

Droit et économie de la discrimination sur le marché du travail

Rachid Boumahdi (*), Jean Michel Lattes (**), Jean Michel Plassard (***)

La mise en perspective de la discrimination sur le marché du travail à travers deux disciplines, le droit et l'économie, révèle des différences et des complémentarités. De fait, la discrimination pour le juriste n'est pas toujours totalement identifiable à celle révélée par l'économiste et les analyses du phénomène comme les moyens utilisés pour les combattre peuvent ne pas totalement converger. Un accord semble exister pour ne pas imputer à une seule cause les effets d'un phénomène particulièrement complexe. Les critères de légitimité avancés par les juristes ne sont pas systématiquement déconnectés de la position d'efficacité défendue généralement par les économistes. Pour les questions de politique proprement dit, les deux approches sont susceptibles d'enrichir le champ de la recherche de la lutte contre les discriminations.

La discrimination sur le marché du travail demeure un phénomène social important malgré l'arsenal juridique et politique répressif mobilisé dans la plupart des pays développés comme dans les institutions internationales. Les succès mitigés obtenus attestent de l'existence de difficultés spécifiques que l'on étudie ici par la mise en perspective des approches économique et juridique. Il s'agit, par le biais d'une lecture croisée, de montrer dans leur complémentarité et leurs divergences la perception de ces deux approches. La difficulté de définir le concept même de discrimination oblige le chercheur à comparer des situations dont les contours ne sont pas nécessairement les mêmes.

Le balayage rapide de la diversité des normes (cf. encadré 1) montre que la question n'a pas constitué une priorité dans l'agenda de la construction du droit social national ou international. Pour l'économie, à l'exception d'un article isolé d'Edgeworth en 1922, il faudra attendre 1957 pour avoir avec l'ouvrage de Becker (BECKER, 1971, 2^e ed.) la première analyse explicite de la discrimination. Historiquement, l'analyse de la discrimination a été utilisée d'abord pour rendre compte de la situation des Noirs aux États-Unis; par la suite l'analyse s'est étendue à

l'interprétation de la situation des femmes sur le marché du travail et des autres minorités.

L'approche juridique qualifie socialement le phénomène. Inscrite dans une perspective naturellement normative, elle se heurte très vite aux difficultés pratiques de la définition de l'acte discriminatoire, de la mise en œuvre de la preuve et de la légitimité de certains dispositifs de lutte contre la discrimination. L'approche économique dispose d'un argumentaire de type à la fois positif et normatif. Au plan normatif, ses critères s'avèrent plus larges que ceux de l'approche juridique, la mise en œuvre des critères d'efficacité et d'équité ouvrant la voie traditionnellement à des arbitrages. L'approche positive s'avère vite complémentaire de l'approche normative: inscrite dans une rationalité des comportements qu'elle postule, elle concourt aussi à définir la discrimination et attire l'attention sur certains problèmes associés à des logiques rationnelles.

Cet article confronte droit et économie de la discrimination sur trois points stratégiques. Une première partie est consacrée à la définition générale de la discrimination. Les deuxième et troisième parties reviennent sur deux temps forts de la discrimination: celle vécue au plan de la rémunération et celle enregistrée au moment de l'embauche.

* Université Toulouse 1, maître de conférences, UT1, GREMAQ et LIRHE (boumahdi@univ-tlse1.fr).

** Université Toulouse 1, maître de conférences, UT1, LIRHE (jmlattes@univ-tlse1.fr).

*** Université Toulouse 1, professeur, UT1, LIRHE (plassard@univ-tlse1.fr).

Droit de la discrimination: une construction tardive

L'origine du principe de non-discrimination résulte en droit international de l'application d'un nombre considérable de conventions qui permettent de le considérer comme un principe fondamental (LOCHAK, 1987).

L'Organisation internationale du travail (OIT) constitue le moteur essentiel de la reconnaissance du problème au niveau juridique. Dès 1919, elle s'efforce de promouvoir l'égalité des chances, même si ce n'est qu'en 1944 que le principe de non-discrimination est inscrit dans sa constitution. Une première convention vise à supprimer, en matière de politique sociale, « toute discrimination entre les travailleurs fondée sur la race, la couleur, le sexe, la croyance, l'appartenance à un groupement traditionnel ou l'affiliation syndicale » (convention n° 117). D'autres conventions (n° 100 de 1951 sur l'égalité de rémunération, n° 111 de 1958 sur la discrimination en matière d'emploi et de profession, n° 156 de 1981 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales), prennent en compte de facteurs plus complexes, comme la ségrégation de certaines professions générant presque « naturellement » des écarts de rémunération.

En droit français, le texte du Préambule de la Constitution de 1946 constitue un élément fondamental. Repris dans la Constitution de 1958, il permet l'émergence de Principes généraux en droit du travail (LANQUETIN, 2001).

Le droit de l'Union européenne constitue le principal vecteur des progrès récents réalisés par le droit de la non-discrimination. Recherchant dans un premier temps la simple équité (traité de Rome, art. 119), le législateur s'oriente rapidement vers d'autres stratégies juridiques, très largement inspirées de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (LANQUETIN, 2002). Le développement de la discrimination positive dans l'emploi (directives de 1975 et de 1976) comme en matière de sécurité sociale (directives de 1978 et de 1986) constitue le premier axe de cette recherche, suivi de logiques organisées autour de la charge de la preuve de la discrimination (*directive de 1997*; LANQUETIN, 1998) et l'organisation de dispositifs d'évaluation susceptibles de révéler la réalité de la discrimination (BORILLO, 2002), autour de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique dans la directive du 29 juin 2000 comme de la prise en compte des orientations sexuelles dans celle du 27 novembre 2000.

La loi du 16 novembre 2001 sur la lutte contre les discriminations aménage dans le Code du travail la protection des salariés, en particulier par le régime de la preuve (HENRY, 2001; LANQUETIN, 2000; JEAMMAUD, 2004) tout au long de leur vie professionnelle (*cf.* jurisprudence sociale: Cass. crim. du 25 novembre 2003, Banque populaire du Nord, n° 03-80721 ou Cass. soc. du 28 septembre 2004, SA STAVS Transport de voyageurs, n° 03-41 825 et du 11 janvier 2005, SA Cie IBM France n° 02 -45 608). La loi du 4 mai 2004 sur la formation professionnelle et le dialogue social traduit cette mutation en intégrant la problématique de l'égalité entre salariés.

Définitions de la discrimination

Pour répondre à la question de la définition de la discrimination, il ne suffit pas d'investir le concept *in abstracto*, il faut revenir sur les comportements des acteurs à l'origine de la discrimination.

Le concept de discrimination

Il n'apparaît que tardivement en droit français. Il faut attendre le XIX^e siècle pour le voir décrit dans les ouvrages juridiques autour de l'idée de « différenciation ». Le droit pénal constitue dès l'origine le vecteur majeur du droit français. Le Nouveau Code pénal (art. 225-1) précise ainsi qu'il convient de condamner « toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

De l'égalité à la non-discrimination

Le droit du travail appliquera ce texte à la vie professionnelle des salariés, au risque de rompre le principe d'égalité des personnes devant les normes juridiques. Les personnes protégées le sont alors pour des raisons objectives et cela justifie le caractère « dérogatoire » d'un droit social pouvant être qualifié de « droit des préférences » (EWALD, 1985). Si l'égalité devant la loi est un principe incontesté, la loi n'est pas nécessairement la même pour tous (LOCHAK, 1987). Le Code du travail va prendre en compte la fragilité particulière de certaines phases de la vie professionnelle (embauche, affectation, rémunération, avancement, formation professionnelle, licenciement, *etc.*) et mettre en place des dispositifs juridiques protecteurs contre ces situations discriminatoires. Conventions collectives, égalité entre les hommes et les femmes, recrutement, formation professionnelle, licenciement, salaire... les règles nombreuses et variées reprises par le Code du travail traduisent la diversité et la complexité d'une notion multiforme et difficile à appréhender. Les récentes évolutions induites par la loi du 16 novembre 2001 ajoutant « l'âge, l'orientation sexuelle, l'apparence physique et le patronyme » traduisent cette difficulté récurrente (TAQUET, 2002).

