individus.

Dans le cadre de la discrimination intentionnelle, les préférences discriminatoires des acteurs sont mises en cause, car elles vont avoir des implications directes sur le marché du travail¹⁹. Dans une économie salariale, l'intégration de la discrimination par goût se fait nécessairement par l'employeur. Mais si ce dernier peut être directement à l'origine de la discrimination, son rôle ne peut consister qu'à relayer une discrimination émanant des travailleurs ou des consommateurs. La préférence discriminatoire est ici envisagée comme une préférence psychologique exogène (négative) à l'encontre d'un individu ou d'un groupe. Cette attitude discriminatoire attache des coûts non pécuniaires pour un acteur au fait de s'associer avec des personnes du groupe discriminé. L'acteur à l'origine de la discrimination est important au plan des conséquences. Notamment, la théorie prédit une ségrégation au niveau de l'emploi plutôt que des différences de rémunération si ce sont les salariés et non pas les employeurs qui sont au départ de la discrimination. La discrimination des consommateurs n'a de portée réelle que dans le cas des services personnels. En matière de discrimination salariale, les écarts de revenus enregistrés vont dépendre de la distribution des attitudes des employeurs, de l'effectif des travailleurs du groupe discriminé.

Cette sorte de discrimination a des conséquences négatives en matière d'équité mais aussi au plan de l'efficacité. Gary S. Becker²⁰ a pu montrer que l'équilibre des échanges entre groupes discriminés et groupes discriminants ne correspond pas à un optimum. Par ailleurs, la théorie peine à établir une discrimination stable dans le long terme car les employeurs discriminants sont pénalisés au plan du coût de production relativement à des concurrents qui ne discriminent pas. On retrouve ici en creux l'argument libéral selon lequel un marché du travail véritablement concurrentiel s'avère pour les minorités un aussi bon sinon un meilleur moyen de défense que l'intervention publique.

Dès que l'on abandonne le référentiel théorique constitué par le marché du travail concurrentiel, la possibilité d'une discrimination stable est envisagée aisément. Le monde des diverses imperfections du marché permet, en effet, aux intervenants et notamment aux employeurs de concilier maximisation du profit et discrimination, lorsque les deux comportements ne sont pas eux-mêmes complémentaires. On retrouve cette hypothèse de discrimination par intérêt dans les travaux de Michael Piore²¹. La segmentation du marché du travail apparaît dans certains cas intimement liée à la discrimination au sens où celle-ci est fondée sur une volonté de la part des employeurs de diviser (les travailleurs par grands groupes) pour régner.

19. Gary BECKER, *The Economics of Discrimination*, Chicago, University of Chicago Press, 2^e éd., 1971.

20. *Ibid.*

21. Michael PIORE, « Labor Market Segmentation : To What Paradigm Does it Belong ? », *American Economic Review*, Papers and proceedings, May 1983, p. 249-253.

Dans la même perspective de maximisation du profit, le modèle de monopsonne avec discrimination de premier ordre a été utilisé pour interpréter le différentiel de salaire enregistré entre sexes ²², en suggérant que les employeurs disposaient d'un pouvoir de marché plus important à l'égard des femmes qu'à l'égard des hommes en raison des spécificités de l'offre de travail des femmes.

II.3. La discrimination non intentionnelle

La discrimination non intentionnelle prend essentiellement la forme de la discrimination statistique ²³. Dans cette optique, l'accent est mis sur les difficultés éprouvées par l'employeur à identifier les caractéristiques économiques de leurs salariés. La responsabilité de l'employeur est ici la seule engagée car la discrimination est de sa seule initiative, découlant des supports et de la qualité de l'information utilisés.

La discrimination va résider dans un jugement statistique à travers lequel les employeurs projettent sur les individus certaines caractéristiques de groupe. La discrimination apparaît comme une contrepartie inévitable d'une maximisation du profit en situation d'incertitude sur un marché de facteurs de production hétérogènes, toute volonté délibérée de discrimination étant exclue.

La discrimination statistique traduit simplement un problème de filtrage survenant lorsque des caractéristiques observables se trouvent en corrélation avec une variable économique mais que ces dernières ne constituent pas des prédicteurs parfaits. Comme dans le cadre de l'utilisation de « signaux » (diplômes par exemple), l'employeur fait usage d'une procédure rationnelle d'estimation de la productivité individuelle d'un travailleur sur l'information gratuite fournie par l'affiliation à un groupe de référence. Mais il est de la même façon confronté à des problèmes d'erreurs de première espèce (de bons candidats peuvent être rejetés) ou de deuxième espèce (de mauvais peuvent être embauchés) car les groupes ne sont jamais homogènes.

