



**HAL**  
open science

## La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ?

Marie Mercat-Bruns

### ► To cite this version:

Marie Mercat-Bruns. La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique ?. *Jurisprudence. revue critique*, 2011, Le genre, une question de droit, 2, pp.97-107. hal-00744212

**HAL Id: hal-00744212**

**<https://hal.science/hal-00744212>**

Submitted on 30 Sep 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Jurisprudence

## *Revue critique*

2011

Bruno AMBROISE Daniel BORRILLO Philippe BRUN Jean-Gabriel CONTAMIN  
Vincent FORRAY Francesco GAMBINO Alexandre GUIGUE Janet HALLEY  
Liora ISRAËL Dominique LAGORGETTE Nathalie LE BOUTEILLEC  
Catherine LE MAGUERESSE Karine LEMPEN Danièle LOCHAK  
Julie MAZALEIGUE-LABASTE Marie MERCAT-BRUNS Éric MILLARD Malha NAAB  
Gilda NICOLAU Marc PICHARD Geneviève PIGNARRE Sébastien PIMONT  
Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ Sacha RAOULT Anne REVILLARD  
Frédéric ROUVIÈRE Guillaume ROYER Nathalie RUBEL Mahendra P. SINGH  
Jeannie SUK Pierre-Yves VERKINDT Philippe WAQUET Mikhaïl XIFARAS

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

Pascal ANCEL (Professeur à l'Université Jean Monnet, Saint-Étienne), André-Jean ARNAUD (directeur de recherche émérite du CNRS, Codirecteur du Réseau Européen Droit et Société, Fondation Maison des Sciences de l'Homme de Paris, titulaire de la chaire Unitwin à l'Unesco), Christian ATIAS (Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Boulton Senior Fellow, McGill University), Jean BEAUCHARD†, Jean-Guy BELLEY (Professeur à l'Université McGill, titulaire de la chaire Sir William C. Macdonald, Québec – Canada), Michel BOUDOT (Maître de conférences à l'Université de Poitiers), Philippe BRUN (Professeur à l'Université de Savoie, directeur du CDPPOC), Guy CANIVET (membre du Conseil constitutionnel), Jean-Luc CHABOT (Professeur à l'Université Pierre Mendès France, Grenoble), Geneviève GONDOUIN (Professeur des universités, premier conseiller à la Cour administrative d'appel de Lyon), Riccardo GUASTINI (Professeur à l'Université de Gênes, Italie), Christophe JAMIN (directeur de l'École de Droit de Sciences Po), Antoine JEAMMAUD (Professeur émérite de l'Université Louis Lumière, Lyon II), Philippe JESTAZ (Professeur émérite de l'Université de Paris-Val-de-Marne - ParisXII), Alexis KELLER (Professeur ordinaire à l'Université de Genève, Suisse), Thierry KIRAT (directeur de recherche au C.N.R.S., Institut de Recherche Interdisciplinaire en Sciences Sociales, Université Paris Dauphine), Mitchel LASSER (Jack G. Clarke Professor of Law, Cornell Law School, USA), Mireille LEHOT (juge, TGI Châlon-sur-Saône), Javier LETE (Professeur à l'Université Saint Jacques de Compostelle, Espagne), Claudia LIMA MARQUES (professeure à l'Université de Porto Alegre, Brésil), Éric MILLARD (Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense), Gilda NICOLAU (Professeur à l'Université Panthéon Sorbonne, Paris I, directrice du L.A.J.P.), Gilbert ORSONI (Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III), Éric SAVAUX (Professeur à l'Université de Poitiers, directeur de l'équipe de recherche en droit privé), Évelyne SERVERIN (directrice de recherche au CNRS), Michel VAN DE KERCHOVE (Professeur émérite des Facultés Universitaires Saint Louis à Bruxelles, Belgique), Pierre-Yves VERKINDT (Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne), Benedict WINIGER (professeur ordinaire à l'Université de Genève, Suisse), Mikhaïl XIFARAS (professeur des universités à l'I.E.P. de Paris).

## COORDINATION / DIRECTION

Vincent FORRAY (Université de Savoie), Alexandre GUIGUE (Université de Savoie), Geneviève PIGNARRE (Université de Savoie), Sébastien PIMONT (Université de Savoie)

## RÉDACTION / SÉMINAIRES

Vincent FORRAY (Université de Savoie), Alexandre GUIGUE (Université de Savoie), Marie MERCAT-BRUNS (CNAM), Malha NAAB (Université Lille 2), Gilda NICOLAU (Université Paris I), Geneviève PIGNARRE (Université de Savoie), Sébastien PIMONT (Université de Savoie), Pierre-Yves VERKINDT (École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon Sorbonne)

## ÉDITION

Université de Savoie

© Université de Savoie – BP 1104 – F – 73011 Chambéry cedex  
jurisprudence.revuecritique@gmail.com

## Directeur de la publication

Gilbert ANGENIEUX

## Responsables de la Rédaction

Vincent FORRAY – Sébastien PIMONT

## DIFFUSION

Lextenso Éditions

## RÉALISATION

Catherine BRUN

ISBN : 978-2-915797-97-8

ISSN : 2106-8976

Les opinions émises dans cette revue n'engagent que leurs auteurs

# SOMMAIRE

|   |    |
|---|----|
| <b>LE GENRE, UNE QUESTION DE DROIT</b> .....  | 7  |
| <b>ACTES DU COLLOQUE DU 24 JUIN 2010</b> .....  | 11 |
| <i>Présentation</i>   |    |
| Sébastien PIMONT .....  | 13 |
| <i>Avant-propos</i>   |    |
| Mikhaïl XIFARAS.....  | 15 |
| <i>Gender studies, une appropriation encore timide dans le droit français</i>   |    |
| Malha NAAB .....  | 21 |
| <i>Genre du Droit / genres de Droits</i>  |    |
| Gilda NICOLAU.....  | 27 |
| <i>Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques</i>   |    |
| Danièle LOCHAK .....  | 43 |
| <i>Le juge et le genre</i>  |    |
| Éric MILLARD.....   | 59 |
| <i>Quelques questions à poser avant de répondre à la question. Genre et droit, combien de divisions?</i>                |    |
| Liora ISRAËL.....   | 63 |
| <i>Le contentieux et le « genre »</i>   |    |
| Philippe WAQUET .....   | 71 |
| <i>Le droit pénal s'invite à la maison</i>  |    |
| Jeannie SUK.....  | 75 |
| <i>La doctrine américaine sur les discriminations et le genre : dialogue entre la critique du droit et la pratique?</i> |    |
| Marie MERCAT-BRUNS.....   | 97 |

