

Convention d'études (projet n° 3 de 2005) conclue entre l'Institut de recherches économiques et sociales et la Confédération générale du travail (CGT).

**Définition des pratiques
et des critères
de recrutement.
L'intervention syndicale
facteur de prévention
des inégalités d'accès
à l'emploi?**

Responsabilité scientifique
Daniel Guy

Coordination
Nathalie Verdale

Livre I
Inégalité d'accès à l'emploi en Midi-Pyrénées: État des lieux.
En Midi-Pyrénées, la discrimination à l'embauche est une réalité.

Livre II
Discrimination à l'embauche: état des lieux du Droit positif
De la liberté d'embauche aux moyens de lutte contre les discriminations.

Livre III
Observation des pratiques et des critères de recrutement
Le recrutement: un objet flou ?
(En cours de rédaction)

Livre IV
L'intervention syndicale
Un facteur de prévention des inégalités à l'emploi ?
(En cours de rédaction)

Inégalité d'accès à l'emploi en Midi-Pyrénées: État des lieux.

Rédaction du dossier
Nathalie Fontana

Introduction

1. REPARTITION HOMMES/FEMMES SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI

1.1. Parmi les générations les plus jeunes, le niveau d'études moyen des femmes est supérieur à celui des hommes

1.2. Les femmes ont un taux de réussite au Bac supérieur à celui des hommes elles mais se concentrent dans certaines filières d'études

1.3. Le taux d'activité féminin tend à se rapprocher de celui des hommes

1.4. Les femmes se concentrent dans certains secteurs d'activités et catégories des professions

1.5. Le taux de chômage des femmes est plus élevé que celui des hommes

1.6. Les femmes travaillent plus souvent en CDD et à temps partiel que les hommes

2. REPARTITION PAR TRANCHES D'ÂGE SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI

2.1. Le niveau d'études moyen est plus élevé chez les plus jeunes que chez leurs aînés

2.2. Le taux d'activité des seniors est en hausse mais reste plus faible que dans les autres pays européens

2.3. Les jeunes actifs sont les plus touchés par le chômage

2.4. Le taux d'emploi recule pour les jeunes et augmente pour les seniors

2.5. Les seniors et plus encore les jeunes ont une probabilité moindre d'accéder à l'emploi

2.6. Les jeunes sont davantage concernés par les formes d'emplois précaires

3. REPARTITION DE LA POPULATION SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI SELON L'ORIGINE ETHNIQUE

3.1. Le niveau global d'études des immigrés est relativement bas mais il est plus élevé chez les jeunes

3.2. Le taux d'activité des immigrés est proche de celui de l'ensemble de la population

3.3. Un taux de chômage plus élevé chez les immigrés et plus encore chez les immigrées

3.4. Une variation du taux de chômage selon le pays d'origine des immigrés

3.5. À diplôme égal, les immigrés ont moins de chances d'être en emploi que les autres

3.6. Les immigrés occupent plus souvent des postes de bas niveau de qualification

3.7. Le taux d'emploi est plus bas pour les français « issus de l'immigration »

3.8. À niveau égal de formation, les français issus de l'immigration ont une probabilité moindre d'être en emploi

4. REPARTITION DE LA POPULATION SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI SELON L'ÉTAT DE SANTE

4.1. Le niveau d'études moyen des personnes handicapées est bas

4.2. Le taux de chômage des personnes handicapées est élevé

4.3. Les travailleurs handicapés occupent plus souvent des postes de bas niveau de qualification

4.4. Les travailleurs handicapés occupent plus souvent des postes à temps partiel

4.5. À niveau égal, les personnes handicapées ont une probabilité moindre d'être en emploi

5. REPARTITION DE LA POPULATION SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI SELON L'ORIGINE SOCIO-ÉCONOMIQUE

5.1. Origine socio-économique et probabilité d'être en emploi

5.2. Origine socio-économique et mobilité sociale
REPARTITION DE LA POPULATION SUR LE
MARCHÉ DE L'EMPLOI ET INÉGALITES
D'ACCÈS À L'EMPLOI

6. REPARTITION HOMMES/FEMMES SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI

Introduction

En Midi-Pyrénées, la discrimination à l'embauche est une réalité.

Ce constat ne relève pas de l'évidence. Dans l'accès à l'emploi, comme dans d'autres domaines, la prévention se heurte d'abord à la résistance des acteurs individuels ou collectifs à la prise de conscience des pratiques problématiques. Les modalités de cette résistance sont diverses^[1] : secret et confidentialité de certaines cultures professionnelles, dénégation (ici, il ne se passe rien), minoration qu'elle prenne la forme du dévoilement retenu ou celle de la banalisation ou encore dénonciation des autres et externalisation (c'est la faute à...).

La prévention des discriminations dans le travail se heurte à de nombreux obstacles : occultation et euphémisation des pratiques discriminatoires généralement non reconnues ou considérées comme isolées et non représentatives, absence de données statistiques...^[2].

En conséquence, interroger et favoriser les conditions de possibilité de l'intervention des militants dans les pratiques et la définition des critères de recrutement comme facteur de prévention des inégalités d'accès à l'emploi, c'est d'abord contribuer à l'objectivation des pratiques discriminatoires sur les terrains d'intervention des acteurs en dressant un état des lieux au plus près de leur engagement.

C'est pourquoi, dans le cadre de cette étude dont le champ d'observation et d'analyse est étendu à la Région Midi-Pyrénées, le premier dossier présente un état des lieux des inégalités d'accès à l'emploi en Midi-Pyrénées. Cette photographie prend appui sur une synthèse des expertises et des données disponibles provenant principalement de l'INSEE, du CEREQ, de la DARES ou encore la DRTEFP de M.-P.

Les pratiques discriminatoires ne sont pas renseignées de manière équivalente selon le critère envisagé. C'est particulièrement le cas lorsque l'objectif est de dresser une photographie régionale. Si les discriminations liées au genre sont bien documentées, celles liées à l'orientation sexuelle, aux mœurs ou à l'opinion syndicale sont peu renseignées. Un important travail d'objectivation et de mise en lumière de toutes les formes de discrimination aux différents niveaux d'organisation du territoire reste à faire.

En fonction des données disponibles pour Midi-Pyrénées, cinq sections renvoyant à cinq formes de discrimination organisent la photographie d'ensemble : le genre, l'âge, l'origine ethnique, l'état de santé et l'origine socio-économique. Par catégorie, et en regard du niveau d'étude, les inégalités d'accès à l'emploi sont caractérisées par le taux d'activité, le taux de chômage et les conditions d'emploi. Chaque fois qu'une information utile pour décrire et caractériser une des cinq formes de discrimination retenues n'était pas disponible au niveau régional, nous avons projeté les données nationales.

[1] Ph. Lacombe et G. Charrier ont mis à jour ces résistances dans le cadre d'une recherche consacrée au fonctionnement des collèges et à la prévention des conduites à risques publiée dans *La Revue française de pédagogie*, n°132, en septembre 2000.

[2] Selon les travaux de Vourc'h F., V. De Rudder et M. Tripier *Racisme et discrimination dans le travail : une réalité occultée* publiés dans la revue *L'Homme et la société*, n°121-122 en juillet-décembre 1996 et repris par Garner-Moyer H. dans *Discrimination et emploi : revue de la littérature*, Documents d'études de la DARES, n°69, en mai 2003.

1. REPARTITION HOMMES/FEMMES SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI

Principales caractéristiques de la répartition hommes/femmes sur le marché de l'emploi

Parmi les générations les plus jeunes, les femmes ont un niveau d'études moyen supérieur à celui des hommes. En Midi-Pyrénées en 1999, 50 à 65% des femmes âgées de 25 à 39 ans ont au moins le bac contre 40 à 55% des hommes de la même tranche d'âge, 17,3% des femmes âgées de 25 à 29 ans sont diplômées de l'enseignement supérieur contre 13,9% des hommes de la même tranche d'âge.