Le problème de la distinction entre rupture d'égalité et discrimination demeure entier. De fait, la rupture de l'égalité ne sera discriminatoire que si elle se révèle illégitime. Cette notion de légitimité permet d'aller plus loin et de prendre des mesures qualifiées de «positives» en faveur de groupes exposés. Le principe d'égalité n'implique plus nécessairement l'uniformité de la législation et permet de nouvelles stratégies de lutte par le moyen de normes «favorisantes» mais non discriminatoires. Il convient pour cela de s'interroger sur la notion de «valeur égale» reprise dans le Code du travail, celui-ci considérant «comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse». En résulte la nécessité de disposer de systèmes performants d'évaluation des fonctions pour permettre une évaluation indiscutable des situations discriminatoires.

L'analyse par groupe permet enfin de démasquer des discriminations que les comparaisons individuelles ne révéleraient pas, comme l'affectation de groupes discriminés dans des établissements différents afin d'en assurer une différenciation globalisée, la dimension collective de la discrimination devant être prise en compte par le droit.

Discrimination de marché et prédiscrimination

En économie, on parle de discrimination lorsque certains individus ayant une particularité commune semblent défavorisés en raison de cette particularité, indépendamment de leurs caractéristiques productives (BIDDLE, HAMERMESH, 1998).

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. L'homogénéité des individus n'est pas automatique, et le travail est envisagé comme un facteur de production hétérogène. La question renvoie à la notion de caractéristiques économiques pertinentes, l'hétérogénéité pouvant trouver sa source dans les divers champs de l'activité de travail : productivité actuelle ou future, stabilité, aptitude à apprendre sur le tas, etc. La définition économique de la discrimination est établie aussi en termes 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 (rémunérations, développement de carrières ou taux de chômage).

L'accent sur les caractéristiques économiques conduit à opérer une distinction entre la discrimination avant le marché ou «prédiscrimination» et la «discrimination de marché». La prédiscrimination, avant l'entrée dans la vie active, souligne le

fait que les chances de développement personnel de l'individu ne dépendent pas uniquement de ses capacités potentielles. 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.

La discrimination de marché est la continuation durant la période de vie active de la prédiscrimination, les dotations de capital humain avant l'entrée dans la vie active étant considérées comme des données. Elle peut prendre la forme d'un versement de rémunérations plus faibles, d'un refus d'embauche ou d'une surqualification pour un poste.

L'inégalité de traitement, notamment à prédiscrimination donnée, a soulevé de nombreuses controverses. Elle pose le problème d'un traitement inégal par le marché et la question d'une relation entre marché du travail et inégalité sociale. Or dans sa formulation concurrentielle, le marché ne fait que refléter les données introduites au début des transactions : il reproduit les inégalités apportées, sans prendre part à leur création (approche classique dite de la théorie compensatrice des salaires qui prédit que les différences de salaires «compensent» de manière juste et efficace les différences de productivité des individus et de pénibilité des emplois). La discrimination de marché est alors constituée par les différences de résultats enregistrées sur le marché, non expliquées par des différences au niveau des préférences, des avantages comparatifs ou des investissements en capital humain des divers groupes.

La théorie des différences égalisatrices n'a jamais été totalement acceptée. L'approche institutionnelle, l'hypothèse de dualisme du marché du travail, etc., en ont contesté les prédictions. Il n'y a unanimité des auteurs ni sur le rôle respectif de la discrimination de marché et de la prédiscrimination, ni pour imputer à chaque niveau ce qui relève de la discrimination ou de choix plus ou moins contraints. Un individu craignant d'être discriminé sur le marché du travail peut être moins incité à investir dans l'éducation.

Cette question de la séparation entre prédiscrimination et discrimination de marché, qui oppose souvent économistes et sociologues (BAUDELLOT, 1995), trouve des prolongements au plan du coût de l'intégration professionnelle des groupes discriminés.

L'économiste tend à exonérer implicitement le marché et donc les entreprises de ce qui se passe en amont. Pour établir la norme de discrimination, il se contente d'une neutralité du marché, sans demander aux entreprises d'aller au-delà de la responsabilité sociale minimale qui consiste à ne pas discriminer. Cette norme minimale, conforme à un comportement de maximisation de profit lorsque la discrimination est fondée sur des préjugés, devient plus délicate à satisfaire en information imparfaite pour la discrimination statistique. Par ailleurs, le coût

social d'intégration des catégories discriminées revient aux pouvoirs publics plutôt qu'aux agents économiques privés. Toutefois, une séparation stricte entre discrimination et prédiscrimination a moins de raison d'être si l'on pense que l'entreprise a une responsabilité sociale élargie par le fait qu'elle bénéficie d'infrastructures en ressources humaines ou physiques. Bénéficiant d'un bien collectif, elle peut et doit participer au coût social d'intégration des groupes discriminés, quitte à déroger au critère de profit (DE SCHUTTER, 2001).

Les comportements discriminatoires

La discrimination ne se réduit pas à une seule cause, droit et économie s'accordant sur ce point, sans que leurs catégories ne s'emboîtent parfaitement.

Discrimination directe et discrimination intentionnelle

La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes constitue un élément déterminant dans cette évolution (BERTHOU, 2001). La Cour distingue les discriminations directes, conséquence d'un comportement intentionnel de l'employeur défavorable à une personne, des discriminations indirectes, dans lesquelles une disposition, une pratique ou un critère affectent un groupe déterminé (CJCE du 13 mai 1986, Aff. 170/84, Bilka).

L'identification des critères permettant de révéler la discrimination directe pose cependant des problèmes évidents du fait de leur instabilité. Au-delà des critères traditionnels (sexe, handicap...), de nouveaux critères (apparence physique, patronyme, séropositivité...) traduisent la mutation des perceptions sociales. Leur prise en compte peut se révéler problématique, car susceptible de varier selon les situations. Le critère de l'âge constitue un élément reconnu de discrimination directe... sauf si cette condition constitue un « objectif légitime et raisonnablement justifié », le Code du travail s'efforçant de distinguer ce qui est légitime de ce qui ne l'est pas. Le fait de refuser d'embaucher une femme en raison de sa grossesse constitue une discrimination directe car cela ne « peut être opposé qu'aux femmes » (CJCE du 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, Rec., pp. I-3441). Il revient au juge social de définir le caractère illégitime d'un critère pour que la discrimination directe soit révélée (CJCE du 26 juin 2001, Brunnhofer, aff. C-381/99).

La discrimination directe est à rapprocher des théories de la discrimination intentionnelle qui mettent en avant une volonté explicite de discrimination émanant des différents acteurs du marché. Dans ce cadre, les préférences discriminatoires des acteurs sont mises en cause, car elles vont avoir des implications directes sur le marché du travail (BECKER, 1971). Dans une économie salariale, l'intégration de la discrimination par goût se fait nécessairement par

l'employeur. Mais son rôle peut consister à relayer une discrimination émanant des travailleurs ou des consommateurs. La préférence discriminatoire est 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 au fait de s'associer avec des personnes du groupe discriminé. Les conséquences diffèrent selon l'acteur à l'origine de la discrimination. 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 par les consommateurs n'a de portée réelle que dans le cas des services personnels. La discrimination est compatible avec la rationalité mais non avec la maximisation de profit : la théorie peine à établir une discrimination dans le long terme, car les employeurs discriminants sont pénalisés au plan du coût de production, par rapport 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 le meilleur allié, d'autant plus que l'instauration par l'État d'un salaire minimum donne aux entreprises qui discriminent l'occasion de le faire sans coût et donc sans avoir peur de faire les frais du processus darwinien engendré par la concurrence. On ne trouvera donc pas ici de lien entre lutte contre la discrimination et lutte contre la concurrence déloyale. Si le lien entre discrimination et compétitivité existe, il est inversé.