|  |            |
|--|------------|
| <i>Le genre critique: comment (ne pas) genrer le droit?</i><br>Janet HALLEY .....  | 109        |
| <i>Genre et droit de la responsabilité civile</i><br>Philippe BRUN.....  | 133        |
| <i>Le discours des juristes mis en question par le genre: l'exemple du consentement</i><br>Vincent FORRAY.....   | 137        |
| <i>À qui la faute? La femme révoltée, monstre pour le droit et le bon père de famille</i><br>Dominique LAGORGETTE .....  | 143        |
| <i>De la nécessaire critique féministe du droit</i><br>Catherine LE MAGUERESSE.....  | 157        |
| <b>ACTES DES SÉMINAIRES « REGARDS CROISÉS SUR LE DROIT ET LE GENRE :<br/>(DÉ)CONSTRUCTION ET MOBILISATION DE LA NORME JURIDIQUE » .....</b>  | <b>167</b> |
| <i>Regards croisés sur le droit et le genre: (Dé)construction et mobilisation de la norme juridique</i><br>Malha NAAB & Pierre-Yves VERKINDT .....   | 169        |
| <i>De la place des femmes au sein du syndicalisme français à une négociation collective à travers le prisme du genre</i><br>Malha NAAB .....   | 173        |
| <i>Le droit conjugué au féminin</i><br>Geneviève PIGNARRE .....  | 179        |
| <i>Les deux "impensés" de la relation entre droit et inégalités hommes-femmes:<br/>l'exemple de la loi sur la "parité" dans les conseils d'administration</i><br>Jean-Gabriel CONTAMIN .....       | 203        |
| <i>Protection humiliante ou source de droits? Prestation compensatoire, pensions alimentaires et luttes féministes</i><br>Anne REVILLARD .....   | 217        |
| <i>Étudier et comparer la quête d'égalité des femmes pour comprendre les trajectoires des États providence</i><br>Nathalie LE BOUTEILLEC.....  | 231        |
| <i>Viols et genres. Fonctions du droit et des procédures judiciaires dans la construction et la déconstruction<br/>des paradigmes de l'épistémologie du genre</i><br>Julie MAZALEIGUE-LABASTE..... | 235        |

|   |     |
|---|-----|
| <i>Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en France et en Suisse :<br/>définitions controversées et devoirs des responsables d'entreprise</i><br>Karine LEMPEN .....                | 253 |
| <i>Le sexe et le droit : De la logique binaire des genres et la matrice hétérosexuelle de la loi</i><br>Daniel BORRILLO .....   | 263 |
| <i>Les observateurs, les acteurs et le sexe du sujet de droit</i><br>Marc PICHARD .....   | 275 |
| <i>Désexuation de l'état civil, laïcisation du droit sexuel</i><br>Nathalie RUBEL.....  | 281 |
| <i>La force du droit a-t-elle un sexe ? La contribution du droit à la domination masculine selon Pierre Bourdieu</i><br>Bruno AMBROISE.....   | 287 |
| <b>VARIA</b> .....  | 293 |
| <i>Changement de circonstances, bonne foi et modification du rapport obligatoire :<br/>éléments de comparaison entre le droit italien et le droit français</i><br>Francesco GAMBINO ..... | 295 |
| <i>Étiologie d'une dépossession. L'histoire pénale comme perte progressive de contrôle</i><br>Sacha RAOULT.....   | 317 |
| <i>Les règles de la méthode sociologique d'Émile Durkheim : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique</i><br>Frédéric ROUVIÈRE .....   | 325 |
| <i>Pour une économie du droit sans rigueur - L'analyse économique du droit et Jean Carbonnier</i><br>Guillaume ROYER.....   | 337 |
| <i>Les Droits de l'Homme dans la tradition indienne : un modèle alternatif</i><br>Mahendra P. SINGH .....   | 349 |



## LA DOCTRINE AMÉRICAINE SUR LES DISCRIMINATIONS ET LE GENRE : DIALOGUE ENTRE LA CRITIQUE DU DROIT ET LA PRATIQUE ?

MARIE MERCAT-BRUNS\*

Nul n'ignore l'influence des *gender studies* dans la réflexion doctrinale américaine<sup>1</sup>, un phénomène similaire existe dans d'autres pays d'ailleurs<sup>2</sup>. L'intérêt de cette pensée sur le genre, souvent rappelé, touche à la fois à l'extraordinaire richesse des analyses qui déconstruisent l'ensemble du corpus juridique dans son appréhension binaire et figée du sexe mais aussi de la sexualité comme référence identitaire. On connaît un peu moins l'impact très dense de ces analyses doctrinales sur l'application, l'interprétation et l'évolution concrète des normes visées. Ce propos

cherche à montrer que l'analyse féministe critique a permis, notamment en droit de la discrimination professionnelle d'enrichir, de manière pragmatique, les argumentations juridiques des juges, du législateur et des avocats dans leur pratique du droit. À travers trois exemples, il est possible d'illustrer le rôle créatif de la doctrine féministe américaine pour cultiver le débat dans l'analyse du droit positif<sup>3</sup>. L'analyse critique fait éclater la perception traditionnelle d'une césure forte entre la théorie et la pratique qui ignore la possibilité d'un fructueux dialogue entre pensée critique et qualification juridique. Un premier exemple concerne la portée et les limites d'un dialogue entre la réflexion critique et la mise à nu des stéréotypes sur le genre dans le contentieux des discriminations ; le deuxième exemple a trait à la résistance patronale face à l'analyse systémique des discriminations fondées sur le sexe en termes de salaire et de promotion ; le troisième exemple porte sur les discussions croisées entre le législateur et certains auteurs de la pensée

\* Conservatoire National des Arts et métiers, Chaire de droit social, Laboratoire LISE CNRS.

1 V. entre autres, les manuels de droit consacrés au domaine : L. ADLER, L. CROOMS, J. GREENBERG, M. MINOW, D. ROBERTS, *Women and the law*, Foundation Press 4th Ed. 2008 et W. ESKRIDGE, N. HUNTER, *Sexuality, gender and the law*, Foundation Press, 2nd Ed. 2004.

2 Certaines universités anglosaxonnes participent directement à la réflexion critique inspirée du mouvement Critical Legal Studies américain : Birkbeck College London, Université de Melbourne, University de Kent, Université de Keele, Université de Glasgow, l'Université de East London. Il existe bien sûr une grande tradition de critique du droit en Belgique également ; V. aussi la revue britannique *Law and Critique* et la revue australienne *Feminist Journal* entre autres.

3 Même si la démarche en droit comparé recèle en elle-même une approche critique subversive, V. H. Muir WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, R.I.D.C., n°3, 2000, p. 503.



féministe critique dans la construction d'une conception radicalement nouvelle de la discrimination appliquée au handicap et plus largement des modes de conciliation entre la vie personnelle et la vie professionnelle.

### I. Construction du genre, les stéréotypes fondés sur le sexe et la preuve des discriminations professionnelles : portée et limites

...Mais c'était l'homme qui, d'après le Juge Gesell, avait expliqué à Anne Hopkins les raisons pour lesquelles le comité de sélection avait décidé de ne plus proposer sa candidature comme associé, qui lui a donné le coup de grâce : pour améliorer ses chances de devenir associée, Thomas Beyer conseillait à Hopkins de « marcher de manière plus féminine, de s'exprimer de manière plus féminine, de s'habiller de manière plus féminine, de mettre du maquillage, de prêter attention à sa coiffure et de mettre des bijoux. Dr. Susan Fiske, une socio-psychologue et professeur associé de psychologie à l'Université Carnegie Mellon a témoigné au procès que le processus de sélection à Price-Waterhouse était probablement influencé par des stéréotypes fondés sur le sexe...

