

Ellen Berrey, Robert L. Nelson, Laura Beth Nielsen, *Rights on Trial. How Workplace Discrimination Law Perpetuates Inequality*, Chicago, The University of Chicago Press, 2017, 351 p.

Milena Doytcheva

C'est par sur le récit poignant d'une victime de discrimination que s'ouvre cet ouvrage remarquable qui fait le bilan de 50 ans d'action antidiscriminatoire et en faveur de l'équité en emploi, en portant une focale particulière sur leurs déclinaisons les plus récentes, dans la période post-1980 en particulier. Alors qu'il sort objectivement « gagnant » de son procès, GH le dit sans détour : si c'était à recommencer, il ne ferait pas : « J'aurais dû encaisser, fermer ma bouche, ne rien dire à personne ... ». Les coûts humains pour lui furent énormes : son épouse l'a quitté, tous ses amis et soutiens dans l'entreprise ont été « ruinés », il a connu une période très longue de forte adversité. Ce sont les formes et les raisons de ce paradoxe que la recherche propose d'éclairer. Comment en est-on arrivé à ce que les groupes mêmes visés par la législation des droits civiques en faveur de l'égalité, souffrent aujourd'hui de formes « uniques » d'exclusion et d'inéquité, à l'intérieur du système judiciaire mis en place pour les protéger ? Comment les relations asymétriques de pouvoir dans le milieu professionnel, mais aussi au tribunal, conduisent-elles à *re-inscrire* les processus de domination et de subordination au cœur des dispositifs en faveur de l'égalité des chances en emploi ?

Particulièrement solide sur le plan méthodologique, la recherche menée par trois universitaires de renom, avec le soutien de l'*American Bar Association* combine enquête sociologique et analyse juridique. Sur la base d'une méthodologie mixte, quantitative et qualitative, elle mobilise deux corpus de données : le premier réplique de manière extensive celui constitué par Donohoue et Siegelman, recensant l'ensemble des affaires de discrimination en emploi plaidées devant les tribunaux étatsuniens entre 1972 et 1987 : celui constitué pour la présente enquête va de 1988 à 2003 et inclut un échantillon représentatif de 1788 cas, intégralement codés et analysés. Un deuxième corpus, qualitatif, réunit 100 entretiens individuels approfondis, réalisés avec les plaignants, leurs avocats, les mis en cause, leurs représentants et avocats. Dispositif irréprochable donc, dont un des enjeux essentiels est de saisir comment on passe du droit « dans les livres » au droit « en train de se faire ». Ce questionnement conduit les auteurs à croiser plusieurs approches théoriques, qu'ils font converger autour de trois catégories majeures d'analyse : celle des droits (*rights*), celle de la loi (*law*) et celle des hiérarchies ou ordres de domination.

L'enquête montre notamment que dans le régime juridique antidiscriminatoire actuel, l'employeur exerce un contrôle fort sur le contentieux et le processus judiciaire. La loi préserve l'autorité du management sur le personnel, et ceci de manière à la fois directe et plus subtile. La politique en apparence neutre, canalisée par le système juridique antidiscriminatoire, qui consiste à se référer à l'autorité managériale, contribue à reproduire les hiérarchies organisationnelles qui pullulent sur le lieu de travail. Or ces hiérarchies sont également des hiérarchies genrées, racisées, connotées du point de vue de l'âge ou de la validité. Le système juridique antidiscriminatoire participe ainsi, c'est la thèse de l'ouvrage, d'un phénomène plus large de **réinscription** (*reinscription*) des biais et processus discriminatoires : phénomène circulaire par lequel les hiérarchies *ascriptives* de statut que la loi se propose de démanteler se trouvent réifiées et réarticulées à travers l'exercice même de la loi, sur le lieu du travail comme au tribunal¹.