Mais la différence entre métiers « masculins » et « féminins » semble influencer sur la répartition hommes/femmes dans les différentes filières d'études. En 2000, les femmes sont restées traditionnellement très présentes dans les filières du baccalauréat littéraires, économiques et sociales, tertiaires (secrétariat, comptabilité, commerce) et sont toujours sous-représentées dans les filières scientifiques et les formations à dominante industrielle. Mais quelle que soit la filière fréquentée, le taux de réussite au baccalauréat est toujours supérieur pour les filles que pour les garçons. A l'université, les femmes sont majoritaires. Elles représentent 71% des effectifs en lettres et sciences humaines mais restent largement minoritaires en sciences.

Depuis les trente dernières années, le taux d'activité des femmes a considérablement évolué. En Midi-Pyrénées, la proportion de femmes actives âgées de plus de 15 ans passe de 25,6% en 1975 à 47,1% en 1999. Les femmes représentent aujourd'hui environ la moitié de la population active.

Mais les emplois des femmes se concentrent sur certains secteurs d'activité comme les métiers du secteur tertiaire. De plus, les statuts et professions qu'elles occupent évoluent peu : en 1999, 57,1% des femmes sont employées ou ouvrières.

En outre, si les femmes sont en moyenne plus diplômées que les hommes, elles sont proportionnellement plus nombreuses à être au chômage. En 2004, le taux de chômage des femmes est de 11% contre 9% pour les hommes. Quel que soit le niveau de formation, à diplôme égal, le taux de chômage est plus élevé chez les femmes que chez les hommes. De plus, le fait d'être peu ou pas diplômé joue un rôle plus discriminant pour les femmes que pour les hommes dans l'accès à l'emploi.

Concernant les formes d'emploi, les femmes cumulent le plus souvent CDD et temps partiel. En 1999, 85% des travailleurs à temps partiel sont des travailleuses. Pour certaines travailler à temps partiel relève d'une stratégie pour la gestion de la vie hors travail (notamment familiale). Mais plus de la moitié des femmes qui travaillent à temps partiel le font parce que cela leur a été imposé à l'embauche. Ces dernières ont la durée du travail la plus courte, les horaires les plus irréguliers, ce qui rend plus difficile la gestion vie de travail/vie hors travail. Une très forte majorité d'entre elles souhaiteraient travailler davantage alors que dans le premier cas, 7/10 fois elles ne souhaiteraient pas travailler davantage.

1.1. Parmi les générations les plus jeunes, le niveau d'études moyen des femmes est supérieur à celui des hommes

Comme l'illustre la figure 1, parmi les générations les plus jeunes, les femmes sont plus diplômées que les hommes. Ainsi, 17,3% des femmes âgées de 25 à 29 ans habitant dans la région Midi-Pyrénées sont diplômées de l'enseignement supérieur contre 13,9% des hommes. Dans cette même tranche d'âge, elles sont 39,8% à avoir un Baccalauréat, un brevet professionnel (BP) ou un diplôme de niveau Bac+2 contre 35,3% des hommes. Par contre, dans la tranche d'âge 40-49 ans, les hommes sont plus nombreux que les femmes à accéder à un diplôme supérieur et à des diplômes CAP/BEP (Source: INSEE, recensement de la population 1999).

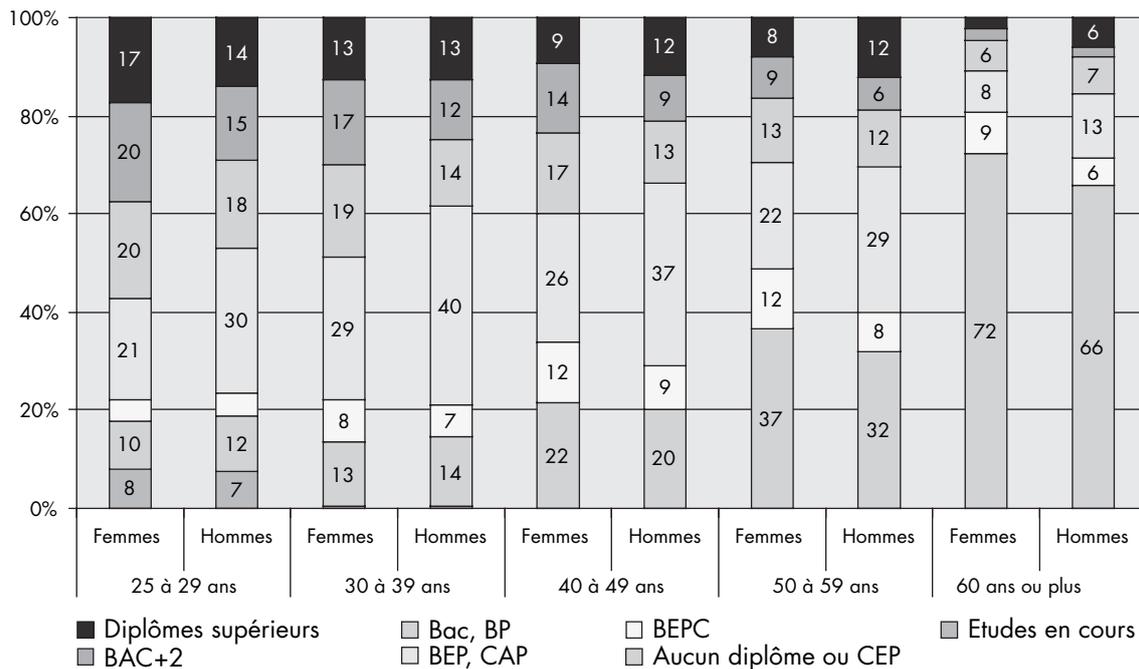


Figure 1: Population de Midi-Pyrénées de plus de 25 ans selon le diplôme le plus élevé obtenu

Source: INSEE, recensement de la population 1999; tableau des données en Annexe 1.

1.2. Les femmes ont un taux de réussite au Bac supérieur à celui des hommes elles mais se concentrent dans certaines filières d'études

Les jeunes femmes ont aujourd'hui un niveau d'étude moyen plus élevé que celui des hommes mais elles ne fréquentent pas les mêmes filières. Comme l'illustre la figure 2, les filles sont majoritaires dans la filière littéraire du Baccalauréat: parmi les élèves présentés au baccalauréat littéraire en 2004, 82,1% étaient des filles. C'est dans les filières scientifiques et professionnelles qu'elles sont le moins représentées: la proportion de filles présentées au baccalauréat scientifique en 2004 est de 44,7% et de 43,2% au baccalauréat professionnel. Mais quelle que soit la filière fréquentée, le taux de réussite au baccalauréat¹ est plus élevé pour les filles que pour les garçons (Source: Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche; cf. figure 2).

1. Le taux de réussite à un examen est le rapport entre le nombre de personnes qui sont reçues à l'examen sur le nombre de personnes qui se sont présentées.