Dans un cours de droit de la discrimination dans l'emploi aux États-Unis, il est courant d'évoquer la célèbre affaire : *Price Waterhouse v. Hopkins*<sup>4</sup>. Il s'agissait d'une salariée cadre dans la société d'audit Price Waterhouse qui avait intenté une action dénonçant une discrimination fondée sur le sexe à la suite d'un rejet de sa candidature pour une promotion en tant qu'associée. On lui reprochait non pas un manque de compétence professionnelle mais davantage son comportement « agressif », presque macho et son apparence peu féminine. La question posée était de savoir dans quelle mesure ces commentaires des membres du comité de sélection et d'autres collègues du cabinet étaient fondés sur des stéréotypes sexistes et pouvaient avoir eu une influence sur la décision finale de refus de promotion. La discussion tournait à la fois sur la reconnaissance judiciaire de l'incidence des stéréotypes auxquels adhéraient l'employeur et le

lien de causalité entre l'existence de stéréotypes et la prise de décision finale écartant Hopkins : les stéréotypes constituaient-ils la raison déterminante et, de ce fait, discriminatoire qui expliquait la décision finale ?

Sans revenir sur le fond de l'affaire, cet arrêt illustre comment, lors d'un procès aux États-Unis, les juges peuvent incorporer des données tirées des sciences sociales pour identifier et caractériser l'élément éventuellement déterminant d'une motivation discriminatoire. Cet arrêt, qui a fait couler beaucoup d'encre, a permis d'ouvrir un débat plus large sur la construction sociale du genre et la preuve, par analogie, de la discrimination professionnelle fondée sur le sexe à l'encontre des transsexuels ou celle fondée sur des stéréotypes : un enjeu capital dans un pays où la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au niveau fédéral n'est pas interdite<sup>5</sup>. En revanche, certains critiques estiment que cette traque des préjugés discriminatoires prend des allures de contrôle social<sup>6</sup>. On assiste ainsi à des regards critiques croisés sur la jurisprudence relative aux discriminations et sa construction, influencée par les sciences sociales lors du processus de qualification juridique.

#### 1. Construction sociale du genre, preuve des discriminations et réception par les juges : quelle portée ?

Ce n'est pas son sexe biologique que l'on reprochait à Anne Hopkins mais la manière dont son allure et ses attitudes ne correspondaient pas au modèle implicite des femmes que l'employeur cherchait à promouvoir dans le

5 En revanche, il existe une interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle au niveau de certains États fédérés : V. la lutte pour l'adoption de la proposition de loi fédérale américaine *Employment Non Discrimination Act (ENDA)* introduite en vain chaque année depuis 1994. La dernière tentative à la Chambre des Représentants date du 6 avril 2011, le projet de loi du 112<sup>e</sup> Congrès (2011-2012), H.R.1397 et au Sénat, S. 811 du 14 avril 2011 V. pour une vision critique de l'appréhension des droits des homosexuels sur le terrain constitutionnel, T. M. MASSARO, *Gay rights, thick and thin*, Stanford L. Rev. 1996, Vol. 49, p. 45

6 R. FORD, *Lutter contre les discriminations raciales : les vertus de la mesure statistique*, Thèmes et commentaires, La diversité raciale, dir. S. Robin-Olivier, F. Guionard Dalloz 2009, p. 77.

4 490 U.S. 228 (1989).

cabinet. Les juges ont été sensibles à l'ensemble de l'argumentation critique du demandeur : elle s'appuyait notamment sur le témoignage d'un expert en psychologie sociale qui exposait les effets de la construction sociale du genre sur les évaluations patronales des candidats par rapport aux exigences réelles du poste.

Un petit détour préalable en droit français permet d'illustrer que ces préjugés peuvent aussi ressortir dans les arrêts de la Cour de cassation. Un exemple porte sur le contrôle de l'égalité salariale entre hommes et femmes et l'appréciation incontournable de la valeur égale du travail entre les hommes et les femmes. Dans une espèce, la comparaison s'effectuait entre une salariée, cadre supérieur ayant des fonctions de support logistique de ressources humaines, par rapport aux autres directeurs de l'entreprise. Cette différence de responsabilités n'était pas considérée de valeur égale alors que la classification des métiers était comparable. La Cour de cassation distingue alors les fonctions de directeur « spécialisé » de celles de directeur non spécialisé (direction transversale comme les ressources humaines) : la cour d'appel relève que « *les autres salariés masculins exerçant une fonction de directeur spécialisé (directeur industrie, directeur études-projet, directeur commerce), au même niveau hiérarchique avec la même qualité de membre du comité de direction et la même classification, bénéficiaient de rémunérations sensiblement supérieures à l'intéressée et disposaient en outre d'un véhicule de fonction qu'elle n'avait pas, que la salariée présente ainsi des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination à son préjudice et que la société ne précise pas en quoi ses fonctions n'étaient pas comparables à celles des autres directeurs* »... « *attendu cependant que si l'employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, n'effectuent pas un travail de valeur égale des salariés qui exercent des fonctions différentes* »<sup>7</sup>. D'après la Haute

Cour, la différence de nature de fonctions (spécialisées vs. fonctions support) justifie l'absence de comparabilité du travail et ainsi la différence de rémunération entre la femme directrice et les hommes directeurs<sup>8</sup>. Les motifs invoqués par la Cour de Cassation n'expliquent pas l'absence d'équivalence des postes en dehors d'une valorisation implicite des fonctions spécialisées attribuées aux hommes.

Mais la Cour de cassation évolue dans son appréhension du travail à valeur égale en 2009 :

Tout employeur est tenu d'assurer pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe ; 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... qu'il appartenait donc à la cour d'appel d'exiger de l'employeur la preuve d'éléments de fait susceptibles de caractériser une telle inégalité de rémunération et de rechercher notamment si les tâches respectives des deux salariés ne pouvaient être considérées comme exigeant de leur part 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.<sup>9</sup>

Ces arrêts illustrent les difficultés de l'analyse de l'égalité par la comparabilité qui peut impliquer plusieurs risques ; elle induit en effet la recherche de critères de comparabilité en fonction d'une évaluation parfois subjective, outre la qualité du travail, de l'importance des fonctions : cette démarche peut véhiculer des préjugés des juges sur la valeur de certaines fonctions ou tâches dans le cadre de l'évaluation des tâches comparables ou à valeur égale ; elle peut

7 C. Cass. Soc. 26 juin 2008, 06-46204 : la Cour de cassation, sans justifier l'évaluation sexuée des fonctions, admet des différences de rémunération au détriment d'une salariée de même niveau et coefficient entre formateurs car ils n'avaient ni la même expérience professionnelle

ni le même niveau de formation et accomplissaient des tâches rémunérées de nature différente.