¹ Cette thèse résonne avec l'interprétation proposée par Anne Phillips en termes de *réimposition* : en s'intéressant à la manière dont l'argument de la spécificité culturelle est mobilisé devant les tribunaux pour défendre les droits individuels, Phillips note ainsi qu'il emprunte souvent la voie de représentations genrées, racisées, classistes très conventionnelles : « ce qui prend la forme d'un

Des chercheurs débattent pour savoir quelle part des inégalités au travail sont dues à des discriminations (dans le recrutement, promotion, carrière et rémunération) : pour certains économistes, celles-ci ne sont responsables que de 1 à 2% des écarts observés ; la plupart des économistes, sociologues et statisticiens, spécialistes de l'emploi, considèrent cependant que ces valeurs se situent plutôt entre 35 et 50%. Depuis plus de cinq décennies, la judiciarisation de l'égalité et de la non-discrimination ont été perçues aux Etats-Unis comme l'instrument privilégié de l'égalité des chances au travail. Près de trois décennies après la loi de 1964, le *Civil Rights Act* de 1991 conforte cet engagement. Les années 1990 voient le contentieux pour discrimination augmenter de manière importante (avant de décliner dans la décennie suivante). Mais contrairement à l'image colportée par un discours médiatique largement diffusé de victimes « avides », d'*« explosion »* de procès, de jurys « à la dérive » et de « vainqueurs » à succès, les plaignants reçoivent des dédommagements très modestes (si dédommagement il y a), comparés aux coûts exorbitants, personnels et financiers, qu'ils doivent affronter dans la perspective d'un procès. Ces coûts se révèlent particulièrement forts pour les Afro-Américains : à la difficulté plus importante d'accéder à un conseil juridique de qualité, se joint la stigmatisation très forte sur le lieu de travail : comme le montre une littérature psychologique en développement : on y regarde avec force suspicion ceux qui se disent victime de discrimination.

Seulement 6% des actions débouchent sur un procès. Si les plaignants font des « coups isolés » (*one-shotters*), les accusés sont des « joueurs expérimentés » (*repeat players*). Cette inéquité face à la légalité, les met dans un avantage significatif à presque chaque étape de la procédure. *Quid* ensuite de la manière dont les professions juridiques interprètent et appliquent le droit ? La plupart des plaignants n'ont pas d'avocat. Si oui, ce dernier contrôle souvent fortement l'orientation du contentieux et insiste pour un règlement amiable. Par contraste, les mis en cause sont toujours représentés, ils exercent un pouvoir fort sur les décisions judiciaires. Bref, le système formellement neutre du procès contradictoire à l'américaine favorise les nantis, au détriment des moins aisés. En parallèle, les tribunaux ont réduit les possibilités pour les plaignants de prétendre à des remèdes plus systémiques (à travers des actions de groupe ou la mise en évidence de discriminations indirectes, fondées sur la disparité de situation (*disparate impact*), et non seulement de traitement²). Le contentieux est ainsi aujourd'hui entièrement dominé par des actions individuelles, visant des discriminations directes : dans un 1% des cas seulement une certification d'action de groupe est demandée ; 93% des affaires font mention uniquement d'une différence de traitement (plutôt que, ou en parallèle de, une différence de situation : *disparate impact*, cf. *supra*).

La faute en partie de cette situation à la catégorie juridique des *droits*. En plus de ses effets matériels, qui peuvent de surcroît varier entre groupes sociaux et dans le temps, la loi est un « dispositif rhétorique », qui pourvoie des ressources et du pouvoir symbolique. Indépendamment des processus judiciaires, les décisions d'autorités administratives, d'experts qui agissent en faveur de la mise en œuvre des droits contribuent à l'élaboration d'une conscience juridique, d'une « responsabilité légalisée », voire d'une « autorité managéralisée » (Edelman, 2016). Mais selon les tenants des *Critical Legal Studies*, des sciences sociales de tendance empirique, plus sceptiques quant à la capacité des droits de fonder une stratégie efficiente contre les inégalités, ceux-ci ont un pouvoir fort limité de changement social.

accommodelement de la différence est en réalité une *réimposition* de la ressemblance », à savoir des clichés et stéréotypes déjà fort répandus chez les majoritaires, qui sont ici « augmentés en intensité, car perçus comme des codes culturels ». La culturalisation des sujets et des pratiques fonctionne parce qu'elle est familière au majoritaire et non pas parce qu'elle lui serait exotique ou étrangère. Cf. Phillips A. (2007), *Multiculturalism without culture*, Princeton, PUP, p. 96 et sq.

