

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

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

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

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

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

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

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

Conclusions du voyage d'étude

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

- D'une part, le dispositif d'action anti-discriminatoire a été rationalisé depuis les années soixante, grâce à un système de veille appelé « monitoring » permettant de collecter des informations sur la composition de la main-d'œuvre des entreprises et d'analyser l'évolution de celle-ci dans le temps. Ce monitoring permet d'identifier les déséquilibres dans la représentation des employés susceptibles d'être le produit de discriminations et de mesurer l'impact des efforts des employeurs pour remédier au défaut de « diversité » qui en résulterait.
- D'autre part, la lutte contre les discriminations ne peut être efficace que si elle définit un équilibre entre la répression et la prévention à caractère incitatif. Le recours aux mesures négociées ou à la médiation, mode de résolution principal des litiges privilégié depuis les années quatre-vingt-dix, ne s'est fait qu'après un traitement judiciaire intensif dans les années soixante-dix, notamment grâce aux procès en *class-action* (qui permettent aux individus relevant de la même situation légale de former collectivement un recours en justice).
- Enfin, au vu des inégalités persistantes qui touchent certaines communautés aux États-Unis – la communauté noire, en particulier – une évidence s'impose : la lutte contre les discriminations dans l'emploi ne peut constituer, à elle seule, un instrument suffisant pour promouvoir l'équité sociale. Cette lutte doit s'inscrire dans un ensemble de politiques d'accompagnement en matière territoriale, de logement et d'éducation. Celles-ci sont les outils indispensables contribuant à désamorcer les discriminations structurelles qui interviennent en amont de l'emploi.

Objectif du rapport « *Egalité de traitement dans l'emploi : les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine* »

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

- Comment sortir des politiques isolées et donner une plus grande cohérence à la lutte contre les discriminations ?
- Quelle inspiration tirer du modèle américain et du monitoring systématique des entreprises par l'EEOC qui est, dans une certaine mesure et pour ce qui concerne l'emploi, l'équivalent américain de la HALDE ?

- Quels types d'enquêtes visant à mesurer les discriminations au sein de l'entreprise est-il aujourd'hui possible de réaliser en France ? Quelles données peut-on recueillir dans les limites définies par la CNIL ?

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

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

- une description synthétique du dispositif anti-discriminatoire américain, souvent mal connu voire caricaturé en France (1) ;
- une analyse des politiques mises en place aux États-Unis dans la perspective d'une éventuelle transposition de certains de leurs éléments dans le cadre français, complétée par des pistes de réflexion et d'action pour l'ensemble des intéressés (2).

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

Le rapport « *Egalité de traitement dans l'emploi : les enseignements de l'expérience américaine dans la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine* » a été rédigé par Sarah Benichou avec la collaboration de Ioanna Kohler et Daniel Sabbagh.

La version complète du rapport est téléchargeable sur <http://www.frenchamerican.org/cms/rapport-egalite-emploi>.

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

Synthèse du rapport

I. Le dispositif anti-discriminatoire américain

Aux États-Unis, le dispositif anti-discriminatoire permet d'appréhender l'impact collectif des discriminations : il dépasse le cadre de la seule discrimination intentionnelle et prend acte du caractère structurel et/ou institutionnel du phénomène discriminatoire.

Les données sur la composition de la main-d'œuvre des entreprises se situent au centre du dispositif. Elles sont collectées dans le formulaire EEO-1 administré par l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), l'agence fédérale pour l'égalité des chances dans l'emploi, créée en 1964. Le formulaire EEO-1, que les entreprises de plus de 50 salariés sous contrat avec l'administration fédérale et les entreprises de plus de 100 salariés doivent remplir tous les ans, n'implique pas la mise en place de quotas ni la fixation d'un objectif de représentation proportionnelle.

Dans le formulaire, l'employeur indique de façon anonyme la répartition des salariés au sein de neuf catégories professionnelles, croisée avec la distinction entre hommes et femmes, et au sein de cinq catégories ethno-raciales préétablies. Ces catégories reprennent, en les simplifiant, celles du recensement. Depuis 2003, l'auto-déclaration par les employés est en vigueur.