Il est important ici de distinguer la discrimination individuelle de la discrimination de groupe. La discrimination individuelle apparaît comme un simple produit lié à l'information imparfaite qui ne fait que redistribuer les revenus à l'intérieur des groupes, alors que la discrimination de groupe s'avère beaucoup plus exigeante. Dans le premier cas, d'une part, l'évaluation des individus à partir de la moyenne de leur groupe d'appartenance favorise (défavorise) les individus situés au dessous (dessus) de la moyenne ; d'autre part, la discrimination statistique implique que des individus dotés de capacités productives identiques peuvent avoir des salaires différents du fait de leur appartenance à des groupes différents.

22. Erling BARTH, Harold DALE-OLSEN, « Monopsonic Discrimination and the Gender Wage Gap », *National Bureau of Economic Research, Working Paper*, n° W7197, 1999.

23. Dennis AIGNER et Glen CAIN, « Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets », *Industrial and Labor Relations Review*, 30, 1977, p. 175-187 ; Pet MILGROM et Sharon OSTER, « Job Discrimination, Market Forces and the Invisibility Hypothesis », *Quarterly Journal of Economics*, 3, 1987, p. 453-476.

Des hypothèses spécifiques sont cependant à même de donner consistance à des situations de jeu à somme non nulle pour les groupes. L'introduction notamment des hypothèses d'aversion pour le risque des employeurs, de fonctions de production non linéaires, de rigidité de salaires, des effets de rétroaction via l'accumulation de capital humain ou de signaux peut rendre compte de la discrimination individuelle mais aussi de la discrimination de groupe ²⁴.

À l'inverse de la discrimination par goût entachée d'instabilité, la discrimination statistique pure - opposée à une discrimination par erreur fondée sur de purs préjugés - prolonge ses effets sur le long terme. La différence avec les autres formes de discrimination est que l'employeur se comporte ici comme un véritable maximiseur de profit et qu'il ne supporte donc pas, comme le faisait l'employeur de la discrimination par goût, le coût de cette discrimination. Ce sont au contraire les employeurs qui ne discriminent pas qui sont pénalisés. La discrimination statistique s'oppose nettement ici à la discrimination par goût dans la mesure où elle peut être porteuse d'une certaine efficacité.

Le seul facteur en mesure de modifier la situation consiste dans des changements exogènes intervenant dans les caractéristiques du groupe discriminé. Dans ce dernier cas, une évolution sur le marché du travail se produira dans le sens et au seul rythme de ces changements. Lorsque notamment les différences entre groupes imputables à la pré-discrimination s'atténuent, l'impact de la discrimination statistique doit graduellement diminuer.

Le comportement de discrimination statistique peut concerner de nombreuses variables « apparentes » comme le genre, l'origine ethnique mais aussi l'âge qui fait l'objet d'une analyse spécifique articulée autour des problèmes de stabilité et de coût fixe du travail.

L'existence de coûts fixes (coûts de recrutement, de sélection, de formation) dans la relation d'emploi conduit naturellement les entreprises à sélectionner les candidats en fonction de leur horizon d'emploi anticipé. Toutes choses égales par ailleurs, l'âge constitue un prédicteur d'utilisation simple mais aussi pertinent. Dans cette optique, les salariés âgés qui ont mécaniquement une durée moyenne anticipée d'emplois plus faibles que les autres salariés plus jeunes sont moins susceptibles de voir leurs candidatures retenues. Seul le versement d'un salaire plus faible pour compenser une période d'amortissement plus courte du coût serait en mesure de rendre la candidature du travailleur âgé aussi attractive que celle d'un travailleur plus jeune. Une telle offre peut d'ailleurs être déclinée par l'employeur craignant d'être alors poursuivi pour discrimination salariale.

Si les jeunes ont une durée potentielle d'emploi plus longue, leur durée moyenne effective est écourtée par des comportements

24. Jean-Michel PLASSARD,
*Discrimination sur le marché du
travail et information imparfaite*,
Paris, éd. du CNRS, 1987.

plus instables (à l'inverse des travailleurs plus âgés très stables). L'existence d'un coût fixe et de jugements calibrés sur des groupes peut expliquer les politiques de recrutement et de licenciement des entreprises et la faveur dont bénéficient les travailleurs d'âge moyen relativement aux travailleurs vieillissants ou plus jeunes.

Certaines théories récentes du marché du travail viennent compléter l'argumentation pour expliquer les traitements défavorables des salariés vieillissants ou plus jeunes à partir des critères d'embauche ou de licenciement qui visent à l'intégration et au maintien dans l'entreprise des salariés à longue durée d'emploi potentielle. L'analyse « *insiders outsiders* »²⁵ suggère que le coût d'entrée peut être manipulé par les travailleurs bien installés dans les marchés internes afin d'augmenter leurs rémunérations. Les contrats à paiement différé²⁶ conduisent aussi à rationaliser des critères défavorables au maintien dans l'emploi et à l'embauche des travailleurs âgés.

III. Mesures de la discrimination de marché : méthodes et procédures

Les méthodes de mesure de la discrimination peuvent être de plusieurs types et concerner plusieurs niveaux. Tandis que les méthodes purement économétriques, qui se sont au cours du temps beaucoup raffinées, posent généralement des questions d'économie positive et se placent à un niveau agrégé, les méthodes d'audits ont des ambitions plus opérationnelles.

