

Égalité salariale, discriminations individuelles et systémiques

Un éclairage de la jurisprudence américaine

Marie Mercat-Bruns

CNAM et Sciences Po

Les États-Unis et l'Europe interdisent les discriminations salariales et soutiennent l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Quels que soient les mécanismes juridiques mobilisés dans les pays, il est difficile de mesurer l'étendue des discriminations salariales qui s'étalent sur la carrière professionnelle et qui peuvent provenir de différentes sources. Aux États-Unis, deux décisions récentes (Ledbetter contre Goodyear et Duke contre Wal-Mart) mettent en lumière les enjeux d'un débat économique, social et juridique. Partant d'une question de genre, ces arrêts illustrent les défis récurrents que posent la dimension temporelle des écarts salariaux entre hommes et femmes, construits au cours de la vie professionnelle, et l'imbrication des discriminations individuelles et systémiques qui les engendrent. Quels sont les moyens nécessaires pour déceler et prouver ces discriminations individuelles ou structurelles ? Quels sont les outils de détection de la discrimination tirés des sciences sociales et mobilisés aux États-Unis ? Comment les juges apprécient-ils la discrimination salariale et son incidence sur toute la carrière dans un contexte où la class action est autorisée ? À l'inverse, la grille d'analyse des discriminations salariales permet-elle de mieux comprendre les logiques de discrimination aujourd'hui à l'œuvre ? L'objectif de cet article est de présenter les moyens et les clés d'analyse dont disposent les juges américains pour mettre en perspective la situation en France et plus largement en Europe.

Mots clé : Égalité Salariale. Discrimination salariale. *Class action*. Discrimination systémique. Discrimination individuelle. Preuve de la discrimination. Préjugés discriminatoires. Droit comparé.

marie.mercatbruns@sciences-po.org

« Même si Lily Ledbetter a donné son nom à cette loi, Lily sait que son histoire ne concerne pas qu'elle. C'est l'histoire de femmes partout dans ce pays qui gagne 78 cents quand chaque homme gagne un dollar – les femmes noires en gagnent encore moins – ce qui veut dire qu'aujourd'hui, en cette année 2009, de nombreuses femmes perdent des milliers de dollars en salaire, revenu et retraite au cours de leur vie. L'égalité salariale n'est absolument pas une question qui concerne que les femmes mais une question familiale. C'est l'histoire de parents qui se retrouvent avec moins d'argent pour l'éducation et la garde des enfants ; des couples qui ont moins de revenus à la retraite ; des foyers où l'un des membres du couple gagne moins que ce qu'elle mérite et ne permettra pas au foyer d'obtenir un emprunt, payer certaines factures....Personne ne peut se permettre de perdre une partie de ses revenus en raison d'une simple discrimination... »¹.

Les États-Unis, comme l'Europe, ont construit un dispositif légal afin de promouvoir l'égalité salariale et lutter contre les discriminations entre hommes et femmes. Les règles qui encadrent l'égalité de traitement sont semblables. Elles sont fondées initialement sur les mêmes affirmations : la discrimination comme entrave arbitraire au fonctionnement du marché de l'emploi (Becker, 1957) ; et plus tard, la reconnaissance d'un principe de non discrimination, droit substantiel et fondamental². En Europe et aux États-Unis, un même standard d'appréciation de l'égalité a été déduit selon la formule : « à travail égal ou à valeur égale, salaire égal »³. L'habillage juridique peut différer un peu⁴ : existent le principe de l'égalité de traitement salarial⁵ et les conséquences salariales de la discrimination professionnelle fondée sur le sexe⁶. La Cour de cassation doit souvent se prononcer pour clarifier les deux régimes⁷ ou parfois les obscurcit. En outre, la Cour suprême

1. V. Discours de Barak Obama au moment de la signature de sa première loi, depuis sa prise de fonctions comme président des États-Unis, la *Lily Ledbetter Fair Pay Restoration Act* le 29 janvier 2009 et qui concerne l'égalité salariale : retranscrit par le *Washington Post* : http://voices.washingtonpost.com/44/2009/01/29/obama_signs_lilly_ledbetter_ac.html.

2. Voir pour l'Europe : CJCE n° 136/95 Thibault, 30 avril 1998 : « l'attribution de tels droits, reconnus dans la directive, a pour but d'assurer la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne tant l'accès à l'emploi (article 3, paragraphe 1) que les conditions de travail (article 5, paragraphe 1). Dès lors, l'exercice des droits conférés aux femmes conformément à l'article 2, paragraphe 3, ne peut faire l'objet d'un traitement défavorable en ce qui concerne leur accès à l'emploi ainsi que leurs conditions de travail. Dans cette perspective, la directive vise à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle et l'égalité entre les femmes et les hommes est un principe fondamental du droit de l'Union européenne (voir la directive 2006/54 du 5 juillet 2006) et une valeur commune aux États membres (art. 2 TUE tel que modifié par le traité de Lisbonne).

3. Aux États-Unis, « Equal pay for equal work or work of equal value » : *Equal Pay Act* de 1963, Pub. L. No. 88-38, 77 Stat. 56 (codified as amended at 29 U.S.C. § 206(d)). Pour une comparaison du droit de l'égalité salariale aux États-Unis et en France voir Berton et Mercat-Bruns (2007).

4. Certains auteurs tiennent à distinguer clairement l'égalité de traitement de la non discrimination, voir Jemmaud (2004).

5. Voir en France, les articles : art. L 3221-2 et s. du Code du travail sur l'égalité de rémunération et art. L 1132-1 du Code du travail sur la non discrimination.

6. *Civil Rights Act* of 1964, Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241, enacted July 2, 1964 ; sur la discrimination fondée sur le sexe voir 477 U.S. 57, 63-64, modifié en 1991 : *Civil Rights Act of 1991*, Pub. L. 102-166.

7. Voir par exemple, Cass. soc. 9 déc. 2009 n° 07-44877.

française nous rappelle aussi que le refus d'une promotion en raison de la survenance d'un congé maternité constitue une discrimination⁸ qui entraîne des conséquences au niveau salarial. En droit américain, le droit de la discrimination du Titre VII couvre les discriminations salariales intentionnelles à la différence de la loi sur l'égalité salariale⁹. En droit européen, les termes d'égalité de traitement et de discrimination sont interchangeable comme le précisent les directives¹⁰. Bref, dans les deux systèmes juridiques, les mécanismes du droit de la non discrimination et de l'égalité salariale peuvent tous deux être mobilisés selon les circonstances qui font émerger des différences de traitement arbitraires en termes de rémunération. Le raisonnement similaire est toujours en deux temps : dans le cas de l'égalité salariale, le juge apprécie si le travail est égal, de valeur égale ou comparable, et si c'est le cas, il regarde ensuite s'il existe des justifications objectives de la différence de traitement directe ou indirecte ; dans le cas de la discrimination salariale, les juges relèvent une différence de traitement liée à une décision professionnelle, comme le refus de promotion ou une décision salariale fondée, par exemple, sur une mauvaise évaluation professionnelle, et détermine également si la différence de traitement est justifiée pour des raisons autres que la discrimination (Mercat-Bruns et Berton, 2006).