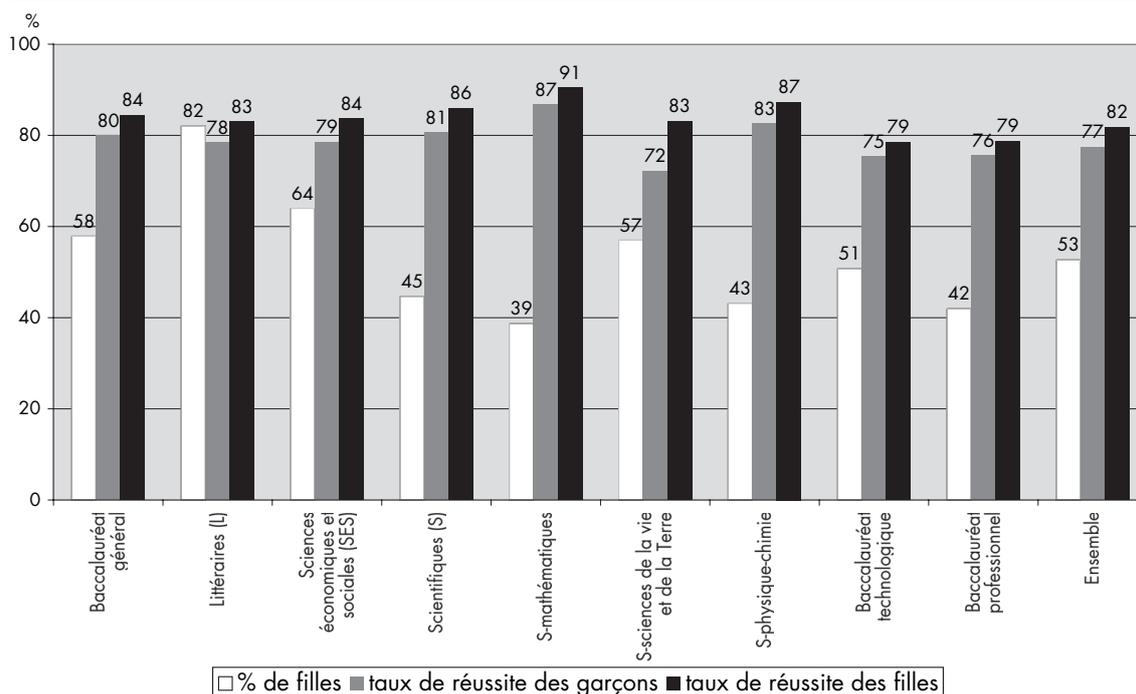


Fig. 2 : Taux de réussite au Baccalauréat à la session 2004

Source : Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ; tableaux des données en Annexe 2.

En quinze ans, la part des femmes parmi les étudiants a progressé. A la rentrée 2000, on compte dans les universités de Midi-Pyrénées 41 000 étudiantes pour 34 000 étudiants. Les femmes sont donc majoritaires, que ce soit dans les premier, deuxième ou troisième cycles universitaires. Les choix des filières d'études se font dès la classe de seconde au lycée et aboutissent à la constitution de filières d'études masculines et féminines. Ainsi, les femmes représentent 71% des effectifs en lettres et sciences humaines mais restent largement minoritaires en sciences (source : CSER Midi-Pyrénées, 2004).

1.3. Le taux d'activité féminin tend à se rapprocher de celui des hommes

Depuis 1975, le taux d'activité² des femmes sur le marché du travail a considérablement évolué et rattrape celui des hommes. Ainsi, pour la région Midi-Pyrénées, où l'on compte désormais 86 femmes actives pour 100 hommes actifs, la proportion de femmes de plus de 15 ans qui travaillent ou qui sont à la recherche d'un emploi passe de 25,6% en 1975 à 47,1% en 1999 (Source : INSEE, recensements de la population de 1975 et 1999 ; cf. Annexe 3). Cette progression est due à l'augmentation de l'activité des femmes aux âges intermédiaires qui compense le recul observé pour les moins de 25 ans et les plus de 60 ans. Au sein de la région, la Haute-Garonne détient le taux d'activité féminin le plus élevé (Source : INSEE, recensement de la population de 1999). Ce taux d'activité reste relativement stable pour les femmes ayant 2 enfants ou moins.

2. Le taux d'activité est le rapport entre le nombre d'actifs (l'ensemble des personnes de plus de 15 ans qui travaillent ou qui sont à la recherche d'un emploi, c'est-à-dire la population active) et la population globale de référence (l'ensemble des personnes âgées de plus de 15 ans).

1.4. Les femmes se concentrent dans certains secteurs d'activités et catégories des professions

Les secteurs d'activité où les femmes sont majoritaires en 1999 concentrent 53% des emplois féminins de la région, ce sont les mêmes qu'en 1990. Il s'agit des secteurs d'activités tertiaires : services personnels et domestiques (87,9% de femmes en 1999), santé et action sociale (76% de femmes), éducation (63,2% de femmes), commerce de détail et réparations (60,3% de femmes), activités associatives et extraterritoriales (57,6% de femmes) et activités financières (51,8% de femmes) et du secteur des industries et biens de consommations en habillement et cuir (68,8% de femmes) qui est actuellement en crise. Il y a donc une concentration des femmes sur certains secteurs d'activité. (Source : INSEE, recensement de la population de 1999).

En outre les PCS³ occupées par les femmes évoluent peu. La majorité des femmes (57,1%) sont employées ou ouvrières. Le taux de féminisation des employés est de 76,1%, il est de 47,8% pour les professions intermédiaires, de 39% pour les commerçants, de 33,4% pour les cadres et professions intellectuelles supérieures et pour les agriculteurs exploitants. Tandis que chez les chefs d'entreprise de plus de 10 salariés, on compte 17,6% de femmes, 19,4% chez les artisans, 17,7% chez les ouvriers. De plus, quelle que soit la catégorie socioprofessionnelle, les femmes restent majoritairement en bas de l'échelle hiérarchique (Source : INSEE, recensement de la population de 1999).

1.5. Le taux de chômage des femmes est plus élevé que celui des hommes

Les femmes sont proportionnellement plus nombreuses que les hommes à être au chômage, et ce bien qu'elles soient en moyenne plus diplômées. Ainsi, le taux de chômage⁴ des hommes en 2004 était de 9% contre 11,1% des femmes qui étaient au chômage cette même année (cf. figure 3).

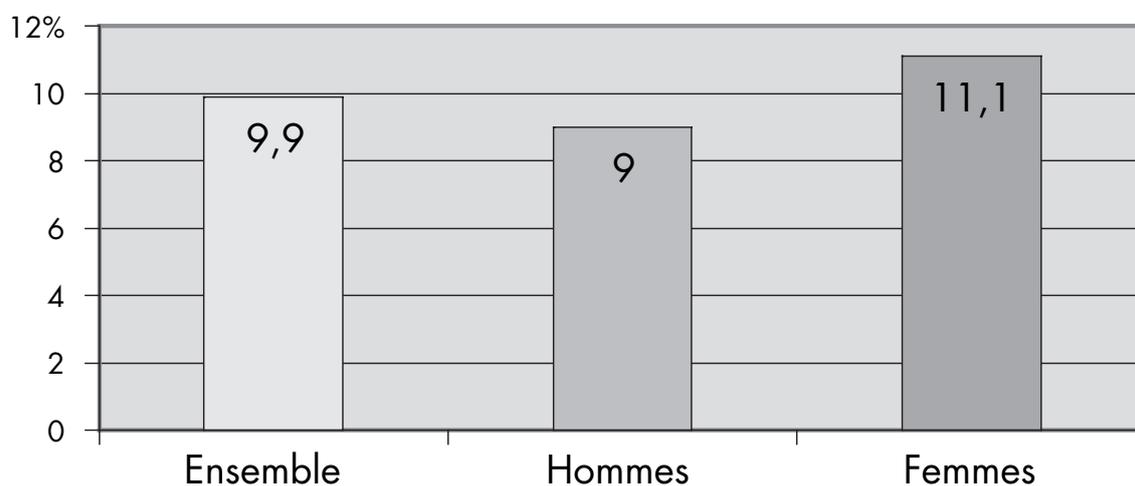


Figure 3: Taux de chômage selon le sexe, en 2004, en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquête sur l'emploi de 2004 ; tableaux des données en Annexe 4. Champ : France métropolitaine.

61% des hommes qui sont au chômage ont un niveau d'études primaire, collège ou CAP/

3. Professions et Catégories Socioprofessionnelles

4. Le taux de chômage est le pourcentage de chômeurs dans la population active. Le taux d'emploi est le pourcentage d'actifs occupés dans la population active.

BEP contre 53% des femmes qui sont au chômage. Cependant, la poursuite d'études ultérieures ne réduit pas l'écart entre hommes et femmes. Ainsi, dans la région, parmi les chômeuses, la part des femmes ayant un diplôme d'études supérieures est plus forte que celle des hommes ayant le même niveau d'études (24% pour les femmes contre 21% pour les hommes). Il en est de même pour les études secondaires: 23% des chômeuses ont fait des études secondaires contre 18% pour les hommes (Source : INSEE, recensement de la population de 1999). Le diplôme protégerait donc moins les femmes que les hommes du chômage.