III.1. Les méthodes économétriques de détection de la discrimination salariale

En Europe, comme aux États-Unis, les femmes sont moins payées que les hommes. Les écarts de salaires varient entre 10 % (en ex-RDA) et 32 % (en Grèce). En France, les mêmes écarts sont de l'ordre de 23 %. L'approche économétrique est une méthode de mesure indirecte de la discrimination salariale. Elle part de l'analyse des différents déterminants du salaire. Pour ce faire, on introduit dans la fonction du salaire, d'une part, des variables explicatives mesurant les caractéristiques individuelles (niveau d'études, expérience professionnelle, ancienneté, etc.) et, d'autre part, des variables indicatrices indiquant le sexe et/ou l'origine ethnique du salarié.

Un coefficient significatif (non significatif) de ces variables indicatrices prouve (infirme) la présence de la discrimination sur le marché du travail. En France, l'utilisation de cette méthode donne une valeur de l'ordre de 0,15 du coefficient de la variable « sexe », qui indique, toutes choses égales par ailleurs, un écart

25. Assar LINDBECK et Dennis SNOWER, *The Insider Outsider Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, The MIT Press, 1988.

26. Edward LAZEAR, « Personal Economics : Past Lessons and Future Directions », *Journal of Labor Economics*, 17, 1999, p. 199-236.

salarial de 15 % entre hommes et femmes. Cependant, la valeur de ce coefficient peut être imputée non seulement à la discrimination mais aussi aux différences observées en termes de caractéristiques individuelles entre les divers groupes.

Afin de purger le coefficient de ce qui est imputable aux caractéristiques individuelles, Alan Blinder²⁷ a proposé une décomposition de cette différence salariale observée sur le marché du travail. Une première composante est due aux caractéristiques individuelles et une deuxième composante est imputable à la discrimination pure. Plus précisément, on considère deux fonctions de salaire (pour les Noirs : N, et les Blancs : B).

$$Y_{Ni} = \alpha_N + \beta_N X_{Ni} + \varepsilon_{Ni}$$

$$Y_{Bi} = \alpha_B + \beta_B X_{Bi} + \varepsilon_{Bi}$$

En termes de moyenne, on obtient :

$$\bar{Y}_N = \hat{\alpha}_N + \hat{\beta}_N \bar{X}_N$$

$$\bar{Y}_B = \hat{\alpha}_B + \hat{\beta}_B \bar{X}_B$$

La différence moyenne, en termes de salaire, entre les Noirs et les Blancs est donnée par :

$$\bar{Y}_N - \bar{Y}_B = \underbrace{(\hat{\alpha}_N - \hat{\alpha}_B)}_{D_1} + \underbrace{(\hat{\beta}_N - \hat{\beta}_B) \bar{X}_B}_{D_2} + \underbrace{\hat{\beta}_N (\bar{X}_N - \bar{X}_B)}_{\text{caractéristique individuelles}} = D + C$$

discrimination

où D_1 indique la contribution du terme constant à la discrimination alors que D_2 indique la contribution des variables explicatives. En effet, si $\hat{\beta}_N$ est différent de $\hat{\beta}_B$ cela signifie, par exemple, que le niveau d'études ou le diplôme est rémunéré différemment selon que le salarié est un Noir ou un Blanc.

Frank Jones²⁸ a montré que la contribution de D_1 et D_2 dans $\bar{Y}_N - \bar{Y}_B$ varie en fonction du choix des variables de référence, des autres variables explicatives (région de résidence, être syndiqué ou pas, le statut juridique de l'entreprise, etc.). Plus récemment, Roland Oaxaca et Michael Ransom²⁹ ont proposé une nouvelle décomposition de $\bar{Y}_N - \bar{Y}_B$ invariante au choix des variables de référence.

On considère une variable indicatrice R_{sj} , $j=1,2,3,4$; $s=N,B$, caractérisant la région de résidence (Est, Ouest, Nord et Sud) où $\sum_{j=1}^4 R_{sj} = 1$, $s=N,B$. Supposons maintenant que la variable de référence est R_{s1} (Est). Dans ce cas, la moyenne des salaires des Noirs et des Blancs est de la forme :

$$\bar{Y}_N = \hat{\alpha}_N + \sum_{j=2}^4 \hat{\lambda}_{Nj} \bar{R}_{Nj} + \hat{\beta}_N \bar{X}_N = \sum_{j=1}^4 \hat{\delta}_{Nj} \bar{R}_{Nj} + \hat{\beta}_N \bar{X}_N$$

$$\bar{Y}_B = \hat{\alpha}_B + \sum_{j=2}^4 \hat{\lambda}_{Bj} \bar{R}_{Bj} + \hat{\beta}_B \bar{X}_B = \sum_{j=1}^4 \hat{\delta}_{Bj} \bar{R}_{Bj} + \hat{\beta}_B \bar{X}_B$$

27. Alan BLINDER, « Wage Discrimination : Reduced Form and Structural Estimates », *Journal of Human Resources*, 8, 1973, p. 436-455.