Quels que soient les mécanismes juridiques mobilisés, dans tous les pays, on s'accorde à dire qu'il n'est pas facile de mesurer, avec exactitude, l'étendue des discriminations salariales qui s'étalent tout au long de la carrière professionnelle et qui peuvent provenir de différentes sources¹¹. Un arrêt récent de la Cour de cassation relatif à l'invocation, par l'employeur, de l'absence d'égalité des armes dans le contentieux des discriminations, illustre le bras de fer qui se joue actuellement dans le monde professionnel sur ces questions¹².

Cet article privilégie l'éclairage du droit américain permettant de mettre en perspective les débats juridiques français et européens. En effet, dans un souci de

8. Cass. Soc. 16 déc. 2008 n° 06-45.262.

9. Voir *County of Washington v. Gunther*, 452 U.S. 161 (1981) ; voir aussi la compilation de jurisprudence sur la question d'égalité salariale, 62 ALR. Fed 33.

10. Voir la directive 2000/43 relative à la discrimination raciale qui énonce dans son article 2 : « aux fins de la présente directive, on entend par 'principe de l'égalité de traitement', l'absence de toute discrimination ». La jurisprudence est plus nuancée, voir les commentaires à ce propos de D. Martin (2008), p. 947 ; Voir la directive Refonte 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui évoque les deux et par exemple, CJCE 6 décembre 2007, aff.C-300/06, *Ursula Voß c/ Land de Berlin*.

11. Sans évoquer les discriminations passées dans le calcul des retraites des salariées prenant en compte, de manière défavorable, un congé maternité. Voir la décision récente et très critiquée de la Cour suprême des États-Unis *AT&T CORP. v. Hulteen et al.*, 18 mai 2009, n° 07-543, (<http://laws.findlaw.com/us/000/07-543.html>) concernant une salariée qui ne pouvait bénéficier du principe qui sous-tend la loi interdisant les discriminations en raison de la maternité, étant salariée une partie de sa carrière avant la promulgation de la loi. Voir aussi Mercat-Bruns (2009).

12. Cass soc. 28 janv. 2010 n° 08-41959 : l'employeur invoquait l'égalité des armes en contestant l'obligation de l'entreprise de produire des documents couvrant une période de plus de trente ans pour prouver l'absence de discriminations sur l'ensemble d'une carrière en comparant la situation du salarié à celle des autres salariés engagés à la même période. La Cour de cassation rejette le moyen du pourvoi « eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée, l'aménagement de la preuve (de la discrimination) ne viole pas le principe de l'égalité des armes ».

clarté, ce propos part d'une analyse de deux exemples de la jurisprudence américaine récente relative aux discriminations salariales, commentés par la doctrine. À travers ces arrêts, émergent les défis que posent les questions de discrimination salariale par rapport à d'autres formes de discrimination. Quels sont les moyens nécessaires pour déceler et prouver ces discriminations individuelles ou collectives ? Quels sont les outils de détection de la discrimination, tirés des sciences sociales, mobilisés aux États-Unis, ainsi que la nature de l'appréciation judiciaire de la discrimination salariale et son incidence sur toute la carrière ? À l'inverse, peut-on, chemin faisant, puiser dans la grille d'analyse des discriminations salariales pour mieux comprendre les logiques de discrimination aujourd'hui à l'œuvre ? Les arrêts commentés se rapportent à une décision de la Cour suprême américaine *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.* (2008) et une décision *Duke v. Wal-Mart Stores, Inc*¹³ (en cours), car ils sont emblématiques de certaines interrogations que suscite la lutte contre les discriminations salariales aujourd'hui dans tous les pays.

L'objectif de cet article est de présenter les moyens et les clés d'analyse dont disposent les juges américains pour comprendre deux aspects de la discrimination salariale : sa dimension temporelle et sa dimension systémique. Il convient ensuite d'en tirer certaines conclusions qui pourraient éclairer la situation en France et, plus largement, en Europe.

1. La dimension temporelle de la discrimination salariale

Dans cette première partie, l'arrêt de la Cour suprême *Ledbetter contre Goodyear* retient notre attention. Sa portée a été renversée par la loi *Ledbetter Fair Pay Restoration Act* de 2009, première loi promulguée par le Président Obama. Cette décision illustre certaines caractéristiques de la discrimination salariale et la délicate appréciation de sa dimension temporelle (Monopoli, 2008). En effet, le contrat de travail se caractérise par son exécution successive : le salarié effectue sa prestation de travail dans le temps moyennant une rétribution régulière qui peut varier, et c'est le continuum des décisions liées au versement du salaire que le droit a parfois des difficultés à saisir. De ce constat, découlent plusieurs observations tirées notamment de l'opinion dissidente de la juge Ginsburg dans l'arrêt *Ledbetter*. Nous nous interrogerons ensuite sur la perception de l'acte discriminatoire, construite sur une conception individualisée des décisions patronales alors que la dynamique de la gestion du personnel est plus complexe aujourd'hui.

13. *Ledbetter vs. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007) et l'affaire *Betty Dukes et al. vs. Wal-Mart Stores, Inc.*, No. C 01-02252 (1^{ère} instance fédérale) ; 9th Cir., 6 février 2007 (décision de la Cour d'appel fédérale) ; 9th Cir. 11 décembre 2007, rehearing en banc (revenant sur la reconnaissance de certification comme *Class action*; 9th Cir. 26 avril 2010 appel du rehearing en banc confirmant la décision de première instance. Un recours devant la Cour suprême a été formé.

1.1. La discrimination salariale : une construction dans le temps, difficile à saisir d'après la Juge Ginsburg de la Cour suprême

Pour illustrer comment peut se construire une discrimination salariale, l'histoire de Lily Ledbetter doit être préalablement racontée. Ensuite nous verrons comment elle a été appréciée différemment par les juges de la Cour suprême.