1.6. Les femmes travaillent plus souvent en CDD et à temps partiel que les hommes

Les femmes cumulent le plus souvent contrat à durée déterminée et temps partiel. La moitié des titulaires de CDD sont des femmes alors qu'elles représentent 46% de la population active. Ainsi, 20,1% des femmes qui entrent en emploi se voient proposer un contrat à durée indéterminée (CDI) contre 35,3% des hommes (source : Le Minez & Roux, INSEE, 2001).

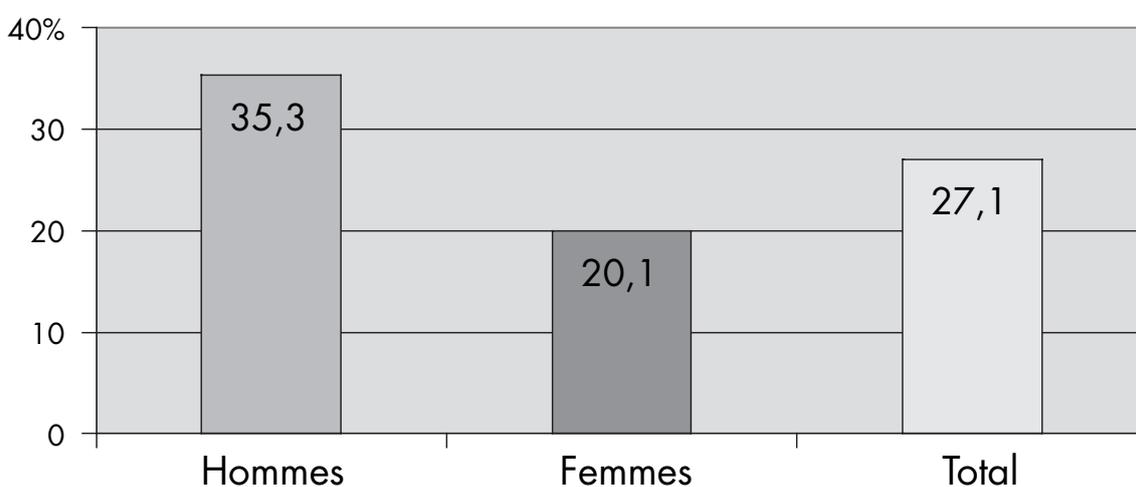


Figure 4: Part des CDI dans les entrées en emploi selon le sexe

Source : DRTEFP, enquête DMMO; tableaux des données en annexe 6. Champ : entreprises de 10 salariés et plus.

En France, le travail à temps partiel concerne 17% des salariés et 85% des salariés qui travaillent à temps partiel sont des femmes. En Midi-Pyrénées, 150 000 femmes travaillent à temps partiel. La part des emplois à temps partiel est d'autant plus forte que les femmes sont jeunes. Elle concerne 43% des salariées de 15 à 24 ans en Midi-Pyrénées (Source: INSEE, recensement de la population de 1999). Le travail à temps partiel concerne d'abord les employées (45% des employées travaillent à temps partiel dont 60% dans les services directs aux particuliers et 54% dans le commerce), puis les ouvrières (32%). Les femmes cadres sont entre 20 et 30% à travailler à temps partiel (Source: INSEE, recensement de la population de 1999).

De plus, lorsque les femmes débutent à temps partiel et ne s'arrêtent pas de travailler, leur probabilité d'occuper un emploi à temps complet est inférieure à celle des hommes. Ainsi, au début des années 90, 48,7% des femmes débutants à temps partiel occupaient cinq ans plus tard un emploi à temps complet contre 69% des hommes.

38% des femmes travaillant à temps partiel souhaiteraient exercer une activité à temps plein.

L'enquête Emploi du temps (INSEE-DARES, 1999) distingue le temps partiel « imposé à l'embauche », du temps partiel « choisi pour s'occuper des enfants » et de celui « choisi pour d'autres raisons », pour s'investir dans la formation, le bénévolat, une activité associative ou artistique, ou encore pour se dégager de conditions de travail difficiles à supporter. Les résultats de ces études sont les suivants :

- Les plus nombreuses exercent un temps partiel « imposé à l'embauche ». Il y aurait un lien entre le temps partiel « imposé » et les statuts d'emplois les plus précaires. En effet, les femmes qui travaillent à temps partiel « imposé » sont les plus jeunes et celles qui ont le statut d'emploi le plus précaire : peu diplômées, elles occupent des emplois peu qualifiés et ont les revenus les plus faibles. Elles ont la durée de travail la plus courte, les horaires les plus irréguliers, elles travaillent souvent le samedi et ont le moins la maîtrise de leurs horaires, ce qui réduit notablement leur marge de manœuvre dans l'organisation de la vie hors travail (et notamment familiale). Une très forte majorité d'entre elles souhaiteraient travailler davantage afin d'augmenter leurs revenus car leur temps de travail correspond plus à une source de revenus qu'à un moyen permettant de concilier vie professionnelle et vie familiale.
- Les femmes qui travaillent à temps partiel « choisi pour s'occuper des enfants » ont entre 35 et 55 ans et des statuts socioprofessionnels plus élevés. 38% sont des cadres (même part que pour les temps complet) et plus de la moitié sont employées. Dans 90% des cas elles occupent des emplois stables, 7 fois sur 10 elles estiment avoir eu le choix de la répartition de leurs horaires et ne souhaitent pas travailler davantage.
- Enfin, les femmes qui exercent un temps partiel « pour d'autres raisons » sont plus âgées que la moyenne des salariées et soumises à moins de contraintes par leurs enfants. 1/3 d'entre elles sont cadres (pour la plupart de la fonction publique) et la moitié sont employées dans le commerce, les services ou la fonction publique (Sources : Enquête Emploi du temps de l'INSEE, INSEE-DARES, 1999 ; Temps partiel des femmes, entre « choix » et contraintes, DARES, février 2002).

Certaines femmes, principalement en raison du poids de leur charge de travail domestique et de la priorité qu'elles accordent à la carrière de leur mari, choisissent de travailler à temps partiel. Mais, si le temps partiel peut être choisi, dans le sens où il s'inscrit dans une stratégie de gestion de la vie familiale et de la vie professionnelle, il s'agit pour une majorité de femmes d'un temps partiel imposé à l'embauche, qui s'accompagne d'un statut d'emploi précaire et de conditions de travail rendant plus difficile la gestion vie de travail/vie hors travail (et notamment familiale).

2. RÉPARTITION PAR TRANCHES D'ÂGE SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI

Principales caractéristiques de la répartition des jeunes sur le marché de l'emploi :

Les jeunes sont aujourd'hui plus diplômés que leurs aînés. Ainsi, en Midi-Pyrénées, 6% des 15-19 ans qui ont terminé leurs études n'ont aucun diplôme contre 77% des plus de 60 ans, contre 37% des 40-69 ans.

Mais il y a une part importante de jeunes qui sortent du système scolaire sans qualification. Sur les 745 000 jeunes sortis de formation initiale en 2002, si 69% sortent avec au minimum le niveau Baccalauréat, 25% sortent du système éducatif avec un niveau V et 6% d'entre eux sortent du système éducatif « sans qualification », c'est-à-dire sans formation qualifiante.

Le taux d'activité le plus bas est celui des jeunes âgés de 15 à 24 ans. Ceci est pour partie lié à l'allongement de la durée des études. En 2004, 34,1% des 15-24 ans travaillent ou recherchent un emploi contre 87,7% des 25-49 ans et 59,4 % des plus de 50 ans qui travaillent ou sont à la recherche d'un emploi.

Mais c'est dans cette tranche d'âge que l'on trouve le plus fort taux de chômage. 22,7% de ces jeunes actifs (âgés de 15 à 24 ans) sont au chômage contre 9,1% des 25-49 ans et 7,1% des plus de 50 ans.

Les jeunes ont moins de chances d'accéder à un emploi que les autres. Le taux d'emploi des jeunes à la sortie des études est en baisse et le délais d'insertion professionnelle s'allonge.