Les données issues du formulaire EEO-1 permettent un système de veille, ou « monitoring », consistant à observer et à analyser le fonctionnement de l'ensemble des processus de sélection (embauche, déroulement de carrière, accès à la formation, etc.). Elles sont utilisées dans le champ de la prévention, de la correction et de la sanction. Elles permettent aux employeurs publics comme privés de s'auto-évaluer en diagnostiquant des sous-représentations éventuelles et en mesurant l'efficacité des efforts entrepris. Elles constituent également des preuves objectives reçues par le juge dans le cadre d'une plainte pour discrimination individuelle directe ou pour discrimination indirecte. Les données sont généralement recoupées avec celles relatives à la composition de la population active qualifiée du même bassin d'emploi. D'autres méthodes novatrices n'impliquent pas de développer des statistiques au niveau du recensement.

Le dispositif anti-discriminatoire américain comprend un volet pro-actif important : parallèlement au respect de la législation anti-discriminatoire, des directives sont émises par les agences fédérales telles que les « *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures* », qui indiquent aux employeurs comment modifier leurs procédures de sélection pour éviter toute discrimination. Par ailleurs, l'EEOC dispense des programmes de formation (payants) pour sensibiliser le personnel des entreprises, notamment le service des ressources humaines, à certains comportements discriminatoires inconscients. Le but est de limiter les biais nécessairement induits par la dimension subjective du processus de décision et de promouvoir la transparence, ou l'« objectivation » des procédures de recrutement.

Enfin, la subordination de l'octroi de marchés publics aux entreprises privées au respect par celles-ci de leurs

obligations en matière d'action anti-discriminatoire constitue un instrument original du dispositif américain. Les entreprises sous contrat fédéral dont la main-d'œuvre n'est pas suffisamment représentative de celle du bassin d'emploi correspondant doivent ainsi identifier les obstacles à l'égalité de traitement au sein de leurs établissements et mettre au point un programme d'*affirmative action* indiquant les actions mises en œuvre pour corriger les déséquilibres observés.

En matière de sanction des discriminations, le dispositif a évolué depuis les années soixante-dix : ainsi, l'EEOC, habilitée depuis 1972 à intenter des actions en justice, a initialement privilégié le traitement judiciaire des discriminations via des procès en *class-action* au retentissement médiatique important et impliquant des sanctions pécuniaires lourdes. Cette stratégie a permis l'établissement de précédents et l'information des acteurs sociaux sur la portée de la législation anti-discriminatoire. À partir de 1991, des dommages et intérêts punitifs (« *punitive damages* »), particulièrement dissuasifs, sont venus compléter la simple réparation du préjudice individuel.

Sous l'effet de la restriction de ses ressources dans les années quatre-vingt, l'agence a continué à concentrer ses efforts sur les affaires de discriminations collectives ou structurelles susceptibles d'avoir le maximum d'impact. Par ailleurs, sous l'effet d'une jurisprudence plus étoffée, et face au volume des réclamations accumulées, la conciliation et la médiation sont peu à peu devenues l'un des modes de traitement principaux des réclamations. Ces procédures volontaires informelles sont aujourd'hui systématiquement proposées aux protagonistes d'un litige. Impliquant les parties sous l'égide de l'EEOC, elles présentent l'avantage d'être rapides et comparativement peu coûteuses.

Par ailleurs, en sus de la réparation des préjudices subis et des éventuels dommages punitifs, des mesures correctives peuvent être prescrites dans l'accord négocié entre les parties, dans le cadre d'une médiation conduite par l'EEOC ou par le juge à l'issue d'un procès. Ces obligations positives, qui servent l'intérêt public, consistent généralement en un programme de sensibilisation et de formation des managers, ainsi qu'en une révision des procédures de sélection.

II. Quels enseignements pour la France ?

La loi du 27 mai 2008 ayant achevé de transposer les directives communautaires relatives à la discrimination, la France est désormais incitée à se doter des instruments lui permettant d'identifier, au-delà des cas individuels et intentionnels de discrimination, les discriminations collectives et structurelles. Dans cette perspective, la disponibilité de statistiques contribuant à renseigner l'ensemble des acteurs sur les phénomènes discriminatoires paraît indispensable pour assurer l'effectivité du droit. Dans le secteur de l'emploi, ces données pourraient être collectées par le biais d'un monitoring des organisations publiques et privées. Elles permettraient aux acteurs concernés d'adapter leur stratégie en fonction des diagnostics effectués, de mieux repérer les discriminations structurelles et de concentrer leurs

efforts sur les organisations et les secteurs d'activité les plus problématiques. Ces données faciliteraient également l'évaluation des résultats des actions volontaires mises en avant par les entreprises les plus mobilisées sur cette question.