Lily Ledbetter était cadre dans une usine de Goodyear dans l'État de l'Alabama de 1979 à 1998 lorsqu'elle a pris sa retraite. Pendant la plus grande partie de sa carrière, elle était chef d'équipe, une fonction le plus souvent occupée par des hommes. Initialement, le salaire de Ledbetter correspondait à celui des hommes qui effectuaient sensiblement les mêmes tâches. Avec le temps, cependant, sa rémunération était inférieure à celle des managers masculins ayant la même ou moins d'ancienneté qu'elle. À la fin de 1997, Ledbetter était la seule femme qui travaillait comme manager local et l'écart salarial entre sa rémunération et celle de ses quinze collègues masculins était criante : Ledbetter était payée 3 727 dollars par mois et le chef de service masculin local le moins bien payé gagnait 4 286 dollars et le mieux payé gagnait 4 286 dollars. Ledbetter a donc introduit en mars 1998 un recours pour discrimination auprès du Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), l'équivalent de la HALDE. Le tribunal soutenu par le jury civil s'est prononcé en faveur de Ledbetter constatant une violation du Titre VII¹⁴. Goodyear ayant payé Ledbetter un salaire plus faible, c'était la preuve d'une discrimination en raison du sexe. La Cour d'appel et ensuite la Cour suprême ont renversé le jugement en soutenant que Ledbetter n'avait pas intenté son procès dans le délai prescrit de 180 jours à compter de l'acte discriminatoire initial, le versement du salaire plus faible, conduisant à une évolution salariale défavorable tout le long de sa carrière. Elle aurait dû contester après le versement de son premier salaire à la suite d'une mauvaise évaluation discriminatoire, étape préalable à l'augmentation au mérite. En désaccord avec l'opinion majoritaire de la Cour suprême, la juge Ginsburg a émis une opinion dissidente dont l'argumentation mérite attention car elle déroule certains enjeux essentiels dans la contestation d'une discrimination salariale¹⁵.

Une première observation de la Juge Ginsburg porte sur l'origine de la discrimination salariale entre hommes et femmes qui n'est pas facile ni à relever ni à isoler et elle plaide pour une vision judiciaire de la « réalité de l'entreprise ». En effet, à la différence des décisions discriminatoires au recrutement et au moment d'un licenciement qui sont visibles et tranchées¹⁶, la discrimination salariale intervient dans l'emploi, de manière insidieuse, et se construit dans le temps. Elle est intrinsèquement liée à l'évaluation professionnelle et l'accès à la promotion, et ressemble davantage à un processus discriminatoire dérivant d'un certain moment dans la carrière et « infectant », comme le décrit la juge Ginsburg, une série de

14. 42 U. S. C. §2000e-2(a)(1).

15. Voir Bindu, (2008) ; Gonnello, (2009).

16. Voir *National Railroad Passenger Corporation v. Morgan*, 536 U. S. 101, 114 (2002).

décisions patronales. Souvent, en France, on évoque les périodes d'absence comme élément déclencheur de la discrimination liée aux congés de maternité ou aux congés parentaux ; l'analyse se situe plus sur l'appréciation d'une imbrication entre une série de discriminations intentionnelles¹⁷ dans l'appréciation de la performance qui vont subrepticement influencer sur les montants et l'évolution de la rémunération dans le temps par un effet mécanique.

Une deuxième observation vient du fait que la prise de conscience d'une discrimination n'est pas toujours immédiate. Une salariée, surtout dans un domaine d'activité peu féminisé, ne va pas faire de vagues alors qu'elle bénéficie d'un emploi, obtient parfois une augmentation mais ne sait pas toujours qu'elle est moins bien payée que d'autres collègues.

Se pose alors la question de savoir quand l'acte discriminatoire prend naissance : lorsqu'il a une incidence sur la rémunération future ? À partir de quand court le délai pour agir en contestation ? La Cour suprême, dans l'arrêt Ledbetter, identifie la discrimination seulement lorsqu'elle se produit initialement et refuse que Ledbetter invoque une sédimentation de la discrimination sur la rémunération globale en fin de carrière. La juge Ginsburg qualifie cela de « l'effet cumulatif d'actes discrets » qui permettrait au plaignant d'introduire un contentieux à chaque fois qu'il reçoit une rémunération. La Juge Ginsburg étaye son argumentation en montrant que, pour calculer la réparation d'une discrimination, on regarde bien en arrière, depuis combien de temps la victime a subi une perte de salaire (*backpay*)¹⁸. En France, il est intéressant de noter que lorsque la prescription de l'action en matière de discrimination a été réduite, les juges ont dû préciser que cela ne changeait pas la portée de l'appréciation du préjudice subi qui pouvait remonter loin dans la carrière, au-delà de la nouvelle durée de la prescription¹⁹.

De manière étonnante, cet arrêt nous révèle que les informations sur les rémunérations ne sont pas courantes dans les entreprises américaines alors que l'on pourrait penser que la culture américaine valorise la transparence quant à la réussite sociale bâtie sur la réussite économique. Il existerait même, de manière courante, des règles de confidentialité sur ce point dans beaucoup de sociétés²⁰. Paradoxalement, en France, pays perçu comme plus pudique dans son rapport à l'argent, dans lequel la rémunération est vue comme un élément de la vie personnelle²¹, le souci de

17. Voir les différentes façons de prouver les discriminations, Wax (2008).

18. 42 U. S. C. §2000e-5(g)(1).

19. Depuis la loi du 17 juin 2008, la prescription de l'action en discrimination est ramenée à cinq ans. Mais l'article L 1134-5 du Code du travail précise que l'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination. En outre, la Cour de cassation précise que « la prescription de l'action n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie (...) de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques (...) à la même date que le demandeur, celle-ci fût-elle antérieure à la période prescrite », Soc 4 fév. 2009 n° 07-42.697.

20. Il existe des *pay secrecy/confidentiality rules* (PSC) : règles sur le secret et la confidentialité des rémunérations adoptées par environ un tiers des entreprises américaines du secteur privé. Voir Bierman et Gely (2004) et Collela (2007).

transparence des rémunérations, des écarts salariaux et de leur évolution a été renforcé dans la loi sur l'égalité salariale de 2006²².

Comme l'explique la juge Ginsburg, grâce à une approche analogique, le contentieux du harcèlement, lorsqu'il fait apparaître un environnement hostile, est de même nature que la discrimination salariale²³ ; c'est un ensemble d'actes et d'absences d'actes qui produisent une situation discriminatoire sans être reliés à un jour précis et donc la contestation ne peut pas singulariser un acte discriminatoire en particulier, mais une série d'actes comme responsables de la situation arbitraire. Ce point peut être illustré par l'exemple d'une femme commerciale en entreprise que sa direction n'inviterait pas aux occasions qui lui permettraient de rencontrer le client clé qui lui donnerait la chance de signer le contrat clé. Ce dernier augmenterait certainement ses résultats de vente, même si elle s'investissait au maximum dans son emploi par ailleurs ; le résultat final est une moins bonne évaluation par rapport au salarié qui a bénéficié des contacts privilégiés, des réseaux (*old boys' network* comme ils disent) qui mènent aux meilleurs résultats. La position de la juge Ginsburg a été confortée à la fois par la décision de première instance, la position des jurés, simples citoyens américains, l'EEOC et la jurisprudence de certaines cours d'appel fédérales²⁴.