Un lien direct entre discrimination et rentabilité peut être rétabli en revanche dès que l'on abandonne le référentiel concurrentiel, ce qui permet aussi la possibilité d'une discrimination stable. Le monde des diverses imperfections de marché permet aux intervenants et notamment aux employeurs de concilier maximisation de 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 PIRE (1983). 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 pour régner. Dans la même perspective de maximisation de profit, le modèle de monopsonne a été utilisé pour interpréter le différentiel de salaire enregistré entre sexes (BARTH, DALE, OLSEN, 1999), 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.

Discrimination indirecte et discrimination non intentionnelle

La discrimination indirecte s'analyse comme une mesure apparemment neutre prise par l'employeur ayant un impact disproportionné sur une catégorie

de salariés (CJCE du 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, *Rec.*, pp. I-3441), et dont il convient de rechercher au nom de quelle légitimité elle est organisée (CJCE du 7 juillet 2000, Julia Schnorbus/Land Hessen, C-79/99). C'est, par exemple, le fait d'exclure d'une pension d'entreprise les employés à temps partiel qui se révèlent être des femmes dans leur grande majorité (CJCE du 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84, *Rec.*, p. 1604) ou la mise en place d'un critère de rémunération basé sur le nombre d'heures effectuées alors que dans l'entreprise les salariés masculins sont majoritairement à temps plein et les femmes à temps partiel (CJCE du 7 février 1991, *H. Nimz*, C-184/89, *Rec.*, pp. I-297).

Il en découle un soupçon de discrimination qui pourra être levé si la mesure contestée semble justifiée par un objectif légitime et si les moyens utilisés sont appropriés et nécessaires. Mais l'analyse des décisions de l'employeur pour déterminer si elles sont économiquement rationnelles et basées sur des critères non contestables peut apparaître comme teintée de subjectivité (CJCE du 17 septembre 2002, *JämO*, C-320/00, pt. 48).

Le droit européen est à l'origine de la promotion de la notion de discrimination indirecte à travers deux directives (2000/43/CE et 2000/78/CE) évoquant des groupes susceptibles de subir des discriminations indirectes mais masquées par des motifs en apparence neutres et à la légitimité incontestable. Malgré cette difficulté, elle présente cependant d'évidents avantages juridiques en permettant le respect du principe d'égalité tant en fait qu'en droit et en écartant l'idée d'intentionnalité qui caractérise la discrimination directe.

La discrimination non intentionnelle prend essentiellement pour les économistes la forme de la discrimination statistique (AIGNER, CAIN, 1977). L'accent est mis sur les difficultés éprouvées par l'employeur à identifier les caractéristiques économiques des salariés. 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 de profit en situation d'incertitude sur un marché de facteurs de production hétérogènes, toute volonté délibérée de discrimination étant exclue.

Paradoxalement c'est au départ un phénomène de *bunching* (regroupement) – à savoir le traitement identique d'individus différents – qui va donner naissance à la discrimination.

Pour comprendre le mécanisme, considérons l'exemple très simplifié de deux groupes identifiables I et II composés uniquement de deux types de travailleurs d'aptitude différente A (valeur 50) et B (valeur 100) en proportion différente.

Le groupe I comprend autant d'individus de type A que de type B.

Le groupe II comprend 30% d'individus de type A et 70% de type B.

Le salaire d'équilibre correspondant aux anticipations rationnelles va se calibrer sur la seule information disponible à savoir : le groupe. Le processus de *bunching* suggère que tous les individus (A et B) du groupe I vont recevoir le même salaire $75 = (50 \times 0,5 + 100 \times 0,5)$. De la même façon, les individus A et B du groupe II vont obtenir chacun $85 = (50 \times 0,3 + 0,7 \times 100)$.

La discrimination statistique traduit un problème de filtrage survenant lorsque des caractéristiques observables sont en corrélation avec une variable économique mais que cette dernière ne constitue pas un prédicteur parfait. La situation envisagée correspond à une discrimination individuelle, l'information imparfaite ne faisant que redistribuer les revenus à l'intérieur des groupes (*bunching*). L'évaluation des individus à partir de la moyenne de leur groupe d'appartenance favorise (défavorise) les individus A situés au-dessous (ou B situés au-dessus) de la moyenne. *In fine*, ceci débouche sur de la discrimination statistique, car des individus dotés de capacités productives (A ou B) identiques peuvent avoir des salaires différents du fait de leur appartenance à des groupes différents.

À côté de la discrimination individuelle qui, au niveau de chaque groupe, pénalise certains individus mais en favorise d'autres, le concept de discrimination de groupe (le groupe percevant moins que sa contribution moyenne) apparaît plus exigeant et des hypothèses spécifiques sont nécessaires pour 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.

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 « maximisateur » de profit et qu'il ne supporte donc pas, comme le faisait l'employeur de la discrimination par goût, le coût de cette discrimination. Au contraire, les employeurs qui ne discriminent pas 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. Dans cette optique, plus que l'interdiction, une action menée en amont se révèle efficace. Le seul facteur en mesure de modifier la situation consiste

dans des changements dans les caractéristiques du groupe discriminé. Une évolution sur le marché du travail se produira dans le sens et au seul rythme de ces changements. Lorsque les différences entre groupes imputables à la prédiscrimination s'atténuent, l'impact de la discrimination statistique doit graduellement diminuer.

Les effets des comportements discriminatoires se situent à plusieurs niveaux. La réflexion classique qui se place dans le cadre d'une flexibilité salariale conséquente a tendance à privilégier naturellement l'étude de la discrimination salariale. Dès que l'on s'éloigne de cette perspective et que l'on suppose des salaires rigides, les prédictions des modèles débouchent sur des inégalités d'accès à l'emploi *via* des refus d'embauche.

Ces deux champs complémentaires vont être maintenant déclinés séparément car s'ils relèvent de la même origine, ils renvoient à des problèmes de mesure et de politiques différents.

La discrimination salariale

L'analyse de cette forme de discrimination suggère d'aller au-delà des faits bruts pour appréhender la véritable ampleur du phénomène.

Les données brutes attestent d'écart salariaux importants entre groupes, mais en déclin.

L'exemple des États-Unis est significatif. Une lutte précoce contre les discriminations, des dispositifs statistiques adéquats procurent des données relativement précises sur l'ampleur et l'évolution des inégalités entre groupes (ALTONJI, BLANK, 1999). Sur les quarante dernières années, le groupe le plus défavorisé a vu sa situation relative s'améliorer même si le mouvement de convergence des revenus entre Noirs et Blancs s'est ralenti durant les années 1980/1990. C'est d'ailleurs sur cette réduction des écarts salariaux entre Noirs et Blancs dans le long terme que s'est inscrit un débat toujours ouvert portant sur ce qui est attribuable aux effets des dispositifs de lutte contre la discrimination et à la hausse quantitative et qualitative des niveaux d'éducation, voire aussi à la forte baisse du taux d'emploi des Noirs. Ce dernier facteur combiné avec la progression du nombre de femmes chef de ménage freine les progrès de la communauté noire tout en accentuant les inégalités en son sein.