Principales caractéristiques de la répartition des seniors sur le marché de l'emploi :

Malgré une remontée récente, le taux d'emploi des 55-64 ans est plus faible en France que dans les autres pays de l'OCDE (34,2 % contre 49,4 % en 2002 ; Source : OCDE, 2003). Cette progression devrait se poursuivre au cours des années à venir et son ampleur dépendra en grande partie de l'âge de départ effectif à la retraite.

Mais c'est dans cette tranche d'âge que l'on trouve le taux de chômage le plus bas. 7,1% des plus de 50 ans sont au chômage contre 9,1% des 25-49 ans et 22,7% des 15-24 ans. Ce faible taux de chômage est pour partie lié aux retraites anticipées, qui peuvent être voulues ou provoquées par une perte d'emploi et un découragement face à la recherche d'emploi à un âge avancé.

2.1. Le niveau d'études moyen est plus élevé chez les plus jeunes que chez leurs aînés

L'allongement de la durée des études et l'élévation du niveau de formation initiale provoquent des écarts importants entre les tranches d'âge et les jeunes sont aujourd'hui plus diplômés que leurs aînés. Ainsi, comme l'illustre la figure 5, en Midi-Pyrénées, 77% des plus de 60 ans n'ont aucun diplôme ou le CEP ou le BEPC, contre 37% des 40-69 ans, 21% des 30-39 ans, 15% des 25-39 ans, 11% des 20-24 ans et 6% des 15-19 ans qui ont terminé leurs études.

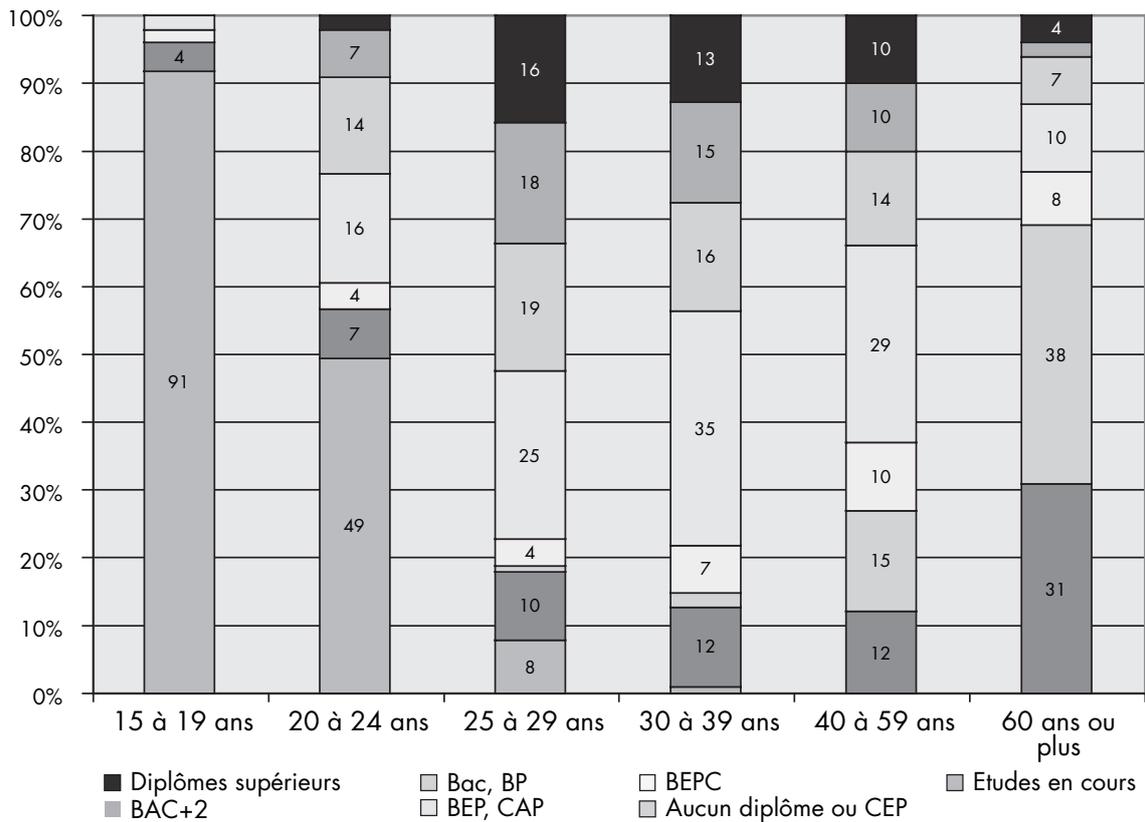


Figure 5: Répartition de la population de Midi-Pyrénées selon le diplôme le plus élevé obtenu

Source: INSEE, Recensement de la population 1999; tableau des données en annexe 7.

Durant les années 80, l'accès des élèves au niveau V (sorties de l'année terminale des de BEP, CAP et abandons de la scolarité du second cycle long avant la classe terminale) croît rapidement, passant de 80% en 1980 à plus de 92% au début des années 1990. Depuis, ce taux n'augmente plus: il est de 94% en 2003. Sur les 745 000 jeunes sortis de formation initiale en 2002, 6% d'entre eux sortent du système éducatif « sans qualification », c'est-à-dire sans formation qualifiante, en fin de collège ou en cours de préparation d'un CAP ou d'un BEP avant d'avoir atteint l'année de terminale. 25% sortent du système éducatif avec un niveau V et 69% sortent avec au minimum le niveau Baccalauréat (Source: Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, Dep). L'on peut supposer que cette catégorie sera la moins favorisée sur le marché de l'emploi.

2.2. Le taux d'activité des seniors est en hausse mais reste plus faible que dans les autres pays européens

En 2004, 34,1% des 15-24 ans travaillent ou sont à la recherche d'un emploi. C'est dans cette tranche d'âge que l'on trouve le taux d'activité le plus bas car une part importante des personnes de 15 à 24 ans poursuit des études. Ce taux d'activité est de 87,7% pour les 25-49 ans et il est de 59,4% pour les plus de 50 ans (Source: INSEE, enquête sur l'emploi de 2004). Malgré une remontée récente, le taux d'emploi des 55-64 ans est plus faible en France que dans les autres pays de l'OCDE (34,2 % contre 49,4 % en 2002; Source: OCDE, 2003).

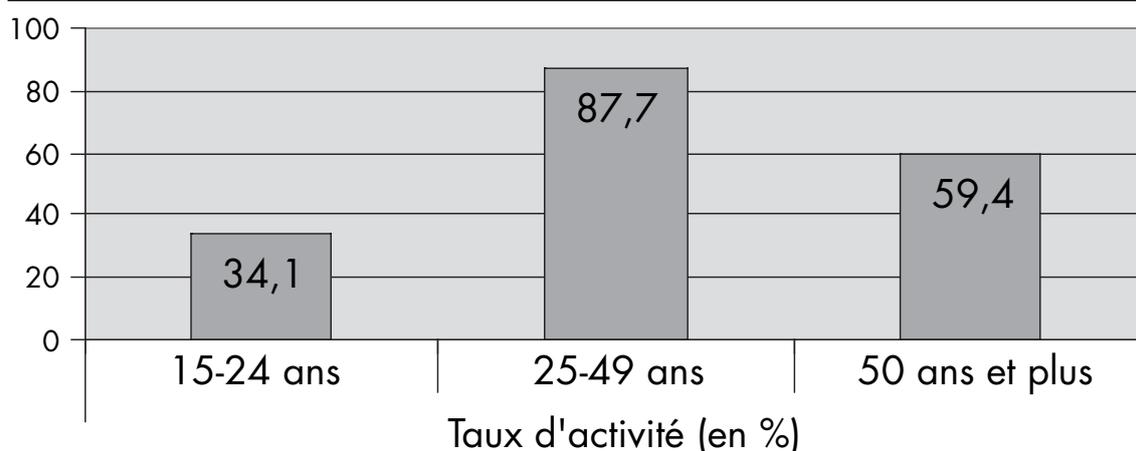


Figure 6: Taux d'activité par tranches d'âge, en 2004 en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi de 2004 ; tableau des données en annexe 8. Champ : France métropolitaine.