La loi Ledbetter, avec plus ou moins de succès, a tenté de faire sauter le point de départ de cette prescription stricte de l'action contentieuse. La loi renverse la jurisprudence Ledbetter pour faire courir le délai de contestation à chaque fois qu'une rémunération est versée. Était-ce suffisant ? Certains estiment que le problème aux États-Unis ne se situe pas là mais exige que les femmes soient déjà au courant des disparités salariales et leur persistance dans le temps et sur la carrière. Apparaît l'utilité d'appliquer, de manière plus extensive, les règles de *discovery* au contentieux de la discrimination : le fait qu'aux États-Unis (et non en France), les parties au procès doivent remettre à leur adversaire toutes pièces qu'ils comptent utiliser pour étayer leurs conclusions²⁵. Même si la discrimination renvoie à la recherche d'une présomption d'intention discriminatoire et donc à l'employeur, cette loi consacre l'idée que ce sont les effets de la discrimination qui sont suffisants pour valider la contestation. Il s'agit d'une logique similaire à celle des

21. Voir l'arrêt sur la divulgation de l'avis d'imposition de J. Calvet, Crim. 3 avril 1995, JCP 1995.11.22429 et F. Deboissy et C. Saint-Pau, (2000).

22. Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, publiée au JO du 24 mars 2006.

23. Voir encore *National Railroad Passenger Corporation v. Morgan*, 536 U. S. 101, 114 (2002).

24. Voir *Forsyth v. Federation Employment and Guidance Serv.*, 409 F. 3d 565, 573 (CA2 2005) (*Any paycheck given within the [charge-filing] period ... would be actionable, even if based on a discriminatory pay scale set up outside of the statutory period.*); *Shea v. Rice*, 409 F. 3d 448, 452-453 (CADC 2005) (*An employer commit[s] a separate unlawful employment practice each time he pay[s] one employee less than another for a discriminatory reason.* (renvoie à l'arrêt *Bazemore*, 478 U. S., at 396)); *Goodwin v. General Motors Corp.*, 275 F. 3d 1005, 1009-1010 (CA10 2002) ; l'EEOC y fait référence dans son manuel de directives d'application : EEOC Compliance Manual §2-IV-C(1)(a), p. 605:0024, et n. 183 (2006) ; *cf. id.*, §10-III, p. 633:0002.

25. Gonnello (2009).

discriminations indirectes ²⁶. On part du résultat discriminatoire pour prouver la discrimination, peu importe l'état d'esprit de son auteur.

Cette jurisprudence qui a permis le vote d'une loi qui renforce la promotion de l'égalité salariale reflète une évolution aux États-Unis sur la quête de non discrimination dans les processus de discrimination salariale. Elle semble représenter un enjeu croissant aux États-Unis, pays qui fonctionne beaucoup sur la capitalisation en matière d'assurances, de retraite. C'est un système qui, à l'image du modèle social bismarckien d'ailleurs, est tributaire du temps et de l'assiette des cotisations et donc particulièrement sensible aux discriminations. La question de l'accès et du niveau de retraite des femmes apparaît de plus en plus centrale comme incidence indirecte de la discrimination salariale dans l'emploi, comme le montre Lily Ledbetter, cette femme réagissant à la fin de sa carrière. Aux États-Unis, la sauvegarde du pouvoir d'achat des femmes est une thématique qui a dorénavant une résonance collective, économique, capable de mobiliser les politiques pour le « bien de tous les électeurs » et illustre de plus en plus le phénomène de « *demospudence* » : un contentieux individuel, celui de Ledbetter réveille une prise de conscience collective et sa traduction démocratique dans la sphère législative ²⁷. En France, les effets de la redistribution sociale liée aux politiques sociales catégorielles peuvent encore tempérer un peu les effets de certaines discriminations salariales. Quel sera l'impact, à long terme, de l'introduction progressive des assurances complémentaires santé, des retraites sur-complémentaires par capitalisation et de l'individualisation des droits sociaux sur les disparités salariales entre hommes et femmes ?

C'est précisément la question de la dimension individuelle qui retient à présent notre attention comme l'autre obstacle temporel à l'appréhension judiciaire complète de la discrimination salariale. En effet, est-il suffisant de limiter la quête de la discrimination salariale à un seul acte, même si celui-ci produit des effets dans le temps ?

1.2. La discrimination salariale, tributaire de l'évolution dans le temps des modes de gestion du personnel

Le législateur américain, comme le législateur français, a construit la contestation des discriminations, notamment salariales, à partir d'actes patronaux circonscrits (licenciement, refus de recrutement ou de promotion). Or la nature des actes patronaux a évolué dans le temps sous l'influence des nouvelles méthodes de gestion des ressources humaines. Des auteurs de la doctrine américaine montrent bien que la dynamique des rapports de travail n'est pas la même (Green, 2008) : le

26. Voir article L 1132-1 du Code du travail et la définition de la discrimination indirecte : « Lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

27. Guinier (2009).

travail d'équipe, la polyvalence, une certaine souplesse dans l'organisation hiérarchique rendent l'identification des auteurs des décisions patronales plus ardue, plus complexe. Le droit de la discrimination fonctionne sur la quête d'un auteur de la discrimination individuelle alors que l'appréciation de la discrimination salariale peut être le produit de l'interaction entre la victime de la discrimination et plusieurs responsables hiérarchiques qui encadrent à tour de rôle les salariés et s'appuient sur les jugements de collègues du même niveau hiérarchique afin de légitimer leurs décisions (Krieger et Greenwald, 2006).

Cet état de fait rend la preuve de la discrimination salariale plus délicate. La discrimination passée n'est pas toujours le fruit d'une seule décision patronale. Parfois il s'agit de conclusions tirées collectivement au regard de résultats issus des méthodes de travail et qui favorisent une multitude de contrôles ponctuels diluant la possibilité d'isoler un acte arbitraire ou discriminatoire (Sturm, 2007).

En sens inverse, l'invitation à justifier les pratiques de sélection patronales que produit le droit de la discrimination entraîne parfois l'effet inverse. Autrement dit, certains juges plus conservateurs reconnaissent la légitimité de la validation anticipée de tests d'auto-évaluation pour éviter les discriminations, et invitent ainsi les employeurs à s'exonérer de leur responsabilité ou à la limiter en prévoyant des actions préventives de lutte contre les discriminations (Bisom-Rapp, 1999). Il s'agit alors d'un verrouillage du système de justifications (Blasi et Jost, 2006) qui décourage une mise en cause des actes patronaux ultérieurs alors que la simple présence de formation sur la diversité n'implique pas que le risque de discrimination soit forcément écarté, comme le montrent F. Dobbin et T. Green (2008 et 2009) et Y. Lee (2008). Ce reproche de l'effectivité contestable des actions, chartes et label « diversité » est présent en France ; la différence réside dans le fait que les juges français ne se sont pas prononcés sur l'application de ces normes de *soft law* et pour cause : elles n'ont pas de valeur contraignante en dehors des accords collectifs sur la diversité.

C'est précisément le développement des stratégies de diversité et *streamlining* des procédures de sensibilisation contre les discriminations qui peut permettre d'occulter la persistance de discriminations plus subtiles. Cela explique la mobilisation aux États-Unis de moyens de preuve renforcés de la discrimination salariale systémique²⁸.