Les écarts de salaire femmes/hommes se sont aussi atténués, surtout pendant les années 1980/1990. Cette évolution globalement beaucoup plus favorable que celle des Noirs est mise en relation avec une baisse de la ségrégation d'emplois, une augmentation du capital humain des femmes et les politiques antidiscrimination.

En Europe, les gains des femmes restent encore nettement inférieurs à ceux des hommes, le salaire horaire brut moyen des femmes de l'UE ne représentant en 2003 que 85 % de celui des hommes avec des dispersions nationales non négligeables. La France se positionne dans une situation moyenne, le rapport de salaire horaire femme/homme se situant à 88 % en 1997. Cet écart moyen ne doit pas masquer l'existence de nombreuses hétérogénéités.

Mesures et détection de la discrimination salariale

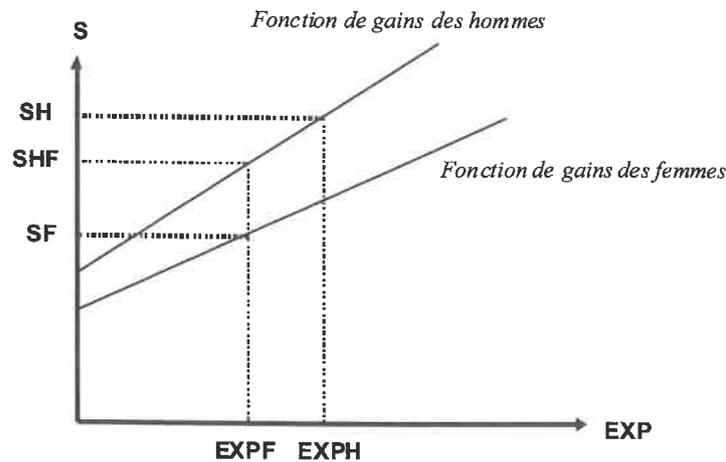
L'analyse économique a privilégié successivement des stratégies de méthodes indirectes puis directes en matière de mesure du phénomène. La méthode indirecte la plus connue est la méthode du «résidu».

La détection de la discrimination salariale fait largement appel à l'économétrie de la fonction de gains. Il s'agit d'estimer une équation de salaire en fonction de caractéristiques individuelles pertinentes économiquement ainsi que des variables muettes indiquant le sexe et/ou l'origine ethnique du salarié. Toutes choses égales par ailleurs, un coefficient significatif de la variable indicatrice signifie la présence d'un écart de salaire discriminatoire. Mais comme cet écart de salaire dépend aussi de caractéristiques individuelles, BLINDER (1973) et OAXACA (1973) en ont proposé une décomposition explicite : une part expliquée et une part inexpliquée. La part «expliquée» attachée aux caractéristiques individuelles (niveaux scolaires, expérience professionnelle, ancienneté dans l'entreprise, durée du temps de travail, *etc.*) correspond à une valorisation identique de différences individuelles effectivement constatées, tandis que la part inexpliquée (le résidu) est censée capter la discrimination.

On trouvera dans la figure 1 une représentation graphique simple de cette décomposition de l'écart salarial entre hommes (H) et femmes (F). La fonction de gains exprime le salaire S comme une fonction linéaire de l'expérience professionnelle. Soient SH et SF les salaires moyens des hommes et des femmes correspondant aux niveaux d'expérience professionnelle moyens $EXPH$ et $EXPF$ respectivement. Les deux courbes distinctes de salaire reflètent une discrimination salariale pure (salaires différents à niveau d'éducation identique).

L'écart moyen de salaire constaté globalement ($SH - SF$) peut être décomposé et représenté par la somme des distances $(SH - SHF) + (SHF - SF)$. La première composante ($SH - SHF$) est imputable au fait que le niveau de l'expérience professionnelle est ici supérieur à celui des femmes (la part expliquée). Quant à la seconde deuxième composante ($SHF - SF$), le résidu est imputable à la discrimination à l'encontre des femmes.

Figure 1
Décomposition de l'écart salarial entre hommes et femmes



L'utilisation de la méthode du résidu débouche généralement sur la mise en évidence d'une discrimination mais dont l'ampleur peut varier fortement selon les estimations et la structure de l'échantillon.

Aux États-Unis, l'analyse de la décomposition de l'écart salarial entre différents groupes de salariés a fait l'objet d'une multitude de travaux empiriques sur les aspects statiques et dynamiques du phénomène. Les différences de salaires liées aux caractéristiques individuelles (la part expliquée) tendent à diminuer dans le temps, mais elles jouent un rôle plus important pour les groupes ethniques que pour les femmes (ALTONJI, BLANK, 1999). En France, la comparaison des salaires moyens par sexe sur les emplois à plein temps indique un écart de 25 % qui, après élimination des différences d'expérience professionnelle notamment et des divers effets de structure, débouche sur une différence inexpliquée de 13 % comparable à celle trouvée aux USA (MAJNONI D'INTIGNANO, 1999).

Mais la mise en évidence d'un écart salarial ayant la nature d'une discrimination pose toujours un certain nombre de problèmes difficilement surmontables.

Il est toujours difficile d'évaluer dans les différences de salaires constatées entre groupes ce qui est une conséquence des préférences, de différences de qualification et de discrimination. L'existence incontournable de variables omises peut avoir pour effet de surestimer la discrimination. En sens inverse, des différenciations sur des variables économiques peuvent traduire des réactions des acteurs face à une discrimination anticipée et conduire à sous-estimer la discrimination.

Les difficultés rencontrées par la méthode indirecte ont conduit naturellement à développer des

types d'évaluation directe de la discrimination (DARITY, MASON 1998 ; ALTONJI, BLANK, 1999). Ceci a consisté à évaluer les différences de productivité et à les comparer aux différences de salaires. Les données disponibles dans le domaine du sport ont ainsi permis d'étudier la discrimination salariale entre sportifs d'origines ethniques différentes (KAHN, 1991). Elle est mise en évidence dans le milieu du basket américain dans les années 1980 mais ne joue aucun rôle dans la détermination des salaires des joueurs de baseball. La méthode exportée dans l'industrie par HELLERSTEIN *et alii* (1999) paraît confirmer les résultats obtenus par les estimations d'équations de salaires : si les écarts de revenus entre groupes ethniques renvoient surtout à des différences de productivité, les femmes obtiennent des salaires inférieurs à leur productivité.

Un salaire égal pour un travail de valeur comparable

La politique de rémunération identique pour un travail de valeur comparable concerne explicitement la discrimination de genre et attaque le problème frontalement au plan de la distribution de revenus.

Un changement de normes

C'est d'un véritable changement de normes qu'il s'agit, d'une norme organisée autour de l'objectif « à travail égal, salaire égal » au respect d'un « salaire égal pour un travail de valeur comparable ».

L'étude de l'efficacité réelle de politiques sociales dites de discrimination positive et la mise en place de nouvelles stratégies visant une approche intégrée constituent, dans ce contexte, une nécessité.

Les juristes sont confrontés à un véritable travail de remise en cause de leurs normes traditionnelles. Ces remarques critiques n'ont pas pour objet de préconiser la limitation voire la suppression des actions spécifiques, mais plutôt de les intégrer dans un dispositif plus large comportant des actions globales, permettant d'incorporer la perspective d'égalité dans tous les domaines et à tous les niveaux. Cette évolution caractérise l'émergence d'une nouvelle conception de l'égalité entre hommes et femmes prise en compte de façon intégrée et permanente. Le quatrième programme d'action pour l'égalité des chances entre hommes et femmes mis en place par l'Union européenne (1996-2000) en est directement inspiré.