28. Franck JONES, « On Decomposing the Wage Gap : A Critical Comment on Blinder's Method », *Journal of Human Resources*, 18, 1983, p. 126-130.

29. Roland OAXACA et Michael RANSOM, « Identification in Detailed Wage Decompositions », *The Review of Economics and Statistics*, 81 (1), 1999, p. 154-157.

où $\hat{\lambda}_{sj} = \hat{\delta}_{sj} - \hat{\delta}_{s1}$ et $\hat{\alpha}_s = \hat{\delta}_{s1}$; $j=1,2,3,4$; $s=N,B$.

La nouvelle décomposition de la discrimination de R. Oaxaca et M. Ransom³⁰ est de la forme :

$$\bar{Y}_N - \bar{Y}_B = (\hat{\alpha}_N - \hat{\alpha}_B) + \sum_{j=2}^{j=4} (\hat{\lambda}_{Nj} - \hat{\lambda}_{Bj}) \bar{R}_{Bj} \\ + (\hat{\beta}_N - \hat{\beta}_B) \bar{X}_B + \sum_{j=2}^{j=4} \hat{\lambda}_{Nj} (\bar{R}_{Nj} - \bar{R}_{Bj}) + \hat{\beta}_N (\bar{X}_N - \bar{X}_B)$$

ou encore

$$\bar{Y}_N - \bar{Y}_B = \sum_{j=1}^{j=4} (\hat{\delta}_{Nj} - \hat{\delta}_{Bj}) \bar{R}_{Bj} + (\hat{\beta}_N - \hat{\beta}_B) \bar{X}_B + \sum_{j=2}^{j=4} \hat{\delta}_{Nj} (\bar{R}_{Nj} - \bar{R}_{Bj}) + \hat{\beta}_N (\bar{X}_N - \bar{X}_B)$$

Cette décomposition présente, en effet, plusieurs avantages. Premièrement, le choix de la variable de référence ainsi que la suppression du terme constant n'affecte pas la décomposition globale de la discrimination. Deuxièmement, la contribution de la variable indicatrice R_{sj} à la discrimination peut être identifiée par $(\hat{\alpha}_N - \hat{\alpha}_B) + \sum_{j=2}^{j=4} (\hat{\lambda}_{Nj} - \hat{\lambda}_{Bj}) \bar{R}_{Bj} = \sum_{j=1}^{j=4} (\hat{\delta}_{Nj} - \hat{\delta}_{Bj}) \bar{R}_{Bj}$. En d'autres termes, la contribution du terme constant fait partie de la contribution de la variable R_{sj} . Enfin, la contribution de la variable indicatrice R_{sj} aux caractéristiques individuelles est invariante au choix de la variable de référence.

En fin de compte, il convient de souligner que la mise en évidence d'une différence de rémunération ayant la nature d'une discrimination pose toujours un certain nombre d'interrogations. De façon générale, la conversion au niveau empirique de la notion de caractéristiques individuelles (pertinentes au plan économique) est rarement un problème trivial. Ainsi l'influence d'une variable significative mais omise dans la régression peut-elle être captée par la race ou le sexe. Or, dès que cette variable omise est corrélée avec les deux variables précédentes, il en résulte un biais. Par exemple, on risque d'imputer à une discrimination à l'encontre des femmes un écart de salaire qui peut résulter en partie du désir de ces dernières d'opter pour un travail à temps partiel, préférence qui a pu être à l'origine de l'ajustement salarial incriminé. Il en va de même pour les mesures de l'éducation. Celle-ci est évaluée souvent par le nombre d'années d'études, or il est clair que la variable ne capte pas de façon suffisamment précise l'aspect qualitatif du processus d'enseignement. En omettant cette variable, on peut surestimer la discrimination si les aspects qualitatifs de l'éducation sont corrélés avec le sexe ou la race. Par voie de conséquence, le caractère aléatoire et non observable de toutes les caractéristiques affectant la productivité ou la performance vient grandement limiter la possibilité d'une mesure précise de la véritable ampleur de la discrimination.

30. *Ibid.*

III.2. Les méthodes d'audits

La méthode d'audit est un outil de détection de la discrimination raciale, ethnique et du genre sur le marché du travail. Le principe consiste à former des couples, dits « vérificateurs », noir et blanc, hispanique et non hispanique, homme et femme, pour un emploi donné. Chaque couple dispose du même *curriculum vitae*. Cette méthode opère en contrôlant, de façon systématique, les différences en termes de caractéristiques individuelles. Pour ce faire, elle procède, ensuite, à l'audition des différents couples de vérificateurs pour s'assurer de l'homogénéité du couple et minimiser les différences en termes de compétences.