28. Nous entendons par discrimination systémique dans l'emploi « 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 » (Chicha-Pontbriand, 1989).

2. Les moyens de preuve de la discrimination salariale systémique

En fait, la discrimination individuelle, même sur une plus longue durée, ne constitue qu'une partie du panorama des discriminations salariales²⁹. Pour mieux comprendre l'état actuel des débats sur la question, il faut se tourner vers un autre arrêt, *Duke v. Wal-Mart Inc.*, toujours en cours puisqu'un recours a été formé à la Cour suprême des États-Unis. Cette jurisprudence fait ressortir les moyens à la disposition des victimes de discrimination salariale aux États-Unis qui disposent de la *class action*³⁰ afin de dénoncer des pratiques systématiques de discriminations dans une entreprise multinationale.

En 2000, une salariée de Wal-Mart de 54 ans, Betty Dukes a déposé une plainte devant le tribunal fédéral américain contre le groupe mondial de la distribution Wal-Mart, alléguant une discrimination fondée sur le sexe de la part de son employeur (Kirk, 2009). L'entreprise, en dépit de ses six années de travail et ses excellentes évaluations, lui a refusé une formation nécessaire pour accéder à un poste d'un niveau supérieur et mieux rémunéré. Wal-Mart a prétendu que, malgré ses compétences et ses bons résultats, cette formation lui a été refusée car Dukes serait entrée en conflit avec son supérieur hiérarchique et avait été sanctionnée sur le plan disciplinaire, après des retards à la suite des pauses déjeuner ; ces retards étaient fréquents de la part de ses collègues masculins aussi mais jamais sanctionnés. En juin 2001, est introduite une *class action*, action collective au nom de 1,5 million de femmes, notamment des anciennes salariées de Wal-Mart présentes dans l'entreprise à compter du 26 décembre 1998. Cette *class action* est la plus importante action en justice fondée sur la loi interdisant les discriminations (Titre VII) dans l'histoire de son application. Les plaintes allèguent des discriminations fondées sur le sexe dans l'accès à une promotion, à certaines fonctions et en matière de rémunération. Après l'enregistrement de l'affaire en Californie en juin 2001, le juge du tribunal fédéral, en juin 2004, s'est prononcé en faveur de l'admission d'une *class action*, préalable à toute considération sur le fond de l'affaire comme nous le verrons. En appel, la Cour fédérale du 9^e Circuit a confirmé le jugement une première fois le 6 février 2007, mais Wal-Mart a obtenu une nouvelle audition de l'affaire (*rehearing en banc*)³¹, plaidant une erreur de droit dans l'appréciation de la certification de la *class action*. Le 11 décembre 2007, la Cour a ensuite retiré sa décision initiale et l'a reformulée un peu en confirmant la décision du tribunal

29. La réflexion en termes de discriminations à l'encontre d'un groupe est plus courante aux États-Unis, (McAdams, 1995).

30. La *class action* à l'américaine (action de groupe/recours collectif) n'existe pas en tant que tel en France. C'est une action en justice ou une procédure qui permet à un nombre important de personnes de se joindre à un ou plusieurs demandeurs (*name plaintiff*) pour poursuivre une personne, souvent une entreprise ou une institution publique, afin d'obtenir une indemnisation morale ou financière en raison de la proximité de leurs griefs communs ; courante dans le droit de la consommation, certains projets d'adoption du recours collectif en France existent mais ont échoué pour l'instant, voir nos propos infra 2-2). Pour cette raison, nous gardons la terminologie américaine.

31. Cette procédure est particulièrement longue compte tenu de l'étendue des demandeurs impliqués (1,5 million de salariées femmes) et le fait que la validation de la *class action* a fait l'objet d'un réexamen « en banc », c'est-à-dire avec la formation plénière de tous les juges réunis pour statuer (et non plus un panel de trois juges).

fédéral. Enfin, à la suite de l'appel de la décision *en banc*, avec un nombre plus important de 11 juges, le 26 avril 2010, la Cour a confirmé la décision du jugement de première instance après un vote serré (6 pour et 5 contre). Wal-Mart a saisi la Cour suprême des États-Unis : l'affaire est donc toujours en cours.

Dans son ouvrage *Selling women short : The landmark battle or workers' rights at Wal-Mart*, la journaliste Liza Featherstone raconte cette épopée, comparant Duke à Rosa Parks qui a refusé de se plier à la règle de ségrégation des Noirs dans les autobus du sud des États-Unis (Featherstone, 2004). Elle explique comment Wal-Mart – qui a dégagé des profits de l'ordre de 3,3 milliards de dollars au premier trimestre 2010 –, réussit en partie à faire des bénéfices grâce aux faibles rémunérations des femmes dans leurs magasins, caissières et autres salariées ayant des postes subalternes. La médiatisation du procès a permis de mettre en lumière comment une entreprise peut couvrir, dans de multiples magasins et pendant de nombreuses années, des actes systématiques au détriment des femmes salariées, y compris celles qui élèvent seules leurs enfants en favorisant les hommes ayant charge de famille ; des préjugés qui dériveraient, notamment, d'un manque de réactivité du fondateur de l'entreprise Wal-Mart, Sam Walton, sur les questions d'égalité et qui sous-tendent ces pratiques discriminatoires à une grande échelle de la part des gérants des magasins (Ortega, 2000).

Ce propos ne revient pas sur l'ensemble de l'affaire mais seulement sur deux points qui peuvent enrichir le débat relatif à la discrimination salariale dans une perspective comparative. En effet, une des questions soulevées lors des discussions sur la validation de la *class action*, une action devant répondre à certaines conditions légales, était de savoir dans quelle mesure on pouvait s'appuyer sur un rapport d'expert en sciences sociales pour prouver l'existence de discriminations salariales. L'autre point concerne les intérêts de la *class action* comme moyen de combattre les discriminations systémiques, notamment de nature salariale, qui permettent d'illustrer la nature structurelle de certaines discriminations et leur prévalence. Malgré un débat politique et doctrinal depuis 2005 sur l'opportunité de ces actions pour les consommateurs en France, à ce stade, un tel outil n'a pas été incorporé, notamment dans l'arsenal de lutte contre les discriminations.

2.1. Les moyens de preuve des discriminations salariales tirés de la recherche en sciences sociales : l'éclairage de Duke v. Wal-Mart

Aujourd'hui, il est indéniable que le droit de la discrimination est inspiré des études sur les inégalités concrètes réalisées par les chercheurs-es en sciences sociales et économiques (Mercat-Bruns, 2010) qui ont montré, au-delà des textes, les difficultés pour éradiquer les discriminations. Le contentieux en droit du travail et en droit européen a été également nourri par la mise en œuvre des règles sur la discrimination indirecte qui peut nécessiter une appréciation statistique de l'effet discriminatoire d'une pratique sélective apparemment neutre. Les analyses psychocognitives et tests sur l'influence des préjugés dans la prise de décisions discriminatoires constituent aussi une des grandes avancées dans les discussions sur

les normes anti-discriminatoires (Bartlett, 2009⁶). En effet, elles nous révèlent que si les préjugés inconscients peuvent contribuer à l'accomplissement d'actes discriminatoires, les sanctions pénales en France qui visent seulement les discriminations intentionnelles perdent une partie de leur sens³².