La discrimination n'apparaît plus comme un objet d'étude isolé, mais comme résultant de diverses formes d'inégalité. Plutôt que de se limiter à une analyse des caractéristiques des personnes, l'évaluation est recentrée sur les postes occupés. L'enjeu consiste à rétablir l'application du principe du respect de droits égaux pour un travail de « valeur comparable ».

Le passage d'un principe juridique « à travail égal, salaire égal » à celui de « salaire égal pour un travail de valeur comparable » permet de réduire de manière significative les risques de dissimulation des discriminations. Les nouvelles actions européennes développent une approche élargie et intégrée de l'égalité entre hommes et femmes. La mise en place même des politiques devra tenir compte des effets différents sur les hommes et sur les femmes de toute mesure nouvelle. L'exemple de la discrimination salariale éclaire cette évolution. Elle n'est plus considérée comme un élément spécifique mais comme la résultante de nombreux phénomènes directement inscrite dans le contexte d'inégalités plus globales entre hommes et femmes.

La « comparabilité » des emplois constitue une difficulté pour les juristes du travail. Le droit du travail impose pourtant ce rapprochement en évoquant la notion de « valeur égale » (LEMIÈRE, 2001). L'article L. 140.2 al. 3 du Code du travail, modifié par la loi Roudy, indique, par exemple, que « sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse ». L'ensemble des critères doit être pris en compte, un seul élément ne permettant de vérifier l'application du principe (C. Cass. du 12 février 1997, Soc. USAI Champignon / M^{me} Dourne). Le Code du travail ajoute que « les différents éléments de la rémunération doivent être établis selon des normes identiques pour les hommes et pour les femmes » (art. L. 140.3 du Code du travail).

La question de l'évaluation du travail est à nouveau posée. La Cour de justice européenne

indique qu'il convient de considérer « la nature objective de la tâche à accomplir » (CJCE du 1 juillet 1986, Rummier), en écartant par exemple le seul critère de la force physique ou de la pénibilité au profit de critères pour lesquels les travailleurs des deux sexes sont susceptibles de présenter des aptitudes particulières. À l'inverse, si deux groupes de travailleurs effectuent des tâches comparables en utilisant des capacités différentes, ils ne peuvent être considérés comme se trouvant dans une situation comparable.

Des expériences étrangères, en particulier canadiennes, permettent de mesurer toute la pertinence des politiques de valeur comparable. La preuve de la discrimination est basée sur une double logique. Le salarié qui subit une discrimination est tenu d'en apporter la preuve alors que son employeur doit établir qu'il respecte le principe d'égalité. Une approche qualifiée de *proactive* oblige ce dernier à sortir des situations individuelles pour comparer les emplois à prédominance féminine et masculine pour en assurer l'équité. Cette démarche, en dehors de toute procédure contentieuse, permet d'accélérer l'élimination de la discrimination par des procédures systématiques d'ajustement.

Ces stratégies nouvelles supposent de mettre en évidence l'existence de postes à prédominance féminine ou masculine, les équivalences entre ces postes et la réalité de disparités incontestées. De fait, l'application du critère de « la valeur comparable » impose des méthodes appropriées pouvant dégager des critères fiables d'évaluation.

Le principe de valeur comparable du travail, négligé par le droit français, ouvre de nouvelles perspectives juridiques.

Une technique spécifique

Une part des écarts de salaires constatés entre hommes et femmes relève d'un phénomène de ségrégation d'emplois. Parallèlement, les emplois à prédominance féminine semblent moins bien payés que les emplois à prédominance masculine. Ce diagnostic conduit à proposer des politiques visant à modifier le fonctionnement d'un marché du travail qui emploie les hommes et les femmes en proportions très variables selon les postes de travail. Pour ce faire, des interventions directes dans le domaine des rémunérations des emplois ont été suggérées.

Toute politique d'égalisation des rémunérations pour un travail de valeur comparable se décline en deux étapes : mettre en évidence une discrimination salariale à partir d'une évaluation des emplois, réajuster les rémunérations en tenant compte explicitement de la valeur des emplois.

L'estimation de la valeur en points de chaque emploi suppose d'abord de définir une liste des critères communs renvoyant à des regroupements de critères généraux (qualification, efforts, responsabi-

lités et conditions de travail); d'établir une pondération par critère pour déterminer leur importance relative; puis d'affecter des points aux différents niveaux pour obtenir la valeur en points de l'emploi.

À chaque emploi est donc affecté un score et la confrontation des résultats de l'évaluation avec les niveaux de salaires peut être effectuée. On peut se satisfaire d'une méthode purement descriptive consistant à vérifier simplement la correspondance entre niveau de salaire et scores d'emplois. Une méthode plus analytique établira une régression reliant les niveaux de rémunération aux points assignés aux emplois. Il suffit ensuite de comparer les points théoriques obtenus par l'estimation économétrique et les points réels et vérifier si les emplois sont systématiquement reliés au genre.

Dès lors que les données indiquent un sous-emploi des emplois à prédominance féminine se pose le problème des modalités du réajustement salarial à effectuer. La droite de régression qui avait servi à mettre en lumière la discrimination est aussi utilisée pour opérer les réajustements salariaux de sorte que la rémunération soit calée uniquement sur la valeur de l'emploi.

Des effets encore discutés

Ce type de dispositif fait encore l'objet de nombreux débats. Les opposants mettent en avant les difficultés rencontrées par des méthodes d'évaluation très subjectives dont les choix de caractéristiques et de pondération sont forcément affectés par le système de valeur de l'évaluateur (ARNAULT *et alii*, 2001). Certains contestent le principe d'une comparabilité des emplois à partir de traits communs pour en inférer une valeur. Une telle pratique est analogue à celle qui consisterait à comparer la valeur des pommes et des oranges sur la base de leur seul contenu nutritionnel. Même si, de ce strict point de vue, les deux fruits sont identiques, ceci n'implique pas que la valeur et donc le prix de l'orange et de la pomme soient identiques (KILLINGSWORTH, 1990). Les prix peuvent diverger en raison des goûts des consommateurs (demande) ou de l'abondance relative d'un bien par rapport à l'autre (offre). Ces considérations d'offre et de demande conduisent à la question de l'efficacité du dispositif. La nature du programme brise par définition le lien entre le salaire et les conditions du marché, de sorte que l'on rencontre dans ce contexte particulier les inefficacités classiques associées à une détermination administrative des salaires, le salaire ne jouant plus son rôle dans l'allocation optimale des ressources.

Les arguments de la défense apparaissent bien souvent symétriques à ceux de l'opposition. Ils rappellent que les évaluations d'emplois sont des procédures bien connues dans les marchés internes ou dans les conventions collectives et plus objectives que ne laissent entendre les critiques.

Le principal argument repose sur une contestation forte du fait que la réalité traduise un système de concurrence engendrant des différentiels de salaires efficaces. Les écarts de salaires entre hommes et femmes seraient plutôt imputables à des phénomènes illégitimes d'encombrement des femmes dans certains emplois, causés par discrimination ou par des modèles sexuels des rôles. En conformité avec cette perspective, les défenseurs des dispositifs tendent à minimiser l'impact pervers des lois sur l'efficacité économique ou sur l'emploi des femmes.

Amorcé au plan théorique, le débat s'est poursuivi au plan empirique. L'application de cette nouvelle norme semble avoir eu pour effet de réduire incontestablement les écarts de salaires par sexe avec parfois des effets non négligeables sur le coût du travail.