2.3. Les jeunes actifs sont les plus touchés par le chômage

En janvier 2002, 6,7% des actifs de plus de 50 ans sont au chômage et 17,3% des actifs de moins de 25 ans sont au chômage contre 9% de la population active (INSEE conjecture, mars 2002). Entre mars 2001 et mars 2002, le nombre de chômeurs de plus de 50 ans a progressé de 3,4% et celui des moins de 25 ans de 14% alors que cette progression était de 0,5% pour l'ensemble des chômeurs (premières informations, premières synthèses, février 2002).

C'est dans la tranche d'âge 15-24 ans que l'on trouve le taux d'activité le plus bas (34,1% des jeunes de cette tranche d'âge travaillent ou sont à la recherche d'un emploi) mais 22,7% de ces jeunes actifs sont au chômage (Source : INSEE, enquête sur l'emploi de 2004). Comme l'illustre la figure 7, ce taux de chômage est deux fois et demie supérieur à celui des 25-49 ans (9,1%) et deux fois supérieur à celui des plus de 50 ans (7,1%) (Source : INSEE, enquête sur l'emploi de 2004). Mais la durée moyenne du chômage est de 7,5 mois pour les 15-24 ans, contre 14,7 mois pour les 25-49 ans et 24,4 mois pour les 50-64 ans (INSEE, liaisons sociales, DARES, n°19, 2001).

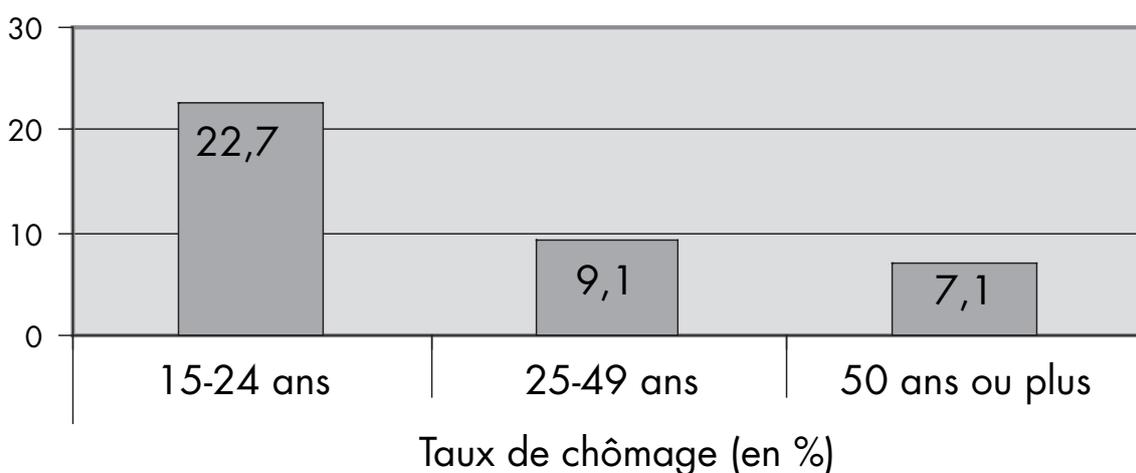


Figure 7: Taux de chômage par tranches d'âge, en 2004 en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi ; tableau des données en annexe 8. Champ : France métropolitaine.

2.4. Le taux d'emploi recule pour les jeunes et augmente pour les seniors

De 2002 à 2003, le taux d'emploi⁵ recule pour les lycéens et les apprentis : 7 mois après la fin des études, il passe de 70% en 2002 à 58% en 2003 pour les lycéens et de 75,2% à 69,2% pour les apprentis. Ce taux d'emploi varie de 23% pour les sortants de lycée non diplômés à 74% pour les diplômés en BTS et de 74% pour les apprentis non diplômés à 40% pour les apprentis ayant obtenu leur diplôme (source : Ministère de l'Education Nationale). Les jeunes diplômés de l'enseignement supérieur ne sont pas mieux lotis : leur taux de chômage atteint 6,1%, soit le 5ème rang le plus élevé des régions de France. 19% des jeunes sortant de l'apprentissage en Midi-Pyrénées un an après la fin des études sont au chômage (5e taux le plus élevé au niveau national) contre 15% au niveau national, et 5,7% sont en situation d'inactivité (2e taux le plus élevé) contre 3,1% au niveau national. De plus, la région se situe au 3ème rang de durée moyenne d'accès au premier emploi (Source : CEREQ, 2002). Ceci est peut être lié au fait que la région Midi-Pyrénées attire une population jeune.

Concernant l'emploi des seniors, en 2001, les salariés âgés de plus de 50 ans représentent 16% de l'ensemble des salariés du secteur privé non agricole et des entreprises publiques en Midi-Pyrénées contre 13% en 1994. La part des seniors dans l'emploi a progressé à partir du milieu des années 90, avec l'arrivée à la cinquantaine des premières générations du baby-boom. L'ampleur de cette progression qui devrait se poursuivre au cours des années à venir dépendra de l'âge de départ effectif à la retraite (INSEE, Enquête sur l'emploi de 2001)

2.5. Les seniors et plus encore les jeunes ont une probabilité moindre d'accéder à l'emploi

Les plus âgés sont davantage concernés par la perte de l'employabilité mesurée par la durée du chômage. Selon une enquête menée par l'ANPE de Paris-La Défense (ANPE-DDTEFP92-MC Mobilités 2001), 95% des 72 recruteurs interrogés estiment que l'âge n'est pas un critère de sélection pour l'embauche d'un consultant senior extérieur ou intérimaire, ils ne sont plus que 75% pour une embauche définitive.

Les jeunes sont aujourd'hui plus diplômés que leurs aînés mais ils ont moins de chances d'accéder à l'emploi que les autres. L'enquête INSEE *Formation et qualification professionnelle* de 2003 montre que les 18-29 ans ont moins de chances d'accéder à l'emploi que les autres tranches d'âges. « Toutes choses égales par ailleurs », un jeune homme actif âgé de 18 à 29 ans a moins de chances d'accéder à l'emploi. La probabilité qu'il y accède est inférieure de 5,4 points à celle d'un homme actif de 30 à 39 ans, inférieure de 6,5 points à celle d'un homme actif âgé de 40 à 49 ans, et inférieure de 2,4 points à celle d'un homme âgé de 50 à 65 ans. Les écarts sont encore plus importants pour les femmes. Ainsi, la probabilité qu'une jeune femme active accède à un emploi est inférieure de 5,1 points à celle d'une femme active âgée de 50 à 65 ans, inférieure de 6,9 points à celle d'une femme âgée de 30 à 39 ans, et très inférieure (de 9,8 points) à celle d'une femme âgée de 40 à 49 ans (Source : INSEE, enquête *Formation et qualification professionnelle* de 2003 ; tableau des données en annexe 15). Il y aurait donc un cumul des effets de l'âge et du sexe dans les inégalités d'accès à l'emploi.

Bien qu'actuellement le niveau à la sortie des études soit très élevé en Midi-Pyrénées, l'accès

5. Le taux d'emploi est la proportion de personnes disposant d'un emploi parmi celles en âge de travailler (15 à 64 ans). Le taux d'emploi reflète la capacité d'une économie à utiliser ses ressources en main-d'œuvre.

au marché du travail est un peu plus difficile pour les jeunes ayant suivis leurs études dans la région que pour les autres. Les études du CEREQ réalisées dans le cadre de « l'évaluation des politiques régionales de formation » soulignent que le caractère très attractif de la région rend l'accès au marché du travail plus difficile pour les jeunes qui sortent des études (Avis, CESR Midi-Pyrénées, 2004).