Une des premières applications de cette méthode a été conduite par Ronald Mincy³¹ aux États-Unis sur un échantillon d'individus âgés de 19 à 25 ans. Un test de la discrimination raciale a été effectué à Chicago et à Washington, alors que celui de discrimination ethnique a été effectué à Chicago et à San Diego. La méthode confirme l'existence de la discrimination lorsque l'emploi est proposé à un seul élément du couple, alors que la discrimination est infirmée si les deux personnes obtiennent le poste. De la même manière, une discrimination est détectée si les deux personnes obtiennent le poste du travail mais avec des rémunérations différentes. Les données suggèrent que les Blancs reçoivent, en moyenne, trois fois plus d'offres de travail que les Noirs. De même, les non Hispaniques ont trois fois plus de chances d'être embauchés que les Hispaniques. Elles indiquent aussi la persistance d'une discrimination salariale de race.

Une des critiques de cette méthode est que toutes les caractéristiques individuelles ayant un effet pertinent ne peuvent être mesurées ou identifiées. Par voie de conséquence, il est presque impossible de former un couple de vérificateurs homogène. En effet, l'apparence du candidat – que le détecteur de la discrimination ne peut contrôler – peut jouer en faveur ou en défaveur du candidat à l'embauche.

Afin de parer aux critiques précédentes, Peter Riach et Judith Rich³² ont procédé à la détection de la discrimination en effectuant des tests par correspondance au Royaume-Uni. Ces tests consistent à répondre à des offres d'emplois en envoyant des lettres de candidature tout en choisissant des noms particuliers comme signal de l'ethnie du candidat. Bien évidemment, des candidats homogènes, pour la même offre d'emploi, ont été présentés. Là aussi, les résultats sont très frappants. De la part du même employeur, des candidats d'origine indienne ou pakistanaise ont reçu des réponses indiquant que l'offre d'emploi avait déjà été attribuée, alors que, simultanément, les candidats d'origine anglo-saxonne ont reçu des convocations pour une audition. Les mêmes résultats ont été mis en évidence en Australie cette

31. Ronald MINCY, « The Urban Institute Audit Studies : Their Research and Policy Context », in Michael FIX et Raymond STRUCKY (eds.), *Clear and Convincing Evidence : Measurement of Discrimination in America*, Washington, The Urban Institute Press, 1993, p. 165-186.

32. Peter RIACH et Judith RICH, « Measuring Discrimination By Direct Experimental Methods : Seeking Gunsmoke », *Journal of PostKeynesian Economics*, 14 (2), 1991, p. 143-150.

fois-ci pour des candidatures d'origine vietnamienne et d'origine anglo-saxonne. Malgré ces résultats, ces tests par correspondance se limitent à une identification initiale de la discrimination. En effet, après l'audition, on ignore si le candidat d'origine anglo-saxonne a reçu l'offre ou pas.

D'autres tests des pratiques discriminatoires ont été effectués, par exemple, pour le recrutement des musiciens au sein des différents orchestres. C. Golden et C. Rousse³³ ont montré que l'audition des candidats et des candidates derrière un écran augmente la probabilité d'embauche de presque 50 % pour les femmes. Pour l'essentiel, les méthodes d'audits confirment la persistance des pratiques discriminatoires sur le marché du travail.

IV. Politiques et dispositifs de lutte contre la discrimination

Pour tenter de juguler la discrimination, un certain nombre de politiques générales et de dispositifs particuliers ont été proposés et mis en œuvre. Les politiques de discrimination positive sont à l'origine de nombreux débats et controverses. Elles s'attaquent essentiellement à la répartition des groupes dans les différents postes ou places sur le marché de l'emploi ou sur le marché de l'éducation. Le système de rémunération fondé sur le principe de l'égalité pour un travail de valeur comparable attaque le problème directement au plan de la distribution des revenus.

IV.1. La discrimination positive

Approche juridique

La notion même de discriminations positives constitue un vaste sujet de controverses pour les juristes. Les termes utilisés pour la définir témoignent de ces ambiguïtés : discrimination à rebours ou programmes d'action positive³⁴, mesures positives³⁵, préférences positives³⁶, discriminations compensatoires³⁷, mesures affirmatives³⁸.

Cette imprécision dans la présentation de cette notion témoigne de la difficulté du droit français à appréhender une stratégie nouvelle, éloignée des concepts traditionnels et mettant en cause de grands principes comme celui de l'égalité des personnes devant la loi.

C'est la fonction même des textes juridiques qui est ici en cause. Les États-Unis apparaissent, en l'espèce, comme le pays ayant le plus largement organisé ce type de politiques dites d'« *affirmative action* » afin de prendre en compte les particularismes de ses minorités le plus souvent défavorisées. Ainsi, dès 1963, le Congrès américain organise la discrimination positive en

33. C. GOLDEN et C. ROUSSE, « Orchestrating Impartiality : The Impact of Blind Auditions on Female Musicians », Unpublished manuscript, Harvard University, 1997.