Dans la mesure où les statistiques « ethno-raciales » restent interdites en France, il serait nécessaire d'élaborer des catégories de substitution permettant ce monitoring. Aujourd'hui, un consensus relatif pourrait être établi autour du recueil des données objectives que sont le lieu de naissance et la nationalité des personnes interrogées, ainsi que la nationalité d'origine et le lieu de naissance de leurs parents. Ceci exigerait l'élaboration et la mise en œuvre d'un formulaire-type de monitoring par les autorités compétentes. En sus de cette nouvelle nomenclature, la pratique du *testing* devrait être encouragée, en s'inspirant le cas échéant de la méthodologie des travaux américains les plus rigoureux.

La dimension proactive de la promotion de l'égalité de traitement gagnerait également à être renforcée : il importe de sensibiliser les services de ressources humaines à la complexité du phénomène discriminatoire afin de limiter l'impact des stéréotypes dans la chaîne de décision. À l'instar de ce que prévoient les guides de l'EEOC, une norme de formation de qualité, adaptée aux différents secteurs d'activité, pourrait être mise au point. Ces formations permettraient de remettre en question certaines pratiques de recrutement (diffusion informelle des offres d'emploi, bouche à oreille) et de s'interroger quant au caractère véritablement objectif et méritocratique des critères d'attribution d'un poste, d'une formation ou d'une promotion. Pour contrecarrer les éventuels biais inconscients qui interviennent dans la prise de décision, il serait par ailleurs judicieux de rendre invisible aux recruteurs l'identité d'un candidat. La disposition relative au *Curriculum Vitae* (CV) anonyme prévue à l'art. 24 de la loi du 31 mars 2006, constitue une réponse en ce sens.

En matière de sécurité routière, l'expérience française de la multiplication des contrôles combinée à la systématisation des sanctions semble démontrer que les réglementations sont d'autant plus efficaces que leur application est contrôlée – c'est-à-dire que la probabilité pour les contrevenants d'être identifiés et sanctionnés est

grande. L'exemple américain montre que les étapes de judiciarisation et de négociation sont intervenues à des moments précis dans la chronologie anti-discrimatoire. Il semble difficile de modifier l'ordre de ces étapes dans l'élaboration d'une stratégie efficace. Une phase initiale de traitement judiciaire paraît indispensable : en effet, le caractère très récent des derniers développements de la législation française et le faible volume des affaires traitées à ce jour plaident pour le choix du recours à la voie formelle du procès à des fins de légitimation et de diffusion de la norme anti-discrimatoire.

Par ailleurs, pour que la judiciarisation enclenche une dynamique comparable à celle qui est observée aux États-Unis, il serait nécessaire de mettre en place des sanctions réellement dissuasives, qui fassent prendre la menace judiciaire au sérieux. Dans cette perspective, les procès en *class-action* et les sanctions pécuniaires punitives (bien plus importantes que ce qu'elles sont actuellement) pourraient constituer des pistes à explorer.

Conclusion

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

A propos de la French-American Foundation

La French-American Foundation vise à promouvoir un dialogue actif entre la France et les États-Unis. Elle met en relation des acteurs-clé des deux pays – responsables politiques, experts de la recherche universitaire, professionnels leaders dans leur spécialité – engagés sur des questions d'intérêt commun. Elle encourage l'échange d'expertise et de bonnes pratiques par l'organisation de conférences, de voyages d'étude et de publications. Créée en 1976, la French-American Foundation est établie à New York et à Paris. C'est une institution non-partisane à but non-lucratif.

Le programme « Égalité des chances dans l'éducation et l'emploi : Perspectives françaises et américaines », développé par la French-American Foundation à New York, porte sur l'échange de bonnes pratiques en matière de politiques antidiscriminatoires et de stratégies d'intégration.

Contacts à la French-American Foundation:

Antoine Treuille, Président

French-American Foundation – New York
atreuille@frenchamerican.org, +1 (212) 829-8800/poste 10

Ioanna Kohler, Directrice des Programmes de Politique Sociale

French-American Foundation – New York
ikohler@frenchamerican.org,
+1 (212) 829-8800/poste 15 / +1 (917) 822-0206

French-American Foundation — © mars 2009