8 C. Cass. Soc. 26 juin 2008, 06-46204, précité.

9 C. Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juillet 2009 n° 07-42691.

participer, de ce fait, au cloisonnement culturel, social et hiérarchisé des postes par sexe.

Mais aux États-Unis, l'arrêt *Price Waterhouse* n'est pas isolé dans ses réflexions sur les contours du genre. Les analyses doctrinales américaines reviennent sur les limites du débat manichéen entre les tenants du caractère immuable et biologique de l'orientation sexuelle<sup>10</sup> et la vision de la construction sociale des catégories à partir de la référence au genre et à l'homosexualité. La prise de conscience judiciaire des stéréotypes a ouvert un champ de discussion plus large sur la distinction entre le sexe et le genre. En effet, si la discrimination était générée par un jugement sur le comportement peu féminin d'Anne Hopkins, cette perception normée du genre peut s'appliquer à un homme considéré « trop féminin »<sup>11</sup> ou un transgenre<sup>12</sup>. C'est la non-conformité à la norme sociale binaire (homme v. femme) par le décalage entre la conception du sexe biologique et le comportement qui y est associé, conforté par l'observation des sciences sociales, qui se traduit par la preuve de la discrimination sous forme de préjugés.

Pourtant il est possible de considérer autrement la portée de la loi interdisant les discriminations. Le piège du droit de la discrimination est de considérer implicitement la discrimination comme engendrée par une vision figée de la différence biologique des sexes que l'on ne retrouve pas toujours dans les caractéristiques des hommes ou des femmes faisant l'objet de discrimination. Parfois le fait de ne pas correspondre au comportement de son propre sexe, masculin ou féminin, entraîne en lui-même un risque de discrimination que la loi n'avait pas anticipé mais auquel elle a contribué : la loi s'attaque aux conséquences des différences de traitement

radicales entre hommes et femmes plutôt qu'aux comportements qui ne correspondent pas aux perceptions du genre au sein d'une même catégorie de personnes<sup>13</sup>.

Dans l'appréciation concrète des faits et de leur qualification, cette reconnaissance des stéréotypes a pu être utile, reprise ou rejetée, selon les cas, par les juges en procédant par analogie : tout stéréotype fondé sur le sexe est une discrimination fondée sur le sexe selon l'arrêt *Price Waterhouse*. S'agissant des discriminations professionnelles envers les homosexuels, les juridictions ont assez systématiquement rejeté l'idée d'inclure dans la conception du sexe, la discrimination en raison de l'orientation sexuelle en précisant que les amendements à la loi fédérale ont systématiquement rejeté une extension à ce critère<sup>14</sup>.

En revanche, le sens des arrêts sur la prise en compte des stéréotypes dans le cas du transsexualisme est beaucoup plus partagé : dans certaines décisions, c'est la même argumentation que pour l'orientation sexuelle autrement dit le renvoi à l'intention du législateur : le juge s'en tient à reconnaître uniquement le critère biologique du sexe<sup>15</sup>. Mais dans d'autres arrêts, les juridictions ont considéré que le fait de stéréotyper en fonction d'une certaine conception du sexe était constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe<sup>16</sup> ou constituer une discrimination car, sans la question du sexe, cette différence de traitement arbitraire n'aurait pas eu lieu<sup>17</sup>. Selon certains juges, « *le Titre VII (loi qui interdit les discriminations professionnelles fondées sur le sexe) protège contre la discrimination fondée sur le sexe et le genre, notamment le fait de ne pas « se conformer aux attentes sur le genre qui sont socialement construites »*<sup>18</sup>.

10 V. J. HALLEY, *Sexual orientation and the politics of biology: a critique of the argument from immutability*, *Stanford L. Rev.* fév. 1994, p. 504.

11 V. Mary Anne CASE, *Disaggregating gender from sex and sexual orientation: the effeminate man in the law and feminist jurisprudence*, *Yale L. J.*, Vol. 105, 1995, p. 1.

12 Le transgenre dans son sens courant apparu au Québec, décrit les personnes dont le genre – l'identité psychique et sociale reliée aux concepts d'homme et de femme – entre en conflit avec leur sexe biologique.

13 V. K. FRANKE, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: the Disaggregation of Sex from Gender*, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 144, 1995, p. 1.

14 *Hamm v. Weyauwega Milk Prod., Inc.*, 332 F.3d 1058 (7th Cir. 2003); *DeSantis v. Pacific Tel & Tel. Co.*, 608 F. 2d 327 (9th Cir. 1979).

15 *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081, 1083 (7th Cir. 1984).

16 *V. Schwenk v. Hartford*, 204 F. 3d. 1187, 1202 (9th Cir. 2000); *Rosa v. Park West Bank & Trust Co.*, 214 F.3d 213 (1st Cir. 2000).

17 Citant directement l'arrêt *Price Waterhouse v. Hopkins*; *Smith v. City of Salem* 378 F. 3d 566 (6th Cir. 2004); *Schroer v. Billington*, 424 F.Supp. 2d 203 (D.D.C. 2006).

18 *V. Schwenk, v. Hartford* arrêt précité.

Ce type de raisonnement qui dépasse le sexe pour considérer, de manière plus fonctionnelle, le genre et la finalité, la fonction de la règle interdisant la discrimination, ne semble pas encore très présent en droit interne français : un arrêt de la Cour de cassation reflète la stricte application du critère du sexe s'agissant du bénéfice d'un congé de paternité invoqué par la compagne homosexuelle d'une salariée pacsée qui avait accouché et que la Cour de cassation écarte d'emblée en 2010 sans autre discussion : « *Mais attendu qu'il résulte des articles L. 331-8 et D. 331-4 du code de la sécurité sociale, que le bénéfice du congé de paternité est ouvert, à raison de l'existence d'un lien de filiation juridique, au père de l'enfant; que ces textes excluent toute discrimination selon le sexe ou l'orientation sexuelle, et ne portent pas atteinte au droit à une vie familiale; et attendu que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel en a déduit que Mme X... ne pouvait pas prétendre au bénéfice du congé de paternité.* »<sup>19</sup> Sur la question de l'ouverture des droits sociaux aux couples homosexuels, la CJUE semble plus ouverte à la discussion relative à une conception de la discrimination qui se préoccupe des problématiques du genre<sup>20</sup>.

Après les préjugés exprimés et repérés dans l'arrêt *Price Waterhouse*, les juges américains ont été également alertés sur les sources de ces préjugés ou sur leur forme plus subtile, les préjugés inconscients ou implicites qui pouvaient aussi sous-tendre une décision discriminatoire. Les experts en psychologie sociale et en gestion ont élaboré des tests afin d'identifier la présence de ces préjugés inconscients lorsqu'un sujet est invité à associer des images de personnes

de différentes catégories protégées avec des qualificatifs positifs ou négatifs notamment le test « Implicit Association Test » (*IAT*) : la rapidité de leur association reflète leur inclination à un préjugé favorable ou défavorable<sup>21</sup>. Certains auteurs de la doctrine juridique féministe ont étudié cette prise de conscience de ces préjugés afin de comprendre le peu d'intérêt de prouver l'intention discriminatoire<sup>22</sup> et permettre de questionner l'utilité d'une pénalisation du droit des discriminations en France se fondant forcément sur l'existence d'un élément intentionnel<sup>23</sup>. Il existe donc une dimension cognitive forte dans l'acte discriminatoire, relevée par les sciences sociales et la doctrine juridique, que les juges ne négligent plus désormais même si cela n'exonère pas l'auteur de sa faute.