Les travaux empiriques mettent en évidence des résultats très souvent divergents sur le niveau d'emploi des femmes. KILLINGSWORTH (1990) et SORENSEN (1994), sur des données américaines, montrent que l'ajustement salarial dû à la valeur comparable n'a pas eu globalement d'effet immédiat en terme de suppression d'emploi, mais a pu engendrer une croissance ultérieure plus faible de l'emploi. L'application de mesures de la valeur comparable a beaucoup plus d'effets sur les flux de population voulant intégrer les emplois ciblés par les mesures que sur le stock de ceux qui y travaillent déjà. FURCHTGOTT-ROCH (1999), HUGES (1998) signalent des exemples d'effet négatif sur le volume d'emploi pour les professions de garde et de soins d'enfants, dus à la fermeture de centres qui n'avaient pas pu faire face à la hausse salariale.

L'Australie offre l'exemple d'un débat intense sur le point de savoir si l'ajustement salarial important réalisé à la suite de l'application du dispositif a entraîné ou non une baisse de la croissance économique ou une élévation du taux de chômage des femmes : les effets semblent beaucoup moins importants que ne le laissent présager les contempteurs du dispositif.

La discrimination à l'embauche

Les indicateurs du marché du travail témoignent encore de l'existence de fortes disparités. En 2001 aux USA, alors que le taux de chômage des Blancs était de 4,2%, celui des Noirs et des Hispaniques s'élevait respectivement à 8,7% et à 6,6%.

En Europe, si le taux de chômage des femmes est encore globalement plus important que celui des hommes, on constate aussi de fortes hétérogénéités entre pays voire même des tendances inversées. La loi ne permet pas de disposer de données françaises sur l'origine ethnique, quelques études ont cependant été menées sur la situation des étrangers.

L'enquête Emploi INSEE (1998) indique qu'ils connaissent des taux de chômage deux ou trois fois plus importants que les nationaux, le phénomène étant particulièrement sensible pour les jeunes hors UE de moins de 25 ans : leur taux de chômage était de 47,2% (41,4% pour les garçons et 52,2% pour les filles) contre 24,7% pour les Français du même âge. Les enquêtes d'insertion du CEREQ (1992, 1998 et 2002) soulignent aussi la plus grande difficulté d'accès à l'emploi des jeunes dont le père est né au Maghreb en terme de durée moyenne d'accès au premier emploi (six mois contre cinq mois pour les jeunes dont le père est né en France ou en Europe du Sud), l'accès s'effectuant plus souvent que chez les autres *via* un CDD.

Le taux élevé de chômage chez les étrangers s'explique par des facteurs structurels (plus faible niveau de capital humain) mais aussi par la discrimination. La concentration des secteurs d'embauche tend, notamment *via* le nonaccès à la fonction publique, à restreindre leurs opportunités d'emploi (FOURNIER, SILBERMAN 1999), tout comme les phénomènes de ségrégation urbaine.

Mesure et preuve de la discrimination à l'embauche

Comme précédemment, l'analyse a investi des stratégies de méthodes indirectes puis directes en matière de mesure de la discrimination à l'embauche.

On retrouve en première ligne la méthode du résidu. Il s'agit, dans un premier temps, d'estimer un modèle probit ou logit dichotomique permettant d'identifier les caractéristiques individuelles observables et pouvant affecter la probabilité de trouver un emploi. Dans un deuxième temps, la différence entre les probabilités moyennes d'être embauché ou non est décomposée, comme pour le salaire, en une première composante imputable aux caractéristiques individuelles et une seconde composante due à la discrimination (BLACKABY, CLARK, LESLIE, MURPHY, 1994).

La méthode d'audits (ou de tests de situation) est un outil direct de détection de la discrimination à l'embauche. Le principe consiste à former des couples, dits « vérificateurs », Noir et Blanc, Homme et Femme, *etc.* pour un emploi donné, chaque couple possédant les mêmes caractéristiques individuelles et suivant la même démarche en matière de recherche d'emploi.

En général, la méthode a montré aux USA que les Blancs reçoivent plus d'offres d'emplois, sont plus souvent convoqués et qu'ils obtiennent de meilleurs emplois que les Noirs ou les Hispaniques.

Une des critiques adressées à cette méthode est que toutes les caractéristiques individuelles ayant un effet pertinent ne peuvent être mesurées ou identifiées (HECKMAN, 1998). Il est donc presque impos-

sible de former un couple de vérificateurs homogène. L'apparence – que le détecteur de la discrimination ne peut contrôler – peut jouer en faveur ou en défaveur du candidat à l'embauche.

Pour palier la critique, RIACH et RICH (1991) ont utilisé la méthode des tests par correspondance au Royaume-Uni. Ces tests consistent à répondre à des offres d'emplois par des lettres de candidature comportant des noms particuliers comme signal de l'ethnie du candidat. 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 a été déjà attribuée alors que simultanément, les candidats d'origine anglo-saxonne reçoivent des convocations pour une audition. D'autres tests des pratiques discriminatoires ont été effectués, par exemple, pour le recrutement des musiciens au sein des différents orchestres. GOLDEN et ROUSSE (1997) ont montré que l'audition des candidats et des candidates derrière un écran augmente la probabilité d'embauche de presque de 50% pour les femmes. Pour l'essentiel, les méthodes d'audits confirment la persistance de pratiques discriminatoires sur le marché du travail.

Le problème de la mesure de la discrimination constitue aujourd'hui la préoccupation majeure des juges sociaux, notamment au niveau des procédures de recrutement. Les efforts des juristes semblent pourtant vains et la discrimination, introuvable, demeure au cœur de nos sociétés alors que l'exigence de preuve rejette hors du droit ce qui ne peut être prouvé.

L'impossibilité d'apporter la preuve de la discrimination constitue l'élément déterminant de l'échec des luttes destinées à en garantir l'éradication. Ainsi, l'application de l'article 1315 du Code civil va longtemps constituer le problème majeur d'un salarié tenu d'apporter la preuve d'une situation discriminatoire subie mais dont seul l'auteur, en l'occurrence l'employeur, possède la capacité d'en présenter les éléments constitutifs. Si dans un premier temps la jurisprudence sociale distingue les moyens qui seront affectés à la charge du salarié de ceux affectés à la charge de l'employeur (COTTEREAU, 1988), puis fait profiter le salarié de toute « situation de doute », il faut attendre les années 2000 pour que le droit français prenne, en la matière, la mesure de l'évolution du droit européen.

Le droit européen prolonge cette orientation par le renversement de la charge de la preuve. Cela consacre l'abandon du droit commun de la preuve à finalité civiliste. Le rôle du juge devient essentiel. Il lui revient de sortir d'une logique accusatoire pour développer une action inquisitoire. Loin d'être un simple spectateur du litige, il doit en extraire les éléments caractérisant l'existence ou non d'une situation de discrimination. Alors que le simple silence de l'employeur suffisait à dissimuler les discriminations, il est désormais obligé de se

découvrir. La dissimulation reste possible mais elle devient plus difficile. La loi du 16 novembre 2001 illustre cette dimension nouvelle en prévoyant de rendre plus facile pour les victimes de discriminations l'administration de la preuve. Désormais, le simple fait de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte amènera le juge social à demander à l'employeur d'apporter des justifications objectives (MOREAU, 2002 ; AUBERT-MONPEYSSSEN, 2005).

Pourtant, le juge ne dispose pas toujours d'éléments suffisants. C'est une nouvelle approche du problème probatoire qui est recherchée, faisant davantage appel à des techniques statistiques.

Action positive et lutte contre la discrimination de l'emploi

À l'inverse du dispositif étudié précédemment, l'action positive dans l'emploi est conçue comme un dispositif générique pouvant concerner tout groupe discriminé.