L'intérêt de la jurisprudence *Duke v. Wal-Mart* est de montrer qu'émerge un débat aux États-Unis sur les limites de l'influence des sciences sociales dans la preuve de la discrimination. Comme la France commence à discuter des mêmes sujets³³, une des questions posées dans la série de décisions de justice est de savoir quelle est l'appréciation judiciaire d'une expertise en sciences sociales comme moyen de preuve pour circonscrire et justifier le contentieux de *class action*. La doctrine américaine a élaboré tout un corpus de recherches renvoyant à la pertinence de la preuve sociologique des risques discriminatoires de certaines pratiques d'entreprise (*social framework evidence*)³⁴. Il s'agit donc de mesurer l'attrait des expertises fournies dans les contentieux qui couvrent à la fois les discriminations individuelles et systémiques ainsi que les rapports entre ces deux formes de discriminations.

Le tribunal fédéral et ensuite les cours fédérales sont revenus sur l'expertise en sciences sociales afin de déterminer s'il existait suffisamment de questions de fait et droit qui touchaient l'ensemble des membres de la *class* pour justifier un contentieux de *class action*. Les demandeurs ont cherché à produire la preuve de cette similitude entre la situation des demandeurs : ils ont évoqué les pratiques et politiques d'entreprise qui impliquent une subjectivité accrue dans la prise de décisions, l'usage fréquent de stéréotypes sur les femmes, une forte culture d'entreprise centralisée, des disparités statistiques entre la situation professionnelle et salariale des hommes et femmes et des anecdotes diverses montrant la présence de préjugés. Comme moyens de preuve de ces éléments et de la centralisation des pratiques de gestion du personnel, les demandeurs ont présenté à la fois des preuves de la structure uniforme de gestion du personnel dans tous les magasins, de l'influence forte du siège social dans la mise en œuvre des politiques liées aux décisions salariales et à l'accès aux promotions, des statistiques sur les disparités statistiques entre hommes et femmes dans toutes les régions et l'usage de stéréotypes. Ils ont également fait appel à un expert, un sociologue.

Ce sociologue a confirmé d'abord une culture d'entreprise très forte qui s'appuie sur des stéréotypes liés au sexe. Ces stéréotypes sont visibles au travers des témoignages des chefs de service, des tableaux organisationnels, des mémos, rapports ou autres documents relatifs à la gestion du personnel. Le sociologue a fourni également des recherches sur la sociologie des organisations et les pratiques

32. Cette valorisation des études sur les préjugés inconscients est parfois contestée aux États-Unis : Voir Mitchell et Tetlock (2006).

33. Voir le colloque de la DREES-MIRE-HALDE, Mieux connaître pour mieux combattre : les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques, 2 décembre 2009, Paris BNF ; voir aussi Mercat-Bruns (2010).

34. Hart et Secunda (2009) ; certains ont une vision plus restrictive de l'usage possible de ces expertises, voir Monahan, Walker et Mitchell (2008).

d'entreprise qui créent ou perpétuent les préjugés dans le milieu du travail. Cet expert a témoigné, en utilisant la méthode du *social framework analysis* qu'il avait évalué les pratiques et politiques de gestion du personnel de Wal-Mart à la lumière des facteurs qui favorisent ou minimisent les préjugés. Il en a conclu que les évaluations subjectives favorisaient le caractère discrétionnaire du décideur et permettaient aux personnes de retenir des informations stéréotypées sur les salariées ; Wal-Mart centralisait fortement l'orientation de la gestion du personnel et favorisait l'uniformité des pratiques. Enfin Wal-Mart présentait des faiblesses en matière de promotion de l'égalité des chances et des politiques liées à la promotion et aux rémunérations qui étaient sujettes aux préjugés sur le sexe.

Wal-Mart a contesté l'usage de ces analyses issues des sciences sociales en considérant qu'il est impératif qu'au moment de la constitution d'une *class action*, le juge apprécie l'admissibilité d'une preuve fournie par un expert en sciences sociales³⁵. Par ailleurs, Wal-Mart a considéré que l'expert ne démontrait pas l'existence d'une pratique précise de l'entreprise propice aux discriminations. Le tribunal et la Cour fédérale ont rejeté cette application de la jurisprudence. Ils ont montré que l'expertise en sciences sociales n'est pas censée certifier sans aucun doute que les pratiques de l'entreprise sont discriminatoires. Elles pourraient être discriminatoires à la lumière des recherches en sciences sociales sur les rapports entre l'élaboration des préjugés et certaines pratiques d'entreprise. En outre, les décisions sur la constitution possible d'une *class action* ne préjuge pas de la décision sur le fond de l'affaire, même si les preuves de la situation semblable des demandeurs, victimes de discriminations, portent déjà sur les faits discriminatoires communs.

L'intérêt de cette discussion, dans une perspective comparative, est de révéler le poids des sciences sociales dans l'élaboration de la preuve des discriminations. Que l'expertise en sciences sociales soit admissible mais jugée insuffisante en soi pour prouver la discrimination, peu importe. Le constat essentiel est la simple introduction de ces données sociologiques et psychologiques dans la construction du contentieux des discriminations notamment salariales. De surcroît, comme dans l'arrêt Ledbetter, la discrimination salariale est prouvée en s'appuyant à la fois sur les statistiques des disparités salariales selon le sexe et les préjugés qui entrent en jeu dans l'évaluation des salariées, leur accès à la promotion et à certaines fonctions. La preuve de la discrimination salariale n'est pas simplement une question de calcul des écarts de rémunération mais une appréciation judiciaire des différentes causes objectives et subjectives de cet écart. Enfin, la structure du contentieux sur la discrimination cloisonne souvent les actions individuelles, à dimension collective et de nature systémique. Or l'arrêt *Duke v. Wal-Mart* montre qu'elles sont fortement imbriquées : une discrimination individuelle caractérisée à l'encontre de Betty Dukes, révélatrice d'une pratique plus globale dans l'entreprise ; les preuves individuelles et collectives se font écho.

35. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

Mais n'est-il possible de dresser le tableau des moyens de preuve des discriminations systémiques à l'œuvre que grâce à la *class action* ?

2.2. La *class action* : une procédure facilitant la preuve des discriminations systémiques ?

Pour répondre à cette question, il faut, au préalable, expliquer quelles sont les étapes pour valider l'existence d'une classe, notamment dans le cadre des actions pour discrimination. Ensuite, il convient d'évaluer l'intérêt de cette procédure au regard de la preuve des discriminations salariales systémiques et de mettre en exergue aussi les inconvénients de cette procédure par rapport aux actions individuelles³⁶.