Récemment, cette prise en compte judiciaire des stéréotypes conscients et inconscients a permis de déceler les pratiques discriminatoires, en matière de salaire, de grande ampleur de la part de cadres d'une grande entreprise américaine envers les femmes salariées qui ont intenté une *class action Duke v. Walmart*<sup>24</sup>. L'affaire a été portée, devant la Cour Suprême, par Walmart qui vient d'obtenir gain de cause<sup>25</sup>. Or, au niveau de la Cour d'appel afin de montrer que la *classe* de demandeurs avait subi le même préjudice,

19 Soc.11 mars 2010 n°09-65853; V. en dehors du droit du travail, aussi la dernière question prioritaire de constitutionnalité qui déclare l'interdiction du mariage homosexuel conforme à la Constitution, Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 V. la décision sur internet: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>.

20 CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008 *Maruko* Aff. C-267/06 sur le droit à une pension de reversion au compagnon homosexuel d'un salarié décédé. Plus récemment et dans le même sens, CJUE 10 mai 2011, *Römer* Aff. C-147/08.

21 V. Il s'agit d'un test gratuit mis au point par des psychologues de Harvard Mahzarin Banaji et Anthony Greenwald: <http://implicit.harvard.edu>; V. ANTHONY G. GREENWALD et al., « Measuring individual differences in implicit cognition: the Implicit Association Test », *Journal of Personality and Social Psychology* 74, 1998, p. 1464 et s.

22 L. KRIEGER, *The Content of our categories: a cognitive bias approach to discrimination and equal employment opportunity*, 47 *Stan. L. Rev.* (1995), p. 1161.

23 V. notamment L. KRIEGER, *Un problème de catégories: stéréotypes et lutte contre les discriminations*, Étude pour la French American Foundation/Sciences Po avril 2008.

24 *Duke v. Walmart*, décision de la Cour d'appel fédérale *en banc* (9<sup>e</sup> Circuit), V. <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/04/26/04-16688.pdf>.

25 La Cour Suprême n'a pas voulu reconnaître que l'action collective menée remplissait les critères certifiant l'existence d'une *class action*, au nom d'un ensemble vaste de salariées de Wal Mart, dénonçant des pratiques discriminatoires, 20 juin 2011, V. <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-277.pdf>.

les juges ont admis que des entretiens entre psychologue et managers pouvaient contribuer à prouver que les évaluations professionnelles des caissières, donnant accès à des formations et éventuellement des promotions, étaient fortement stéréotypées<sup>26</sup>.

## 2. Limites : la « médicalisation » de la discrimination et le contrôle social des préjugés

Malgré l'intérêt d'une sensibilité des juges américains aux stéréotypes pour prouver l'étendue des discriminations, certains auteurs de la doctrine invitent à prendre garde face à une influence trop forte des théories de psychologie sociale dans la lutte contre les discriminations. Pour se faire, il s'appuie sur les dangers que pose toute tentative de « médicalisation », de maîtrise totale des sources de la discrimination car « débarrasser la société de ses préjugés inconscients est le travail des poètes, des écrivains et des artistes, non celui des juristes et des juges. »... « La recherche de préjugés implicites est une œuvre de police des consciences. »<sup>27</sup> L'employeur peut-il être guéri de cette « pathologie » ? D'autres études montrent, en sens inverse, que les préjugés implicites sont moins prévalents ou diminuent en intensité au contact de personnes issues de la diversité lorsqu'elles sont introduites à des postes de pouvoir<sup>28</sup>. Donc la prégnance des préjugés implicites serait, elle-même, variable, contextuelle et peut être modulée avec le temps, voir réduite grâce à l'introduction d'une diversité symbolique à tous les échelons du pouvoir.

D'après le Professeur Richard Ford, il convient d'adopter un autre positionnement au regard de ce suivi des préjugés. Le test *IAT* ne peut absolument pas prouver

qu'un individu a été l'auteur d'une discrimination ou le sera comme l'admettent volontiers ses auteurs. En effet, entre l'existence du préjugé et la prise de décision, l'individu peut exercer une autocensure. Il fait observer à propos des préjugés racistes mais l'exemple fait réfléchir aussi au sexisme : « la théorie des préjugés implicites renforce la croyance rassurante, mais incorrecte, selon laquelle les controverses sur le racisme sont fondamentalement des discussions au sujet d'un état d'esprit des personnes plutôt que des controverses idéologiques sur les exigences de justice sociale et les limites de l'intervention législative. »<sup>29</sup> Cette analyse rejoint une vision plus générale du droit de la discrimination par le mouvement américain *Critical Legal Studies*, comme un droit qui peut perpétuer la situation de victimes individuelles de discriminations sans s'attaquer aux modes de subordination plus profonds à l'œuvre, qui se nouent entre employeurs et salariés de minorités visibles<sup>30</sup>. Ainsi ont été présentés deux exemples d'approches critiques du droit de la discrimination et des limites de ce droit face à l'appréhension judiciaire des préjugés, indices de discrimination éventuelle.

Cette même observation de la forte portée prescriptive du droit de la discrimination se retrouve dans l'analyse du harcèlement sexuel aux États-Unis. Il mérite attention étant donné que la loi de lutte contre les discriminations professionnelles en 2008 a intégré le harcèlement sexuel ou harcèlement discriminatoire quel que soit le critère dans la définition même de la discrimination afin de se mettre en conformité avec le droit européen<sup>31</sup>. Le harcèlement sexuel pose la question à la fois de la qualification plus étendue du harcèlement<sup>32</sup> et de son influence sur les rapports entre

26 M. MERCAT-BRUNS, *Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques*, Revue OFCE juillet 2010, p. 185.

27 V.R. FORD, *op. cit.*, p. 77.

28 F. DOBBIN, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton University Press, 2009, p. 102 ; ce sociologue évalue ces politiques avec leurs forces et leurs faiblesses. V. aussi, pour une vision proche du mouvement d'économistes (Behavioral Economics), C. JOLLS, *Antidiscrimination Law's Effects on Implicit Bias*, *Behavioral Economics of Employment Discrimination*, Mitu Gulati and Michael Yelnosky, eds., Kluwer Academic Publishers, 2006.