Le principe de l'action positive

Les politiques de discrimination positive sont à l'origine de nombreux débats. Elles s'attaquent essentiellement à la répartition des groupes dans les différents postes ou places sur le marché de l'emploi ou dans le système éducatif. À l'inverse des lois qui visent à prévenir les mesures désavantageant les groupes minoritaires, l'«affirmative action» franchit une étape supplémentaire. «Elle vise à supprimer les effets des mesures discriminatoires en donnant à la personne, au groupe de personnes qui en est victime, la possibilité soit de rivaliser sur un pied d'égalité avec le groupe favorisé soit, aspect plus controversé, d'obtenir une égalité immédiate (on parle alors d'égalité de résultats)» (HODGES, AEBERHARD, 1999).

Pour les juristes, la discrimination positive reconnaît au législateur la possibilité d'instituer des différences de traitement si elles apparaissent comme pertinentes. Elles sont alors compatibles avec le principe de non-discrimination car visant par le droit à corriger des inégalités de fait.

La notion de discrimination positive témoigne pourtant de la difficulté qu'éprouvent les juristes à s'accorder sur des logiques qui leur semblent peu compatibles avec certains principes. Ces difficultés se traduisent dans la confusion des termes : «programmes d'action positive» ou «affirmative action», «mesures positives», «mesures spéciales de protection», «discrimination compensatoire»... et la rareté de la jurisprudence française témoigne de la difficulté des juges à s'accorder sur un concept issu de traditions juridiques anglo-saxonnes.

Le concept de discrimination positive a été très tôt inscrit aux États-Unis dans les logiques visant à favoriser les minorités. La légitimité de ces

programmes est fortement contestée par nombre de responsables politiques. Les grandes affaires portées devant la Cour suprême des États-Unis témoignent de ces problèmes et de la difficile justification des mesures favorisant une catégorie de personnes (Aff. Quarles / Philipp Morris de 1968 et autres). La Cour reconnaît que des traitements juridiques différenciés peuvent être justifiés par une différence de situation. La discrimination positive constitue, dans cette logique, un instrument parmi d'autres de la fonction gouvernementale. On peut se demander si elle n'a pas aujourd'hui atteint ses limites. Les textes pris en application de ces choix politiques ont souvent été le résultat de réflexions à court terme ne débouchant que sur des résultats limités. La division de la société en groupes de plus en plus nombreux à qui l'on va accorder des droits spécifiques peut générer des difficultés imprévues. Se pose aussi le problème de l'acceptation de la loi par la majorité de la société, les textes de discrimination positive mettant en cause l'idée même de généralité.

En matière de discrimination positive (méthode des quotas), les coûts restent assumés par l'entreprise alors qu'une prise en charge publique des conséquences économiques induites par un recrutement pourrait permettre de réduire certaines pratiques discriminatoires des entreprises (BELORGEY, 1999). Le coût de l'emploi de telle ou telle catégorie de salariés demeure le principal vecteur de l'acte discriminatoire.

Les effets sur le marché du travail

En ce qui concerne les effets redistributifs, il semble que les dispositifs aux États-Unis ont conduit à une augmentation des recrutements des groupes discriminés. Pour tester plus finement cet effet, les études comparent la situation de l'emploi à partir d'échantillons d'entreprises ayant ou n'ayant pas contracté sur des dispositifs fédéraux, les variables expliquées étant la part ou le taux de croissance de l'emploi des membres des groupes minoritaires. Des variations d'emploi non identiques dans les deux groupes (LEONARD, 1984, 1989) attestent de la réussite de l'affirmative action. Parallèlement, on constate des effets de redistribution positive en matière de rémunération, c'est-à-dire des évolutions salariales positives en faveur des minorités et des femmes et au détriment des hommes blancs.

La question de l'efficacité des politiques de discrimination positive est beaucoup plus délicate (HOLZER, NEUMARK, 2000). L'analyse théorique semble défier toute généralisation et doit chaque fois articuler modèle théorique de fonctionnement du marché du travail et modes d'intervention spécifiques, pour établir des conclusions très variables, ce qui permet aux contempteurs comme à ceux qui appellent l'«affirmative action» de leurs vœux d'y trouver leur compte (COATES, LOURY, 1993). Lorsque la discrimination repose sur les préférences des agents,

l'action positive est généralement peu efficace, notamment lorsqu'elle s'exerce *via* la pratique des quotas (WELSH, 1976). En revanche une discrimination statistique laisse plus ouvertes les voies d'une possible complémentarité entre efficacité et équité, si l'on tient compte de l'incitation à investir dans le capital humain des groupes protégés. Mais ces améliorations peuvent aller de pair ou non avec une meilleure affectation des individus aux emplois ou non. L'affirmative action peut ne pas être neutre sur le processus d'appariement car elle peut modifier la structure d'information dont se sert l'employeur pour affecter les individus aux emplois.

L'analyse empirique s'est penchée sur la question de la rentabilité des firmes et de l'efficacité des personnes embauchées dans le cadre des dispositifs.

Les travaux menés sur les fonctions de production d'entreprises pratiquant l'action positive n'ont pas décelé d'effet négatif sur la productivité des salariés mais une hausse des coûts du travail (LEONARD, 1984; GRIFFIN, 1992).

Les travaux plus récents estiment les performances des travailleurs recrutés ou non dans le cadre de l'action positive directement à partir de données d'entreprises dans lesquelles les salariés sont évalués par leur hiérarchie (HOLTZER, NEUMARK, 2000; HARISH, SLOANE, HORWITZ 2003). En dépit du peu d'études et de la diversité des méthodologies utilisées, un certain nombre de résultats semble émerger. Pour les femmes blanches, on n'observe pas de tendance significative à un niveau de qualification ou de performance plus faible dans les établissements concernés par les dispositifs, notamment à salaire donné. Pour les groupes ethniques minoritaires, si des niveaux inférieurs de qualification sont parfois détectés, les données s'avèrent beaucoup plus ambiguës sur la question d'une infériorité de performance. L'effet de l'action positive dépend de la façon dont elle est pratiquée. L'effet éventuellement négatif sur la performance tend à être compensé par des procédures plus sélectives de recrutement et par des dispositifs de formation supplémentaires.

*

* *

La mise en perspective de la discrimination à travers deux disciplines, le droit et l'économie, révèle donc des différences et des complémentarités. De fait, la discrimination pour le juriste n'est pas toujours totalement identifiable à celle révélée par l'économiste et les analyses du phénomène comme les moyens utilisés pour les combattre peuvent ne pas totalement converger.

Encore ne faut-il pas exagérer par trop les différences. Un accord semble exister pour ne pas imputer à une seule cause les effets d'un phénomène particulièrement complexe. La distinction juridique discrimination directe/discrimination indirecte n'est

pas sans rappeler l'opposition entre discrimination par goût et discrimination statistique. Les critères de légitimité avancés par les juristes ne sont pas systématiquement déconnectés de la position d'efficacité défendue généralement par les économistes. Illégitimité et inefficacité font ainsi bon ménage dans le cadre de la discrimination intentionnelle.

Les positions s'éloignent d'avantage à l'occasion de la prise en compte de la discrimination statistique. Dans ce cadre, une rationalité économique très prégnante n'implique pas pour les juristes la justification et la légitimation de cette pratique discriminatoire. L'accent mis sur un comportement discriminatoire non forcément irrationnel conduit à se poser la question de l'efficacité d'une politique de lutte contre la discrimination dans l'accès au marché du travail lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'une politique de lutte en faveur de l'intégration sociale et professionnelle des personnes exclues (DE SCHUTTER, *op. cit.*). La distinction prédiscrimination, discrimination de marché, proposée par les économistes prend ici un sens, car elle pose le problème de l'amont et de l'aval du marché de travail et indirectement de la répartition de la charge du coût d'intégration des groupes défavorisés.