La *class action* ou « action de groupe » suppose plusieurs étapes pour prouver au juge, avant son appréciation du fond de l'affaire, si cette procédure convient dans l'espace concerné (Nagareda, 2009). En effet, lorsqu'il existe une *class action*, un ou plusieurs demandeurs (*name plaintiff*) vont intenter l'action pour eux-mêmes et pour tous ceux qui sont dans une situation qui pourrait faire l'objet de la même contestation. Ces autres personnes présumées lésées n'auront pas à intenter une action mais pourront demander de faire partie de la classe dans l'éventualité du succès de l'affaire.

Concernant les discriminations salariales, la jurisprudence *Duke c. Wal-Mart* montre l'application stricte préalable de cette validation d'une *class action*, notamment le respect des quatre conditions de procédure de la règle 23 (a) Fed. R. Civ. P. Il faut montrer le nombre élevé de plaignants potentiels (*numerosity*), la similitude de leurs griefs (*commonality*), le caractère typique des griefs des demandeurs (*typicality*, proche de *commonality* – l'absence de caractère spécifique attribuable aux griefs des plaignants qui représentent le groupe), une représentation adéquate de la classe (*adequate representation* : avocats qualifiés et compétents et absence de conflits d'intérêt liés aux membres de la classe).

Dans l'affaire *Duke c. Wal-Mart*, la question du nombre de plaignants potentiels ne posait aucun problème puisque 1,5 million de salariées étaient concernées. La condition de *commonality* est celle qui a fait couler le plus d'encre car Wal-Mart ne voulait pas que les preuves fournies par l'expertise en sciences sociales puissent montrer la similitude de la situation des plaignants. S'agissant de la condition de *typicality*, il suffisait d'identifier déjà qu'un grand nombre de salariées ont une basse qualification et un faible salaire. Enfin, la représentation adéquate a été considérée satisfaisante dans la mesure où les conflits d'intérêts possibles qui pouvaient découler du fait que certaines salariées dans la classe avaient aussi un certain pouvoir d'évaluation des autres salariées, n'ont pas été retenus comme suffisamment pertinents.

36. Pour un article comparatif (États-Unis/Europe) sur ce type d'actions, voir Coffee (2010).

En analysant cette procédure préalable, il ressort que l'attrait de la *class action* dans les actions pour discrimination est la possibilité, en matière de discriminations salariales, de mettre en exergue le nombre considérable de personnes potentiellement discriminées lorsque l'entreprise est grande et adopte des pratiques de gestion du personnel quasiment uniformes. Il suffit qu'un petit nombre puisse montrer la récurrence des pratiques, produisent les statistiques des disparités salariales en fonction du sexe et profite de leur nombre pour présenter des indices, des anecdotes percutantes sur l'ampleur des préjugés et des obstacles similaires à l'évolution de carrière. Le renvoi à l'expertise sociale est plus avantageux financièrement s'il profite à l'ensemble d'une classe. En France, ce travail plus systématique de transparence des pratiques salariales discriminatoires à l'échelle d'une entreprise ou d'un groupe se fait plus en amont, puisqu'il revient à récolter les informations des écarts salariaux et à organiser des négociations obligatoires sur les salaires et la compensation des écarts depuis 2006. En revanche, c'est une politique de chiffres et elle ne s'accompagne pas nécessairement d'une explication ni d'une analyse de l'incidence possible de la culture d'entreprise et de ses liens avec les évaluations professionnelles. Il semble que la quête des discriminations systémiques requiert une photographie des causes et des effets des inégalités salariales sur le plan individuel et simultanément collectif afin de comprendre la cristallisation et la résistance des pratiques patronales. De nombreux plaignants ne sortiraient pas du silence si une *class action* n'était pas intentée. On sait qu'en France, le contentieux sur la discrimination salariale en raison du sexe n'est pas si important au regard d'autres critères discriminatoires. Enfin, la médiatisation de ces *class actions* permet aux entreprises de poursuivre leurs efforts pour prévenir les discriminations et éviter le risque de réparations astronomiques et d'atteintes à leur image comme ce fut le cas pour Wal-Mart.

Quels sont alors les défauts de la procédure de *class action* au regard de la lutte contre les discriminations salariales systémiques ? De nombreux plaignants gagneraient davantage avec des actions individuelles plutôt que les *class action* qui aboutissent souvent à la signature d'une transaction et d'une indemnisation partagée entre membres de la classe. La procédure est plus longue, requiert plus de moyens logistiques et financiers et incite au contentieux plutôt qu'à la prévention des discriminations. On ne peut négliger les pressions que les demandeurs qui représentent la classe (*name plaintiffs*) peuvent subir indirectement de la part de l'entreprise ou de leur entourage par rapport à la médiatisation de l'affaire³⁷.

En France, la négociation collective et la loi de 2006³⁸ ont favorisé un traitement systémique de la discrimination salariale mais elles favorisent une lecture quantitative plutôt que qualitative des sources de la discrimination. La prise en compte des préjugés discriminatoires en raison du sexe est quasiment absente dans les textes et dans le contentieux et nous ne mentionnons même pas la segmentation

37. Baker (2009).

38. Sur l'égalité salariale, *op.cit.*

du marché de l'emploi qui génère des cloisonnements de rémunération par sexe. Alors qu'aux États-Unis, l'arrêt *Sears Roebuck*³⁹, grâce à la formation d'une *class action*, a permis de révéler les cloisonnements des postes et la rhétorique patronale et judiciaire pour justifier l'absence de promotions des femmes à des postes rémunérateurs en se référant à leur volonté de préserver leur vie privée.

En France, l'idée de permettre le recours à la *class action* dans la lutte contre la discrimination est actuellement envisagée dans le débat, mais aucune réforme l'autorisant n'a été adoptée à ce jour⁴⁰. L'analyse développée ici permet non pas forcément de comprendre l'intérêt de l'adoption en France des *class actions*, mais montre ce que cette procédure peut révéler : l'aspect discriminatoire d'une situation lorsque les pratiques des entreprises constituent des discriminations systémiques mais peu visibles.

■ Conclusion

L'arrêt *Ledbetter* a mené à l'adoption d'une loi qui permet de protéger les délais d'action pour contester les effets des discriminations salariales sur l'ensemble de la carrière, et l'affaire *Wal-Mart* a introduit un doute sur la nature discriminatoire des pratiques de gestion du personnel dans ce groupe. Le regard sur le droit étranger permet aussi de révéler les similitudes dans les problématiques relatives aux discriminations salariales en Europe et aux États-Unis. Une étude fine sur la discrimination salariale dans les pays en voie de développement serait pertinente car ces pays offrent une main-d'œuvre encore moins chère, et ceci quel que soit le sexe, comme le montrent les pratiques de *Wal-Mart* en Asie. Bientôt, le projecteur devra se déplacer dans cette direction lorsque les entreprises auront intérêt à lutter plus systématiquement contre les discriminations salariales structurelles dans les pays de l'OCDE⁴¹.