² Enoncé dans un arrêt fondateur de la Cour suprême en 1971, *Griggs vs Duke Power Co.*, la théorie du *disparate* ou *adverse impact*, que l'on pourrait traduire par disparité de situation, recoupe la définition des discriminations indirectes en droit français et européen, à savoir : des règles, des procédures « en apparence neutres », mais qui peuvent causer un désavantage significatif pour les membres de certains groupes en particulier (parmi ceux protégés par la loi antidiscriminatoire). Aux Etats-Unis, l'arrêt *Griggs* a donné une impulsion et justification importantes aux programmes d'action positive, instrument privilégié pour prévenir et corriger les effets systémiques de la discrimination au travail.

Le modèle juridique antidiscriminatoire exige des groupes-cibles de se constituer en « victimes » (Bumiller, 1988) ; y avoir recours pourrait créer plus de problèmes que cela ne permettrait de résoudre (Lucas, 2009), d'autant que la logique actuelle de la non-discrimination se caractérise par le recentrage opéré sur le préjudice individuel, plutôt que sur la prise en compte de situations collectives (en matière de genre, de « race » ou d'ethnicité). D'aucuns affirment ainsi que des actions sociales plus fondamentales sont nécessaires pour s'attaquer à ces formes d'inégalité encastrées (Schultz, 2003).

Sans nécessairement prendre position dans le débat théorique, les auteur-es montrent pourtant comment la loi est affectée et profondément intriquée dans les hiérarchies mêmes de pouvoir qui caractérisent les rapports sociaux de « race », sexe, handicap ou âge, que le droit antidiscriminatoire se propose en théorie d'attaquer. L'enquête réalisée montre, tant sur le plan qualitatif que quantitatif, la capacité très imparfaite du droit à subvertir ces ordres de domination illégitimes. Plus, cette capacité de révision critique est mise à mal par l'incidence de facteurs récurrents, dont les effets cumulés favorisent systématiquement les employeurs au détriment des salariés. Il en va ainsi de : les asymétries structurelles de pouvoir tant au travail que devant les tribunaux ; la nature antagoniste et conflictuelle de la procédure judiciaire qui génère une forte adversité et des coûts importants pour les victimes ; l'individualisation croissante des litiges. Ensemble, ces facteurs œuvrent de manière systémique à réinscrire les *hiérarchies ascriptives*, plutôt qu'à les déstabiliser, alors que les structures, règles et conventions, prétendument neutres, tant dans l'entreprise qu'en justice, perpétuent les biais au cœur même des dispositifs contre les discriminations au travail.

La plupart des plaignants non seulement perdent ou obtiennent des dédommagements modestes, mais ils sont vilipendés par leur (ex-)employeur, cependant qu'il est très rare que les affaires jugées soient relayées par l'entreprise en interne pour promouvoir l'équité, comme le voudrait notamment une logique militante et politique en faveur des droits civiques. En lieu et place, les issues judiciaires demeurent scellées, comme encapsulées dans les clauses de confidentialité que prévoient les accords à l'amiable, bloquant ainsi toute issue de changement. La judiciarisation de la non-discrimination au travail révèle ainsi, selon les auteurs, des paradoxes et clivages profonds de la société américaine.

Cette critique hautement paradoxale et problématique, qui était déjà en partie formulée en ce qui concerne les politiques propres des entreprises, ainsi que de leurs intermédiaires et relais en matière de diversité³, se trouve désormais de la sorte étendue à l'ensemble du système antidiscriminatoire, y compris dans ses fondements juridiques. C'est tout l'intérêt et la force d'interpellation de cet ouvrage qui démontre de manière brillante dans un « procès » fait aux « droits », comment la loi antidiscriminatoire peut perpétuer biais et disparités tant en justice que sur le lieu de travail. Raison de plus pour la compléter par une action sociale et politique d'envergure et volontariste, option qui a hélas précisément tendance à décliner dans une société américaine néolibérale et « post-raciale », mais aussi également ailleurs au fil d'évolutions comparables.

³ Voir par exemple, pour la situation française, Doytcheva et al. (2008) ; Kirby and al. (2015), Krieger and al. (2015), en ce qui concerne les politiques établiennes. Pour une discussion : Doytcheva, M. (2015), *Politiques de la diversité. Sociologie des discriminations et des politiques antidiscriminatoires au travail*, Bruxelles, Peter Lang.