34. James JONES, « La discrimination à rebours dans l'emploi », *Revue internationale du travail*, 4, 1981, p. 485-506.

35. Anthony LESTER, « La législation française contre la discrimination », *Droit social*, 11, 1987, p. 791-797.

36. Claude ROSSILLON, « L'OIT et l'élimination de la discrimination dans l'emploi », *Industrial Relation*, 40 (1), 1985.

37. Gérard LYON-CAEN, « Les travailleurs étrangers, étude comparative », *Droit social*, 1, 1975, p. 1-16.

38. Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droits des femmes : dictionnaire juridique*, Paris, Dalloz, 1985, p. 6.

faveur de la minorité noire. Par suite, ces dispositifs juridiques ne cesseront pas d'être amplifiés au profit de groupes identifiés comme subissant des discriminations dans leur situation sociale générale ³⁹.

Le développement du recours contentieux fragilise aujourd'hui cette politique. Ainsi, la Cour suprême tend désormais à encadrer plus nettement les choix « préférentiels » effectués au profit des minorités défavorisées. Les discriminations qualifiées de « positives » ne sont admises que lorsqu'elles visent une population identifiée comme subissant une situation défavorable sans qu'il soit possible pour autant d'intervenir de manière systématique, les problèmes en cause se devant d'être individualisés ⁴⁰ afin que les différences de traitement puissent être considérées comme « pertinentes » eu égard au but poursuivi.

C'est à une véritable remise en question de la discrimination positive que certains juristes américains appellent aujourd'hui dans les colloques comme dans les médias. Cette tradition américaine ne leur semble plus, en effet, adaptée aux évolutions de la société moderne et ils en contestent l'efficacité comme la légitimité. Les juristes proches des minorités raciales considèrent, à l'inverse, que la discrimination positive constitue une des seules alternatives aux situations d'inégalités. Sans en méconnaître les inconvénients, ils la considèrent comme un mal nécessaire susceptible de disparaître lorsque la discrimination aura elle-même disparu.

Les expériences françaises sur le sujet nous obligent à nous placer dans la même problématique juridique. Ces choix juridiques permettant de favoriser une catégorie de salariés sont-ils légitimes et, surtout, sont-ils efficaces ?

Les exemples les plus significatifs nous amènent à douter de l'opportunité de développer des techniques controversées aux effets peu probants. Ainsi, les mesures en faveur des femmes, des handicapés, de certains salariés situés dans des zones en particulières difficultés économiques, des chômeurs de longue durée ne permettent pas le rétablissement d'une véritable égalité de fait, certains juristes considérant même qu'en identifiant les groupes défavorisés, on en renforce la précarité ⁴¹.

Le droit issu de l'Union européenne constitue, en la matière, un levier efficace dans les mutations de notre législation. La discrimination positive apparaît comme une première piste d'intervention. La directive européenne du 9 février 1976 modifie profondément les logiques égalitaristes. Au-delà de la simple égalité, le droit peut générer des discriminations à condition que celles-ci soient considérées comme « positives », à savoir qu'elles permettent de compenser des situations de fait discriminatoires. Ce texte essentiel débouche sur la remise en cause de concepts

39. Olivier BEAUD, « L'Affirmative Action aux États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, 3, 1984, p. 504 et suiv.

40. Joanna SCHMIDT, « La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *Revue internationale de droit comparé*, 1, 1987, p. 43 et suiv.

41. Michel MORAND, « Le droit du travail depuis 1981 : bilan et perspectives. Réflexions sur la finalité et les vecteurs du droit du travail », *Semaine juridique*, éd. E, 19, 1987, p. 523.

nationaux, inefficaces dans leur application et basés sur des logiques révolues.

La loi Roudy du 13 juillet 1983 constitue la traduction française de ce changement de stratégie en organisant la possibilité de prendre des mesures de rattrapage professionnel au profit des femmes en situations de travail défavorables. Le bilan de l'application du texte au moment où de nouvelles lois sont en préparation permet de constater qu'une fois encore les résultats concrets n'ont pas été à la hauteur des espérances juridiques. Le simple bilan du nombre de contrats signés en faveur de femmes dans les entreprises françaises par application de ce texte (... moins de 30 sur 15 ans !) témoigne de la difficulté d'inscrire dans les faits des avancées juridiques pourtant incontestables.

La Cour européenne traduit, dans sa jurisprudence, la difficulté pour les juristes d'appréhender la discrimination positive ⁴². Avec l'arrêt *Kalanke* contre *Ville de Brême* de 1995 ⁴³, la Cour écarte une mesure de préférence automatique ne tenant pas compte des situations individuelles des personnes en cause. De fait, la jurisprudence européenne se refuse à admettre l'octroi d'une préférence de type « quotas réservés » et donne une lecture restrictive de la directive de 1976 même si une décision de la Cour de 1997 (Marschall/Land de Rhénanie) atténue cette rigueur en introduisant une « clause d'ouverture » selon laquelle les femmes ne doivent pas être promues en priorité si « des motifs tenant à la personne du salarié font pencher la balance en faveur d'un candidat masculin ». Par ces deux décisions, la Cour ne fait que refléter la difficulté pour les juristes de trancher entre la logique égalitariste, inefficace mais perçue comme juste, et les mesures de discrimination positive analysées comme un mal nécessaire. L'article 114 du traité d'Amsterdam accentue cette difficulté en indiquant que le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté.