2.6. Les jeunes sont davantage concernés par les formes d'emplois précaires

La part des CDD (pour les entreprises de plus de 10 salariés selon l'enquête DMMO) a tendance à augmenter, surtout pour les plus jeunes. Elle est de 80% pour les jeunes contre 76% pour l'ensemble des salariés. 21% des jeunes sont embauchés en CDI contre 27,1% pour l'ensemble de la population (cf. figure 8). Plus la qualification s'élève et plus les employeurs recrutent en CDI. Mais quelque soit la qualification, la part des CDI est toujours plus faible pour les plus jeunes que pour l'ensemble de la population étudiée.

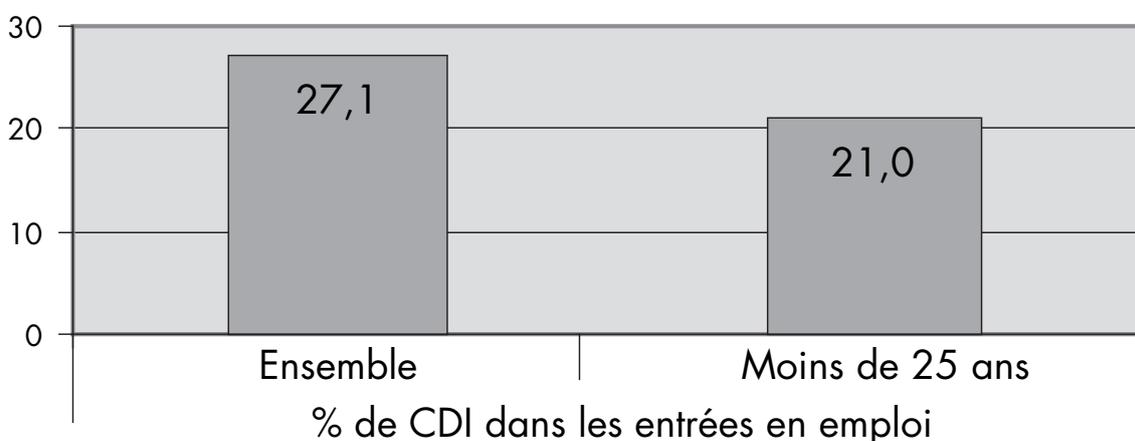


Figure 8 : Part des CDI dans les entrées en emploi selon l'âge

Source : DRTEFP, enquête DMMO; tableaux des données en annexe 6. Champ : entreprises de 10 salariés et plus.

Plus des 2/3 des jeunes de l'enquête *Génération 98* (Céreq) sont embauchés pour leur premier emploi sur la base d'un contrat temporaire (CDD ou intérim). Mais l'entrée dans le monde du travail varie selon le niveau et le domaine de formation. Plus le niveau de formation augmente, plus la part des contrats temporaires diminue : environ 70% des sortants d'écoles d'ingénieurs et de commerce accèdent à un premier emploi stable (CDI ou fonctionnaire) mais 50% environ de ceux qui sortent d'un troisième cycle universitaire ont un premier emploi temporaire. 12% des premiers contrats de travail sont des contrats aidés, parmi lesquels 1/4 d'emplois-jeunes, qui sont le plus souvent occupés par des diplômés de l'enseignement supérieur. En outre, 19% des premiers contrats sont des contrats d'intérim. Ce statut est plus fréquent chez les moins diplômés, mais il concerne également 1/3 des sortants de DUT ou de BTS industriel et 12% des sortants de second cycle scientifique.

3. RÉPARTITION DE LA POPULATION SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI SELON L'ORIGINE ETHNIQUE

Principales caractéristiques de la répartition immigrés/non immigrés sur le marché de l'emploi :

Les immigrés ont un niveau global de formation moins élevé que celui des non immigrés. 50,5% des immigrés n'ont aucun diplôme contre 25,5% des non immigrés, ce phénomène est essentiellement dû aux personnes de plus de 60 ans : plus n'une sur deux ne possède aucun diplôme.

Mais les jeunes immigrés sont mieux formés que leurs aînés. La proportion d'immigrés ayant un diplôme supérieur à Bac+2 en 2004 est même supérieure à celle des non immigrés (12,5% contre 11%).

Selon le pays d'origine des immigrés, le niveau de formation présente des différences notables. Ainsi, la part des diplômés de l'enseignement supérieur est de 11,5% pour les personnes originaires de pays d'Europe contre 31,8% pour les personnes nées en Afrique subsaharienne et 10% de celles originaires de pays d'Afrique du nord.

En Midi-Pyrénées, le chômage affecte plus et plus longtemps les immigrés que l'ensemble de la population. Ainsi, dans la région, en 1999, 30% des femmes et 21% des hommes immigrés étaient au chômage contre 16% des femmes et 10% des hommes pour l'ensemble de la population. Environ 60% des immigrés sont au chômage depuis plus d'un an contre 54% pour l'ensemble de la population de Midi-Pyrénées.

Le chômage frappe plus durement les immigrés originaires d'Afrique, particulièrement d'Afrique du Nord, et plus durement encore les femmes. Leur taux de chômage est trois fois plus important que celui de l'ensemble de la population de Midi-Pyrénées.

Les immigrés actifs occupent proportionnellement des postes moins qualifiés que les autres. Parmi les ouvriers actifs ayant un emploi, 11,9% sont des immigrés alors qu'ils ne représentent que 7,9% de la population active occupée. C'est parmi les ouvriers non qualifiés que l'on trouve la plus forte proportion d'immigrés : 14,9%.

Une partie de ces différences s'explique par le niveau de formation des immigrés mais à niveau de diplôme égal, les immigrés sont plus souvent au chômage. Ainsi, en 1999, 55% des immigrés diplômés de l'enseignement supérieur occupent des postes de cadres, contre 64% parmi l'ensemble de la population régionale.

Principales caractéristiques de la répartition des français sur le marché de l'emploi selon l'origine des parents :

Les personnes qui ont des parents immigrés ont moins accès à l'emploi que les autres. Les personnes dont les deux parents sont non immigrés représentent 92,3% de la population active étudiée et seulement 88,5% des chômeurs. Les personnes dont les deux parents sont originaires du Maghreb représentent 1,3% de la population active étudiée mais 3,5% des chômeurs. Par ailleurs, les personnes ayant un ou deux parents immigrés sont sous représentées dans le secteur privé et plus encore dans la fonction publique.

Une partie de ces écarts renvoie aux différences entre les niveaux de formation des populations étudiées.

Mais même à diplôme, âge et profession équivalents, les personnes ayant un parent immigré, et plus encore celles qui ont deux parents immigrés, ont une probabilité moindre d'obtenir un emploi.

La catégorisation statistique selon l'origine ethnique des personnes

Etudier la répartition sur le marché de l'emploi de la population selon l'origine ethnique des personnes suppose de clarifier quelques notions.

Que comprend la catégorie statistique « immigré » ? L'INSEE donne la définition suivante, tirée de la définition du BIT : « *La population immigrée est constituée des personnes nées étrangères à l'étranger et résidant en France. Elle comprend donc en partie des personnes qui, depuis leur arrivée, ont acquis la nationalité française. A l'inverse, elle exclut les français de naissance nés à l'étranger et résidant en France et les étrangers nés en France.* » (INSEE).

La catégorie statistique « français » comprend tous les français nés en France, qu'ils soient « issus de l'immigration » ou pas.