Pour les questions de politique proprement dit, les deux approches sont susceptibles d'enrichir le champ de la recherche de la lutte contre les discriminations.

La volonté des juristes de renforcer l'efficacité des normes mises en place pour éradiquer les inégalités injustifiables se heurte au problème de la preuve de l'acte discriminatoire souvent dissimulée dans sa dimension individuelle et révélée par sa mesure collective. Les limites des diverses méthodes utilisées par l'économiste pour mesurer le phénomène permettent de mieux comprendre les difficultés opératoires de la preuve auxquelles se heurte le droit, l'évolution des stratégies suivies, mais elles soulignent en même temps le grand intérêt de l'utilisation des outils statistiques dans les procédures.

La confrontation du droit et de l'économie permet aussi d'améliorer les processus d'évaluation des situations et de mesurer l'efficacité réelle des dispositifs de lutte contre les phénomènes discriminatoires. Car les politiques menées comportent éventuellement aussi des coûts et des risques tant pour les bénéficiaires que pour l'intérêt général, risque dont il convient de tenir compte pour obtenir un bilan raisonné des divers dispositifs.

Au-delà de cette première approche pouvant être qualifiée de globale, d'autres recherches croisées pourraient se révéler fructueuses dans des domaines spécifiques où la problématique des discriminations se révèle particulièrement complexe à appréhender comme par exemple le cas de la discrimination basée sur le sexe, le handicap ou les choix syndicaux des salariés.

Bibliographie

- AIGNER D., CAIN C. (1977) «Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets», *Industrial and Labor Relations Review*, n°30.
- ALTONJI J.G., BLANK R.M. (1999), «Race and gender in the labor market», *Handbook of Labor Economics*, Vol 3C.
- AUBERT-MONPEYSSEN Th. (2005), «Principe “À travail égal, salaire égal” et politiques de gestion des rémunérations», *Droit social*.
- BARTH, DALE, OLSEN (1999), «Monopsonic Discrimination and the Gender Wage Gap», *NBER, Working Paper*, N° W7197.
- BECKER G. (1971), «The Economics of Discrimination», 2^e édition, University of Chicago Press, Chicago.
- BELORGEY J.M. (2002), «De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations – Essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé», *Droit social*.
- BERTHOU K. (2001), «La CJCE et l'égalité de traitement, Quelles orientations ? », *Droit et société*.
- BIDDLE J.F., HAMERMESH D. (1998) «Beauty, Productivity and Discrimination: Lawyers Looks and Lucre», *Journal of Labor Economics*, vol. 16.
- BLACKABY D.H., CLACK K., LESLIE D.G., MURPHY P.D., (1994), «Black – white male earnings and employment prospects in the 1970s and 1980s: Evidence for Britain», *Economics Letters*, n° 46.
- BLINDER A.S. (1973), «Wage Discrimination: Reduced Form and Structural Estimates», *Journal of Human Resources*, vol. 8.
- BORILLO D. (2002), «Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination», *RFAIS*, n° 1.
- COATES S., LOURY G. (1993), «Will affirmative Action Policies Eliminate Negative Stereotype Types», *American Economic Review*, n° 83.
- COMMISSION EUROPÉENNE (1999), *L'emploi en Europe*.
- COTTEREAU V. (1998), «La preuve en droit du travail», *Semaine sociale*, D-49.
- DARITY, W.A., MASON, P.L. (1998), «Evidence on Discrimination in Employment: Codes of Color, Codes of Gender», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, n° 2.
- DE SCHUTER O. (2001), «Discrimination et marché du travail: Liberté et égalité dans les rapports d'emploi», coll. *Travail & Société*, n° 28.
- EWALD F. (1985), «Le droit du travail, une légalité sans droit», *Droit et société*, n° 3.
- FOURNIER I., SILBERMAN R. (1999), «Les enfants d'immigrés sur le marché du travail. Les mécanismes d'une discrimination sélective», *Formation emploi*, n° 65, n° 79.
- FURCHTGOTT-ROCH D. (1999), «Comparable worth in theory and practice», *Document de travail*.
- GOLDEN C., ROUSSE, C. (1997), *Orchestrating Impartiality. The Impact of blind auditions on Female Musiciens*, unpublished manuscript, Harvard University.
- GRIFFIN P. (1992), «The impact of affirmative action on labor demand: A test of some implications of the Le chate-lier Principle», *Review of Economic Statistics*, n° 2.
- HARISH, C. SLOANE, P., HORWITZ (2003), *Employement Equity and affirmative action: An international comparison*, ARMONK, N.Y.
- HECKMAN J. (1998), «Detecting discrimination», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, n° 2.
- HELLERSTEIN J., NEUMARK D., TROSKE K.R. (1999), «Wages, productivity and worker characteristics: Evidence from Plant-Level production functions and wage equations», *Journal of Labor Economics*, vol. 13, n° 3.
- HENRY M. (2001), «Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations», *Droit ouvrier*.
- HODGES, AEBERHARD J. (1999), «L'action positive en faveur de l'emploi: la jurisprudence récente face à une notion complexe», *Revue internationale du travail*, vol. 138.
- HOLZER H., NEUMARK D. (2000), «Assessing affirmative action», *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVIII.
- HUGUES H. (1998), «Equal pay for work of equal value- Moving toward, or away from, wage justice for women? », Issue analysis.
- JEAMMAUD A. (2004), «Du principe d'égalité de traitement des salaires», *Droit social*.
- KHAN L.M., (1991), «Customer discrimination and affirmative action», *Economic Inquiry*, vol. 24, n° 4.
- KILLINGSWORTH M.R. (1990), *The Economics of comparable worth*, W. E Upjohn institute for employment research.
- LANQUETIN M.-T. (1998), «Discrimination à raison du sexe, commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997», *Droit social*.
- LANQUETIN M.-T. (2000), «Un tournant en matière de preuve des discriminations», *Droit social*.
- LANQUETIN M.-T. (2001), «Le Principe de non-discrimination», *Droit ouvrier*.
- LANQUETIN M.-T. (2002), «L'égalité entre hommes et femmes dans le régime spécial de retraite des fonctionnaires», *Droit social*, n° 2.

- LEMIÈRE S. (2001), *La discrimination salariale entre hommes et femmes : une analyse à partir des modes de détermination des rémunérations par les entreprises*, Thèse Université Paris.
- LEONARD J.S. (1884), «Anti-Discrimination or Reverse Discrimination : The Impact of Changing Demographics, Title VII and Affirmative Action on Productivity», *Journal of Human resources*, vol. 19.
- LOCHAK D. (1987), «Réflexions sur la notion de discriminations», *Droit social*.
- MAJNONI D'INTIGNANO B. (1999), «Égalité entre femmes et hommes : aspects économiques», *Conseil d'analyse économique*.
- MOREAU M.-A. (2002), «Les justifications des discriminations», *Droit social*.
- OAXACA R. (1973), «Male-Female wage differentials in urban labor markets», *International Economic Review*, vol. 14, n° 3.
- PIORE M. (1983), «Labor Market Segmentation: to what Paradigm does it belong?», *American Economic Review*, Papers and proceedings, May.
- RIACH P.B., RICH J. (1991), «Measuring Discrimination By Direct Experimental Methods : Seeking Gunsmoke», *Journal of PostKeynesian Economics*, vol. 14, n° 2.
- SORENSEN E. (1994), *Comparable Worth. Is it a worthy policy*, Princeton university Press.
- TAQUET F. (2002), «La loi relative à la lutte contre les discriminations; L. 2001-1066 du 16 novembre 2002», *JCP*.