Approche économique

La discrimination est abordée par l'analyse économique à la fois sous l'angle de l'équité et de l'efficacité. Les politiques visant à combattre le phénomène sont de la même manière investies sous ce double aspect. De ce point de vue, par exemple, les politiques de discrimination positive ont pu faire l'objet de contestations au sens où elles peuvent conduire les employeurs à privilégier l'embauche de membres de minorités ou de femmes moins qualifiées au détriment d'hommes blancs plus compétents.

Les contempteurs de ces dispositifs suggèrent que ce type de mesures prises sur le marché de l'éducation ou sur celui de

42. Jane HODGES-AEBERHARD, « L'action positive en faveur de l'emploi : la jurisprudence récente face à une notion complexe », *Revue internationale du travail*, 138 (3), 1999, p. 269-298.

43. Arrêt C-450/93, IRLR 660.

l'emploi risque de cumuler injustice et inefficacité. Dans le premier cas, l'iniquité est suscitée par violation du principe de récompense en fonction du seul mérite individuel, l'inefficacité pouvant être engendrée par une baisse de l'incitation à investir dans le capital humain pour les groupes aidés et par les stigmates attachés aux individus qualifiés appartenant au groupe protégé par le dispositif ⁴⁴. Pour contrecarrer les effets de la discrimination statistique, les mêmes auteurs suggèrent plutôt l'utilisation de subventions visant à augmenter les rendements de l'éducation alors que Joseph Altonji et Rebecca Blank ⁴⁵ recommandent aussi d'inciter les employeurs à améliorer les procédures d'évaluation.

Les défenseurs de tels dispositifs, de leur côté, se retranchent généralement derrière l'argument selon lequel la discrimination existe et perdure et donc que les écarts constatés par niveau de qualification entre groupes doivent alors être mis en perspective avec la discrimination passée ou actuelle ⁴⁶. L'argumentation est par ailleurs complétée par une forte suspicion sur la capacité des qualifications mesurées par des proxys classiques à prédire correctement la performance actuelle ou future de l'individu ⁴⁷.

In fine, le débat sur le caractère efficace ou non de l'action affirmative revient largement à se demander si le marché du travail réel est davantage caractérisé par la concurrence ou par la discrimination. *De facto*, le débat théorique se prolonge naturellement au plan empirique par le biais des tentatives de vérification de l'existence et de l'amplitude des baisses de qualifications et/ou performances dans l'emploi constatées lors de l'embauche de membres des groupes favorisés par les dispositifs.

Or, en dépit des enjeux, relativement peu de travaux ont investi le champ de sorte que les résultats en matière d'effets sur la productivité ⁴⁸ et la qualification restent encore ambigus en raison du caractère souvent très agrégé ou qualitatif des données utilisées.

Des travaux récents articulés sur l'estimation d'un modèle Logit sur des données individuelles de salariés et d'entreprises issues d'un échantillon d'établissements dans quatre régions américaines arrivent à un bilan nuancé. Les résultats des estimations indiquent que le dispositif de l'action a bien un effet significatif sur les comportements de recrutement (augmentation de la probabilité d'embauche des membres des minorités ou des femmes, plus forte probabilité qu'une femme blanche ou un homme noir soit embauché qu'un homme blanc, et baisse de cette dernière probabilité de près de 20 % quand l'action affirmative est utilisée). Les auteurs portent ensuite leur attention sur la qualification (mesurée par le niveau d'études et par d'autres indicateurs de performance) des derniers travailleurs recrutés. Ils montrent que les individus aidés embauchés sous l'action affir-

44. Stephen COATE et Glenn LOURY, « Will Affirmative Action Policies Eliminate Negative Stereo Types », *American Economic Review*, 83, 1993, p. 1220-1240.

45. Joseph ALTONJI et Rebecca BLANK, « Race and Gender in the Labor Market », in Orley ASHENFELTER et Richard LAYARD (eds.), *Handbook of Labor Economics*, vol. 3c, chap. 48, Amsterdam, New York, Elsevier Science Publisher, 1999, p. 3143-3259.

46. Barbara BERGMANN, « Does the Market for Women's Need Fixing ? », *Journal of Economics Perspectives*, 3, 1989, p. 43-60.

47. Gerald OETTINGER, « Statisticals Discrimination and the Early Career Evolution of the Black-White Wage Gap », *Journal of Labor Economics*, 14 January, 1996, p. 52-78.