29 V.R. FORD, *op. cit.*, p. 77.

30 K. CRENSHAW, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. Law Rev., 101 (1988), p. 1331.

31 Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations qui a modifié : l'article 1132-1 du Code du travail

32 En dehors des actes à connotation sexuelle, le harcèlement se caractérise de plus en plus par l'environnement hostile qu'il crée ; v. la directive 2000/78 sur le cadre d'application des discriminations et l'article L 1132-1 du Code du travail.



hommes et femmes ou salariés de même sexe dans l'emploi. Or une partie de la doctrine féministe qui déplore le harcèlement sexuel comme une autre manifestation de la domination des hommes sur les femmes<sup>33</sup>, a vu naître un autre point de vue : celui de ceux qui, tout en soutenant la nécessité de règles qui interdisent le harcèlement hétérosexuel ou homosexuel, voient, dans les normes véhiculées, une forme de contrainte sociale inhibant, en amont, toute manifestation « à connotation sexuelle » de l'individu<sup>34</sup> dans l'entreprise, de peur d'être victime ou, au contraire, de transgresser la loi ; on aboutit à une forme d'autocensure des individus au travail alors que persiste le standard présenté comme objectif de l'homme ou de la femme « raisonnable »<sup>35</sup> ; un mode de contrôle social niant à la fois l'intérêt des féministes et des militants homosexuels<sup>36</sup> ; le risque que pose cette culpabilité potentielle des individus a été évoqué par certains juges mais surtout pour éviter que la qualification de harcèlement impose un « code générale de civilité » qui aurait des difficultés à s'appliquer dans certains contextes précis<sup>37</sup>.

En somme, personne ne peut être en faveur des discriminations et du harcèlement dans l'emploi. Le regard

critique des juges américains dans l'application des normes glane ici et là certaines leçons utiles, tirées des sciences sociales. En même temps, ne doit-on pas, de temps à autre questionner la possible rigidité d'une taxonomie légale ou judiciaire des comportements ou des préjugés, de nature sexuelle ou pas, qui nie, en pratique, la complexité de l'interaction humaine ? Autrement dit, admettre aussi la persistance des préjugés, malgré la loi, et l'existence de certains jeux de séduction dans l'entreprise comme expression d'une autonomie identitaire de chacun, peut donner un espace supplémentaire de discussion sur le droit de la discrimination : cela peut être une norme qui « transforme »<sup>38</sup> les rapports de travail, pas toujours dans le sens initialement prévu ; prendre acte des limites de la norme interdisant les discriminations et le harcèlement visant l'individu peut aussi lui insuffler un rôle de catalyseur afin de permettre au juge d'identifier les discriminations plus graves, de nature systémique<sup>39</sup>, à l'œuvre dans l'entreprise.

## II. Les moyens de défense de l'employeur et la discrimination fondée sur le sexe : vers une analyse judiciaire systémique des causes de la discrimination ?

Une fois que le demandeur, dans un procès relatif à une discrimination invoque une différence de traitement, il appartient au défendeur, le plus souvent l'employeur,<sup>40</sup> de produire (aux États-Unis) ou de prouver (en France) que

33 V. les travaux de C. McKinnon retracés dans l'ouvrage global sur la question : R. SIEGEL, C. MACKINNON, *Directions in sexual harassment law*, Yale University Press 2003, p. 8.

34 D. KENNEDY, *Sexy dressing*, etc. Harvard University Press, 1993 p. 209.

35 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc*, et Al-523 U.S. 75 : « Un comportement qui n'est pas intense et assez prégnant pour créer un environnement abusif ou hostile – un environnement qu'une personne raisonnable trouverait hostile ou abusive – dépasse la portée du Titre VII », V. *Harris c/ v. Forklift Systems, Inc.*, 510 U.S., at 21, citant l'arrêt *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U. S. at 67.

36 J. HALLEY, in R. Siegal, C. McKinnon, *Direction in Sexual Harassment Law*, Yale Univ. Press 2004 p. 183.

37 *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc*, et Al-523 U.S. 75. « And there is another requirement that prevents Title VII from expanding into a general civility code. As we emphasized in *Meritor and Harris*, the statute does not reach genuine but innocuous differences in the ways men and women routinely interact with members of the same sex and of the opposite sex. » Le juge fait notamment référence aux vestiaires d'équipes de sport où l'interaction entre les hommes ne pourrait, d'après lui, pas faire l'objet d'un contrôle de même nature.

38 V. notamment R. POST, *Prejudicial Appearances, The logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, 2001, p. 40.

39 Les discriminations systémiques peuvent se définir dans l'emploi, comme « une situation d'inégalité cumulative et dynamique résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres du groupe » protégé par la loi », V. M-T. CHICHA-PONTBRIAND, *Discrimination systémique-Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Commission des droits de la Personne du Québec, 1989, Ed. Yvon Blais, p. 85.

40 Ce peut être le syndicat qui est poursuivi comme employeur par exemple, V. aux États-Unis, ce qu'autorise le Titre VII de la loi sur les droits civiques de 1964.

sa décision a été prise pour une raison (objective en France) étrangère à toute discrimination<sup>41</sup>.

Le professeur Vicki Schultz est revenue sur l'étendue des arguments patronaux justifiant des discriminations à l'encontre des femmes au recrutement et à l'occasion de promotions à certains postes<sup>42</sup>. En effet, dans l'arrêt *EEOC v. Sears Roebuck*, les juges avaient considéré, en première instance, que le cloisonnement du marché du travail, qui se traduit par certains postes mieux payés réservés aux hommes et d'autres moins bien payés, réservés aux femmes, était lié au choix fait par les femmes par rapport à la sphère privée. Même en présence de statistiques qui montraient clairement un plus faible taux de recrutement et de promotion des femmes, les juges avaient retenu l'argument selon lequel les femmes n'étaient pas « intéressées » par les postes de vente rémunérés à la commission : les femmes et leur empathie naturelle n'étaient pas, par exemple, faites pour l'esprit compétitif nécessaire à la vente et l'entreprise en avait tout simplement pris acte. Vicki Schultz poursuit en montrant, qu'outre cette position conservatrice qualifiant ce qui est un travail féminin et ce qui est masculin, l'argumentation plus progressiste des femmes, victimes des discriminations, n'était pas forcément plus efficace pour montrer les discriminations systémiques à l'œuvre. En s'attachant aux stéréotypes sur les femmes que la loi condamne et le droit de certaines femmes à intégrer exceptionnellement des milieux du travail à forte présence masculine, la position plus progressiste semble toujours soutenir l'idée que la majorité des femmes, en dehors de la sphère du travail, ne choisit pas ces métiers masculins.

V. Schultz montre que l'argumentation du demandeur pourrait partir d'un postulat moins centré sur l'indi-

vidu : ce serait moins un choix privé des femmes et davantage l'employeur qui met en place, de manière structurelle, des mécanismes qui excluent les femmes de certains métiers plus masculins mais plus rémunérateurs. Les juges ne prennent pas toujours en compte deux aspects institutionnels de l'organisation du travail qui favorisent, au contraire, l'absence de choix professionnel des femmes, au cours de leur carrière. La première est de mettre en place des systèmes de primes et de mobilité moins intéressants pour les postes occupés par les femmes en majorité ; cela peut générer effectivement chez elles, un manque d'émulation et de combativité pour évoluer sans que ce choix provienne de leur vie privée. En outre, l'employeur peut laisser perdurer un environnement hostile aux femmes dans certains métiers masculins. Comme l'acquisition de certaines compétences et d'un savoir faire repose sur des formations avec leurs collègues masculins, il suffit à l'employeur de ne pas combattre des formes plus subtiles de harcèlement qui dissuadent les femmes à intégrer ou à demeurer dans certains corps de métiers.