39. Voir *EEOC v. Sears Roebuck*, 628 F. Supp. 1264 (ND Ill. 1986), aff'd 839 F.2d 302 (7th Cir. 1988) et le commentaire de Schultz (1990).

40. Une telle procédure n'est pas prévue en France. On se regroupe en association pour pouvoir intenter des actions ou les syndicats ont une action de substitution plus fragile dans sa mise en œuvre (le salarié peut à tout moment s'y opposer). Une réforme a d'abord été envisagée en avril 2005 et un groupe de travail a rendu un rapport en décembre 2005 ; un autre groupe de travail a remis un rapport le 20 février 2007 à Rachida Dati. Le recours collectif a été supprimé de la Loi sur la modernisation de l'économie, adoptée par le Parlement le 23 juillet 2008. La question est également évoquée dans le cadre de la dépenalisation du droit des affaires et la Commission européenne a réfléchi sur le sujet en 2009 en proposant de l'imposer à tous les États membres avec limitation des montants de réparation. Encore faudrait-il que cette action s'applique en matière de discrimination.

41. Le contentieux de la discrimination, pour certains, n'est pas encore efficace aux États-Unis, voir Clermont et Schwab (2009).

Références bibliographiques

- Baker H., 2009, « No good deed goes unpunished : protecting gender discrimination name plaintiffs from employer attacks », *Hastings Women Law Journal*, 20, p. 83.
- Bartlett K., 2009, « Making good intentions on good intentions: the critical role of motivation in reducing implicit workplace bias », *Virginia Law Review*, 95, décembre, p.1 893.
- Becker G., 1957, *The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press.
- Berton F. et M. Mercat-Bruns, 2007, « Sur quels indicateurs d'égalité salariale les juges se fondent-ils ? Une comparaison France/États-Unis » in « Approches institutionnalistes des inégalités en économie sociale » sous la direction de P. Batifoulier *et alii*, Paris, L'Harmattan, pp. 169-182.
- Bierman L. et R. Gely, 2004, « Love, Sex and Politics? Sure. Salary? No way: workplace social norms and the law », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 25, pp. 167, 168.
- Bindu G., 2008, « *Ledbetter v. Goodyear*: A court out of touch with the realities of the American Workplace », *Temple Political and Civil Rights Review*, 18, p. 253.
- Bisom-Rapp S., « Bullet-proofing the workplace: symbol and substance in employment discrimination law practice », *Florida State University Law Review*, 26, p. 959.
- Blasi G. et J. Jost, 2006, « System justification theory and theory: implications for law, legal advocacy and social justice », *California Law Review*, 94, p. 1119.
- Collela A., 2007, « Exposing pay secrecy », *Academy of Management Journal*, 32, pp. 55, 61.
- Chicha-Pontbriand M.-T., 1989, *Discrimination systématique. Fondement et méthodologie des programmes d'accès à l'égalité en emploi*, Commission des droits de la personne du Québec, Ed. Yvon Blais, p. 85.
- Clermont K. et S. Schwab, 2009, « Employment discrimination plaintiffs in federal courts: from bad to worse? », *Harvard Law and Policy Review*, 3, p. 103.
- Coffee J., 2010, « Litigation governance: taking accountability seriously », *Columbia Law Review*, 110, p. 288.
- F. Deboissy et C. Saint-Pau, 2000, *La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet)*, D. 2000, chron. p. 267.
- Dobbin F., 2009, *Inventing equal opportunity*, Princeton University Press.
- Featherstone L., 2004, *Selling women short : The landmark battle or workers' rights at Wal-Mart*, Basic Books.
- Gonnello R., 2009, « Closing one door and opening another: the end of pay check accrual and the need for a legislative discovery rule », *Seton Hall Law Review*, 39, p. 1 021.
- Green T., 2008, « Insular Individualism, Employment discrimination law after *Ledbetter v. Goodyear* », *Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 43, p. 353.
- Guinier L., 2009, « Courting the people : Demosprudence and the Law/Politics Divide », *Boston University Law Review*, p. 539.
- Hart M. et P. Secunda, 2009, « A matter of context: social framework evidence in employment discrimination class actions », *Fordham Law Review*, 78, p. 37.
- Jammaud A., 2004, « Du principe de l'égalité de traitement des salariés », *Droit Social*, p. 694.

- Krieger L. et A. Greenwald, 2006, « Implicit bias: scientific foundations », *California Law Review*, 94, p. 945.
- Kirk V. S., 2009, « Ninth Circuit Discrimination case could change the ground rules for everyone », *Texas Review of Law and Politics*, 14, p. 163.
- Lee Y., 2008, « Creating a proper incentive structure: a case study of *Ledbetter v. Goodyear Tire and Rubber Co* Cardozo », *Journal of Law and Gender*, 15, p.117.
- Martin D., 2008, « Egalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire », *Revue de jurisprudence sociale*, n° 12, p. 947.
- McAdams R., 1995, « Cooperation and conflict: the economics of group status production and race discrimination », *Harvard Law Review*, 108, p. 1 003
- Mercat-Bruns M., 2010, « Sciences sociales et discriminations », *Revue des Affaires européennes*, (à paraître).
- Mercat-Bruns M., 2009, « Entre vie privée et vie professionnelle : un regard sur la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Les politiques de l'intime*, Paris, La Découverte.
- Mercat-Bruns M. et F. Berton, 2006, « La norme juridique, entrave ou ressource pour l'action ? À partir de trois exemples dans le champ du droit du travail », in C. Bourreau-Dubois et B. Jeandidier (dirs), *Economie sociale et droit, Economie et droit du travail*, Université de Nancy, L'Harmattan, tome 1, pp. 81-97.
- Mitchell G. et P. Tetlock, 2006, « Antidiscrimination law and the perils of mindreading », *Ohio State Law Journal*, 67, p. 1 023.
- Monahan J., L. Walker et G. Mitchell, 2008, « Contextual Evidence of Gender Discrimination », *Virginia Law Review*, 94, p. 1 715.
- Monopoli P., 2008, « A different voice : lessons from *Ledbetter* », *Journal of College and University Law*, 34, p. 555.
- Nagareda R., 2009, « Class certification in the age of aggregate proof », *New York Law Review*, 84, p. 97.
- Ortega B., 2000, *In Sam we trust : the untold story of Sam Walton and Wal-Mart, the World's most powerful retailer*, Three Rivers, p. 211.
- Schultz V., 1990, « Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument », *Harvard Law Review*, 103, p. 1 749.
- Sturm S., 2006, « The Architecture of inclusion: interdisciplinary insights on pursuing institutional citizenship », *Harvard Journal of Law and Gender*, 29, p. 247.
- Wax A., 2009, « The discriminating mind: define it and prove it », *Connecticut Law Review*, 40, p. 979.