48. Jonathan LEONARD, « Anti-Discrimination or Reverse Discrimination : The Impact of Changing Demographics, Title VII and Affirmative Action on Productivity », *Journal of Human Resources*, 19, 1984, p. 145-174 ; ID., « Women and Affirmative Action », *Journal of Economic Perspectives*, 3, 1989, p. 61-76 ; ID., « The Impact of Affirmative Action Regulation and Egal Opportunity Law on Black Employment », *Journal of Economic Perspectives*, 1990, p. 47-74.

matrice ont en moyenne un niveau faible d'études, l'effet étant plus important sur le niveau d'études des minorités que sur celui des femmes. Les femmes et les membres des minorités embauchés dans le cadre de ces actions ont néanmoins des salaires et des probabilités de promotion plus élevés que ceux des mêmes individus embauchés en l'absence de ces actions. Ces dispositifs paraissent ainsi ne pas avoir un effet négatif sur la productivité. En ce sens, les firmes embauchent en régime de sous-qualification en termes de qualification observable, mais ces individus apparemment sous-qualifiés sont tout aussi performants que les autres.

IV.2. Égalité de rémunérations pour un travail de valeur comparable

Une part importante des écarts de salaires constatés notamment entre hommes et femmes semble relever d'un phénomène de ségrégation d'emplois. Le diagnostic a conduit à proposer alors des politiques visant à redresser des résultats disparates du fonctionnement de marchés du travail qui emploient en proportion très variable les hommes et les femmes. Pour ce faire, des interventions directes dans le domaine des rémunérations relatives des emplois à prédominance féminine et des emplois à prédominance masculine ont été suggérées. À ce jour, ce type de politiques de rémunération égale pour un travail de valeur comparable a été implémenté dans le secteur privé en Australie, dans la province d'Ontario au Canada et dans le secteur public aux États-Unis.

L'évaluation des emplois et des compétences requises qui permet d'établir que les emplois sont de valeur comparable comporte une part de subjectivité au sens où elle revient parfois à appliquer aux différents aspects des emplois considérés des critères d'appréciation différents de ceux en fonction desquels les rémunérations ont été fixées au départ. Il est possible toutefois de mettre au point des comparaisons qui réduisent la part du jugement subjectif et qui donnent des résultats plus largement admis.

L'évaluation des emplois en fonction de leurs caractéristiques peut s'effectuer avec des méthodes utilisées à l'heure actuelle pour déterminer la structure de rémunération dans un marché interne. Une variante classique de ce type d'évaluations affecte un certain nombre de points aux diverses caractéristiques des emplois, permettant ainsi à l'employeur d'articuler la rémunération sur un total de points. Une régression linéaire peut alors être utilisée pour relier les points assignés aux emplois et les niveaux de rémunération. Il suffit ensuite de comparer les points théoriques et les points réels et vérifier si les emplois sont systématiquement reliés au genre. Si tel est le cas, la politique consistera à demander que la rémunération soit calée uniquement sur l'évaluation de

l'emploi. Comme la baisse des salaires dans certains emplois est une perspective peu réaliste, il s'agira d'augmenter les salaires des emplois à forte densité féminine.

Deux questions restent posées à ce niveau. La première est de savoir si l'application systématique de ce principe augmente ou diminue in fine la discrimination salariale globale de genre. La réponse n'est pas automatique⁴⁹ car elle dépend de considérations relatives à l'offre et de la demande de travail dans les différents marchés. La deuxième question renvoie au problème du caractère efficace du système de rémunération et notamment des conséquences de ce dernier sur l'affectation des travailleurs aux emplois.

Conclusion

Au terme de cette étude qui visait à balayer les approches économiques et juridiques dans une perspective comparative, on voit bien les complémentarités et les différences entre les deux optiques. Le droit en général, à des degrés d'ailleurs divers selon les instances, retrouve les deux types de sources à l'origine de la discrimination mises en exergue par la théorie économique. Les notions de discrimination directe et indirecte de l'approche juridique s'avèrent très proches de la vision intentionnelle ou non intentionnelle de la théorie économique, même si le Droit comme le juge français, du fait de leurs conceptions très individualistes par rapport aux institutions internationales, peinent à se saisir des données statistiques de groupe et s'il convient de ne pas négliger le développement de situations complexes comme les discriminations indirectes intentionnelles.

L'approche économique éclaire aussi les difficultés à réguler et à combattre la discrimination. La notion de discrimination est calée sur une définition étroite du phénomène qui pose des problèmes de mesure pour détecter la véritable discrimination opérant sur des individus totalement identiques.

Un autre champ peut aussi réunir les deux approches. Il s'agit de celui des dispositifs mis en place pour combattre le phénomène. Si les divers dispositifs proposés pour lutter contre la discrimination sont, en effet, fondés généralement sur des questions d'équité, ceux-ci posent aussi des questions d'efficacité. Un débat sur ces deux aspects entre disciplines complémentaires peut être fructueux pour asseoir la cohérence des dispositifs.

49. Peter ORAZEM et Peter MATTILA, « Male-Female Supply to State Government Jobs and Comparable Worth », *Journal of Labor Economics*, 16 (1), 1998, p. 66-85.