Ce commentaire de la doctrine américaine illustre l'apport possible de la critique qui part du contentieux pour dévoiler les failles, non pas de la loi, mais des arguments développés par les parties dans l'arène judiciaire. Même les juristes progressistes qui défendaient l'égalité et la non-discrimination dans cette affaire ne puisaient pas forcément leurs conclusions dans les manifestations de la discrimination systémique à l'œuvre. Dans ce cas, le contentieux n'est qu'un exemple de la difficulté d'identifier en profondeur les inégalités entre hommes et femmes ayant une dimension structurelle, voir entre individus d'un même sexe ayant des intérêts de nature différente. Certains arrêts montrent une segmentation équivalente du marché de l'emploi en France<sup>43</sup> mais la jurisprudence française a encore des difficultés à identifier les discriminations quand elles sont subtiles<sup>44</sup>. En

41 Une différence encore avec le droit américain qui admet une raison légitime non discriminatoire « *a legitimate non discriminatory reason* » sans forcément préciser qu'elle doit être objective ou subjective ; le souci d'objectivité est-il réaliste ?

42 V.V. Schultz, Telling stories about women and work, Judicial interpretations about sex segregation in the workplace in Title VII cases raising the lack of interest argument, Harvard L. Review 1990, Vol. 103, p. 1750

43 Soc 12 fév. 1997, USAI Champignons c/Mmes Douarre et Daudel, Bull V n° 58, Dr. Soc. 1997, p. 526.

44 V. Lucie CLUZEL, M. MERCAT-BRUNS, *Discriminations dans l'emploi, Analyse comparative de la jurisprudence du Conseil d'État et*

effet, une fois les allégations de différences de traitement fondées sur le sexe avérées, c'est souvent tout simplement l'absence de motivation objective de l'employeur qui permet d'obtenir gain de cause ; ce n'est pas un débat sur la qualité de la défense requise de la part de l'employeur en termes de justifications objectives (individuelles ou structurelles) de la différence de traitement. Le jour où les employeurs auront compris comment préparer systématiquement leur défense par une approche individuelle ou collective plus construite, les juges français et européens dans leur ensemble devraient être prêts à se pencher sur les véritables rouages, parfois inégalitaires, derrière les mécanismes de sélection apparemment neutres dans l'entreprise : usage des systèmes de classification, du temps partiel ou de l'ordre des licenciements.

En France, le silence qui entoure la faible reconnaissance judiciaire des discriminations indirectes est révélateur de la difficulté d'intégrer une pensée critique plus systémique des discriminations. Si l'on regarde les derniers arrêts qui concernent la discrimination indirecte appliquée à l'âge, on constate que le droit de la discrimination suscite encore et toujours une recherche de la corrélation étroite entre l'existence d'un critère apparemment neutre d'une pratique et l'effet du critère sur la population concernée. Mais l'évaluation plus fine de la proportion de personnes désavantagées par une pratique n'est pas entreprise. Pourtant la logique de la discrimination est bien de mesurer l'effet proportionnel de la règle<sup>45</sup> mais la conception de la discrimination, influencée notamment par la tradition de l'égalité civile et républicaine en France, demeure profondément marquée par l'approche individuelle de ces ques-

tions et non collective, notamment par groupe<sup>46</sup>. C'est peut-être mieux ainsi mais encore faut-il qu'une amorce de discussion s'engage.

Le regard critique américain invite également le législateur à envisager la difficulté de concilier les intérêts de différents individus ou groupes dans l'emploi, associés à des caractéristiques protégées : les femmes, les personnes handicapées, les travailleurs âgés...

### III. La loi, l'emploi et la prise en compte d'une construction de la différence au-delà des critères dits « interdits » ?

Cette réflexion s'achève sur un dernier exemple à travers lequel les auteurs de la doctrine américaine, par leurs critiques, proposent de nouvelles façons d'appréhender les discriminations professionnelles dans la loi. L'influence des auteurs de doctrine sur le législateur est assez courante en France<sup>47</sup>. L'originalité dans la démarche américaine est la forte innovation dont certains auteurs ont fait preuve pour faire évoluer le concept même de discrimination grâce à la pensée critique.

La Dean de Harvard Martha Minow, entre autres, a montré les limites des normes sur l'égalité et la non-discrimination qui, d'un côté, ignore les différences à travers l'égalité de traitement, formelle, et qui ne permet pas ainsi de compenser les inégalités de fait et d'un autre côté, les normes qui prennent en compte les différences, par l'*affirmative action* aux États-Unis ou le droit social en France, et qui perpétuent les inégalités en stigmatisant la vulnérabilité, la faiblesse des personnes aidées<sup>48</sup>. Ce « dilemme de la différence » l'incite à chercher à savoir comment la

de la Cour de cassation, étude proposée à la Halde, La Documentation Française, 2011.

45 V. les deux derniers arrêts sur l'âge : Soc. 30 avril 2009 n° 07-43945 : il s'agissait de déterminer si le plafonnement des indemnités de licenciement à 12 ans d'ancienneté avait un effet discriminatoire sur les salariés âgés et la Cour retient que cela peut affecter les salariés plus jeunes (ayant de l'ancienneté) sans se poser la question de la proportion des salariés désavantagés selon les tranches d'âge et v. Soc. 19 oct. 2010 n° 08-45254 ; V. aussi plus largement M. MERCAT-BRUNS, *Retour sur la discrimination fondée sur l'âge*, Revue de droit du travail octobre 2010, p. 587.

46 V. M. MERCAT-BRUNS, *Âge et discrimination indirecte : une jurisprudence en gestation*, RDT juillet 2011, à paraître.

47 V. C. JAMIN, P. JESTAZ, *La doctrine*, 2004, Dalloz, p. 10.

48 V. l'ensemble de la démonstration de l'ouvrage M. MINOW, *Making the Difference, Inclusion, Exclusion and American Law*, Cornell University Press, 1990. V. aussi les réflexions sur les analyses de M. Minow : M. MERCAT-BRUNS, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain* LGDJ 2001



différence, se construit et elle propose de réfléchir aux normes prenant en compte la relation qui fait la différence en s'éloignant de l'idée que la différence est exclusivement imputable à la personne. Par exemple, cette conception de la différence est à l'origine du concept d'aménagement raisonnable selon lequel l'employeur n'est pas seulement tenu de ne pas traiter différemment une personne handicapée dans l'emploi mais la non-discrimination implique au-delà une obligation de faire, de trouver des aménagements pour elle<sup>49</sup>. Cette loi de 1990 qui a inspiré le droit européen<sup>50</sup> et donc le droit français, est plutôt subversive dans la mesure où la question n'est plus : quel est l'acte discriminatoire, mais plutôt en quoi la situation contractuelle, la relation de travail génère-t-elle l'exclusion de la personne handicapée<sup>51</sup>. Cette perspective qui part d'une critique de la construction de l'opposition entre les « victimes » des discriminations et leurs « bourreaux » s'inscrit dans la volonté de penser autrement la différence<sup>52</sup>. Certains lui reprochent son caractère individuel<sup>53</sup>.

Cette analyse qui part du cadre dans lequel émerge une différence dans le milieu du travail a fait naître d'autres réflexions plus larges sur l'adaptation du monde du travail

à différents intérêts de groupes qui peuvent s'entrecroiser. Le Président Obama a soutenu une réflexion plus globale de ces mêmes chercheurs<sup>54</sup> sur l'idée de « workplace flexibility »<sup>55</sup>, la manière de concevoir un environnement de travail suffisamment souple pour prendre en compte en amont, en même temps, les intérêts des parents avec enfants en bas âge, les travailleurs âgés, les personnes handicapées, les personnes ayant certaines convictions religieuses... Quels sont les intérêts communs, les tensions, les facteurs d'intégration à envisager pour réussir à concilier les préoccupations de chacun ? On se souvient de la réflexion brillante sur l'*intersectionnalité* du Professeur de droit Kimberley Crenshaw qui a inspiré l'ensemble des sciences sociales<sup>56</sup> où elle dénonce le revers de ces catégorisations des personnes lorsqu'elles cumulent plusieurs différences<sup>57</sup>.

L'intérêt sans doute ici est, en premier lieu, de découvrir une démarche de politique législative par le biais d'un « brainstorming » théorique qui part d'une réflexion critique sur les limites du droit de l'emploi et des discriminations. En deuxième lieu, la notion classique de discrimination liée à une caractéristique physique immuable laisse place à une discussion plus pragmatique sur les causes et les conséquences de toutes sortes de discriminations liées notamment à des libertés (religion, vie privée) afin de réfléchir autrement à la conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle, sans cloisonnement selon les disciplines

49 V. aux États-Unis la loi Americans with Disabilities Act (1990) Pub.L. 101-336, 104 Stat. 327, enacted July 26, 1990, codified at 42 U.S.C. § 12101, modifié par les amendements de 2008 (Public Law 110-325) et la loi française n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

50 Directive 2000/78 relatif à un cadre général de discrimination dans l'emploi.

51 Ce n'est pas tout à fait vrai, à mon sens, en droit français qui évoque, encore dans la loi, un droit à compensation (cela suggère implicitement une aspiration à rendre la personne handicapée comme les autres (compenser un manque), que la personne handicapée est bénéficiaire de mesures pour compenser sa différence (qui lui serait imputable?) plutôt que de s'attacher aux ajustements de chaque partie, employeur ou salarié pour améliorer la relation de travail dans un but commun de sécuriser l'emploi et la performance.

52 Cette pensée est extrêmement féconde pour ceux qui prônent une approche fonctionnelle des discriminations, V. notamment M. MERCAT-BRUNS, *Vieillesse et droit à la lumière du droit français et du droit américain*, LGDJ, 2001.

53 Ainsi, Vicki Schulz lors du colloque du 24 juin 2010.

54 Notamment les travaux de C. FELDBLUM. V. le prolongement de cette réflexion dans « Rectifying the tilt: equality lessons from religion, disability, sexual orientation, and transgender », *Maine L. Rev.* 2000, vol. 54, p. 159.

55 <http://www.whitehouse.gov/blog/2010/04/01/a-conversation-workplace-flexibility>.

56 Le terme d'*intersectionnalité* vient de Kimberley CRENSHAW, *Mapping the margins: intersectionality, identity politics and violence against women of color*, *Stanford Law Review* 1991, vol. 43, p. 1241 notion reprise par les sociologues, V. *Race, Class and Gender: An Anthology*, ISBN 0-534-52879-1, co-édité par Patricia Hill Collins and Margaret Andersen, 1992.

57 K. CRENSHAW, *Mapping the margins: intersectionality, identity politics and violence against women of color*, 43 *Stanford Law Review* 1991, p. 1241, précité.

du droit (un des freins dans la doctrine française), dans un continuum d'analyses qui intègrent l'éducation, l'emploi et la formation<sup>58</sup>; certes, aux États-Unis, cela remplace sans doute un débat plus approfondi sur la protection sociale américaine qui est difficilement mis à l'ordre du jour. C'est dans ce sens, qu'en Europe et au niveau international, le débat sur l'articulation entre la construction du droit de la discrimination et l'évolution de l'État providence mérite, dans cette même perspective, d'être davantage approfondi et élargi<sup>59</sup>.

### Conclusion

Le fait que les professeurs de droit américains, entre autres, qui contribuent à façonner la doctrine, ont également été quasiment toujours d'anciens praticiens du droit (avocats ou clerks auprès des juges) explique sans doute une certaine politique des vases communicants entre la réflexion théorique et la pratique judiciaire ou la politique législative aux États-Unis. La nature même du droit américain à forte teneur jurisprudentielle, constamment nourri par l'argumentation factuelle, explique également que la théorie elle-même s'ancre dans une observation simultanée de la pratique du droit et de l'évolution des sciences sociales<sup>60</sup>. Toutes ces constatations expliquent peut-être cette perméa-

bilité des frontières entre théorie juridique et pratique mais force est de constater que l'intérêt de ce dialogue réside autant dans ses résultats concrets que dans cet espace de discussion supplémentaire qui est créé pour interroger sans cesse les normes et leur mise en œuvre au regard de l'évolution de la société. Comme nous l'avons déjà mentionné, une dynamique semblable, entre théorie et pratique, semble désormais être possible sous l'impulsion des jurisprudences européennes qui suscitent des discussions incontournables lors de leur réception en droit interne<sup>61</sup>.

58 V. les travaux de S. STURM notamment *The Architecture of Inclusion: Advancing Workplace Equity in Higher Education*, Harv. J. L. and Gender, vol. 29, 2006, p.247.

59 V. J-P. LHERNOULD, «La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale? RJS 2010 p.507; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Seuil 2010; M-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation: confrontations et mutations* Dalloz, 2006; Il arrive tout de même que certaines dites « protections » du salarié peuvent augmenter le risque de discrimination, comme la maternité, et peuvent être conciliées de manière efficace avec le droit de la discrimination: V. M. MERCAT-BRUNS, *La portée de l'interdiction de licenciement au moment du congé maternité*, Revue Droit du Travail, janv. 2011, p.31.

60 V. l'arrêt emblématique *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) et la célèbre note de bas de page 11 de l'arrêt qui renvoie aux sciences sociales pour expliquer l'inégalité dans les résultats à cause de la ségrégation scolaire (renverser la logique du « *separate but equal*, autrement dit « séparé mais égal ») et v. M. MERCAT-BRUNS, *Sciences*

*sociales et discrimination dans l'emploi: leçons de l'expérience américaine*, Revue des Affaires européennes 2010 n°2, p.185-202.

61 S. ROBIN-OLIVIER, *Politique sociale de l'Union*, RTDE juil-sept. 2010, p.673.