Il est délicat en France d'introduire des catégories statistiques permettant de différencier les français selon leur origine ethnique. C'est même interdit au sein de l'entreprise depuis 1978, avec la loi *Informatique et libertés* qui interdit aux entreprises « de collecter ou de traiter des données » faisant apparaître « les origines raciales ou ethniques » des salariés. Car l'introduction de catégories ethniques dans les statistiques pose des questions théoriques, méthodologiques et politiques fortes :

- Au niveau théorique le questionnement fondamental est que la construction de catégories ethniques nécessite au préalable l'existence de celles-ci. Qu'est-ce qu'une ethnie ? Comment définit-on l'appartenance ethnique d'une personne (appartenance revendiquée par l'individu concerné ? lieu de naissance des parents ? langue maternelle la plus rare ?) ? Comment traiter le cas des ascendances mixtes ? Comment établir une classification des ethnies (en fonction de la vision de la classe dominante comme c'est le cas aux Etats-Unis ? selon des données scientifiques ?) ?
- Au niveau méthodologique : quand bien même l'on se mettrait d'accord sur un critère qui serait un signe d'appartenance ethnique, comment recueillir cette information : par interview, par questionnaire, etc.
- Au niveau politique : Une catégorie statistique est-elle simplement le reflet de la réalité ou est-elle capable de modifier celle-ci ? Ne serait-ce pas l'occasion de trier les individus selon leur origine, stigmatisant socialement certains groupes, issus de l'immigration, certes, mais citoyens français ? Des enquêtes intégrant la catégorie des jeunes issus de l'immigration ne risqueraient-elles pas d'alimenter, voire de légitimer certains discours racistes ? D'un autre côté, ne pas différencier les français selon leur origine ethnique ne reviendrait-il pas à nier les différences de traitement qui sont réservés aux « français issus de l'immigration » ? (Garner pour la Dares, 2004, p16).

Si, d'un point de vue politique, tous les français, quelque soit leur origine, doivent être traités de la même manière, nombreux sont les témoignages des français « issus de l'immigration » qui rapportent une différence de traitement, notamment dans leur accès à l'emploi. D'un point de vue statistique, pour pouvoir étudier la réalité de la répartition de l'emploi, des organismes tels que l'INSEE ont depuis peu intégré des variables ethniques dans certaines de leurs enquêtes. Ainsi, nous n'avons pu obtenir de données permettant de différencier le niveau de formation de la population française selon l'origine ethnique des personnes mais seulement des données statistiques différenciant les immigrés des français de naissance. Mais nous avons néanmoins pu obtenir des données récentes concernant l'emploi des français selon leur origine ethnique.

3.1. Le niveau global d'études des immigrés est relativement bas mais il est plus élevé chez les jeunes

Une forte proportion d'immigrés n'a pas de diplôme: 42% contre 19% pour l'ensemble de la population régionale. Ce phénomène est essentiellement dû aux personnes de plus de 60 ans: plus n'une sur deux ne possède aucun diplôme. En revanche, les jeunes immigrés de 15 à 24 ans sont mieux formés que leurs aînés: il ne sont que 6% à n'avoir aucun diplôme, ce qui reste plus élevé que dans la population générale (Source: INSEE, recensement de la population 1999, exploitation complémentaire).

Concernant le niveau d'étude de la population immigrée dans la France entière, si la proportion d'immigrés ayant un diplôme supérieur à Bac+2 en 2004 est supérieure à celle des non immigrés (12,5% contre 11%), 50,5% des immigrés n'ont aucun diplôme ou le CEP contre 25,5% des non immigrés (Source: INSEE, recensement de la population 1999, exploitation complémentaire).

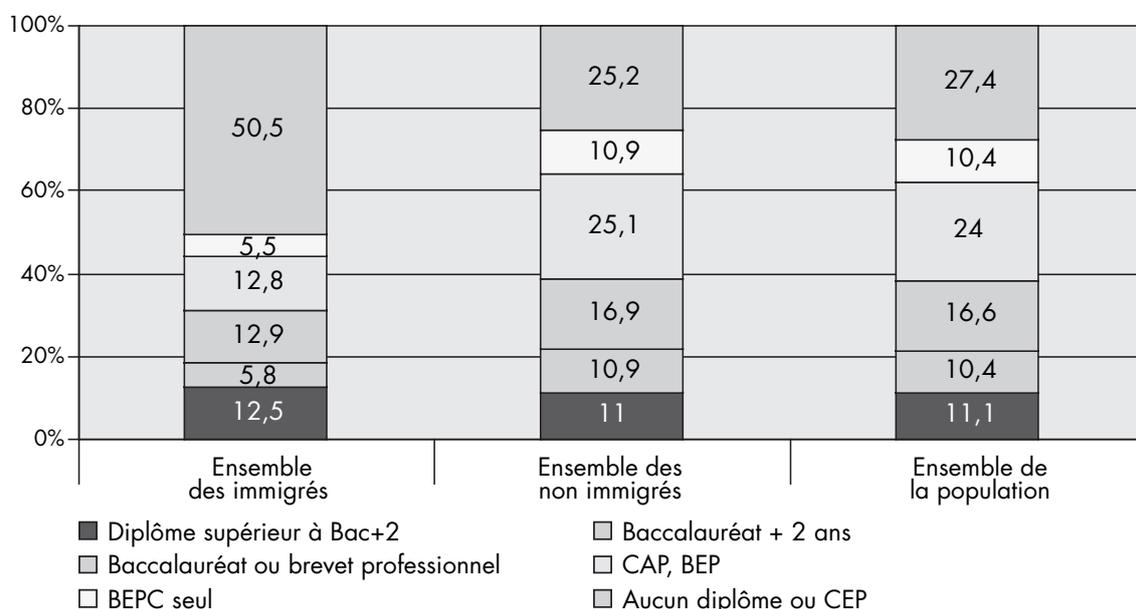


Figure 9 : Répartition des immigrés et des non immigrés en France selon le diplôme

Source : INSEE, enquête emploi de 2004 ; tableau des données en annexe 9. Champ : France métropolitaine, personnes âgées de 15 à 64 ans.

Les immigrés sont en moyenne moins diplômés que les non immigrés. Parmi les immigrés ayant terminé les études (cf figure 10), 73% ont arrêté précocement leur cursus scolaire, avant la seconde ou en classe de CAP ou de BEP, contre 69,2% pour la population générale. La part des immigrés diplômés de l'enseignement supérieur est de 13,6% contre 17,9% dans l'ensemble de la population. Mais le niveau de formation présente des différences notables selon le pays d'origine des immigrés. Ainsi, 11,5% des immigrés originaires de pays d'Europe et 10% des immigrés d'Afrique du nord sont diplômés de l'enseignement supérieur contre 31,8% des immigrés d'Afrique subsaharienne, 27% des immigrés d'Asie et 49,1% des immigrés d'Amérique et d'Océanie. Les niveaux de formations de ces trois dernières catégories sont nettement supérieurs à celui de l'ensemble des immigrés est même à celui de la population régionale (Source: INSEE, recensement de la population 1999, exploitation complémentaire).

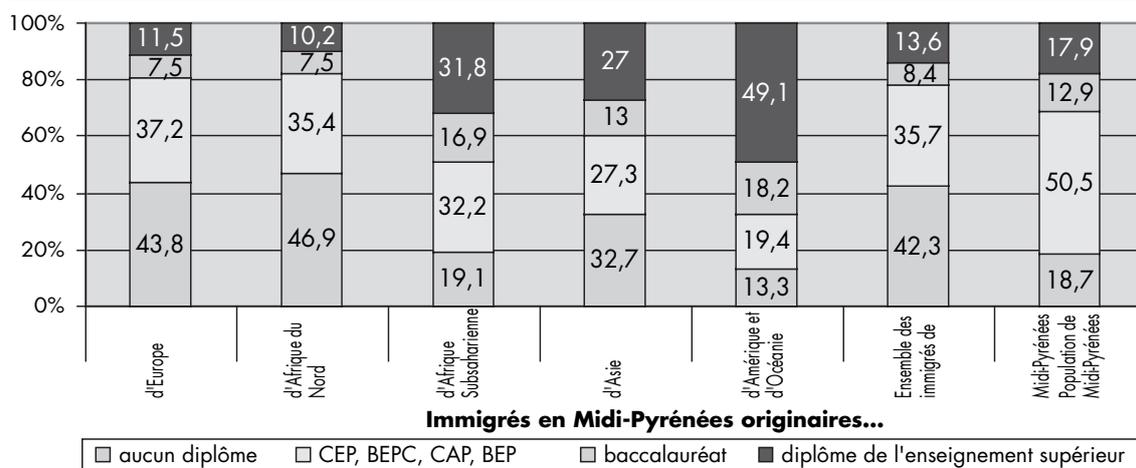


Figure 10: Répartition de la population immigrée de plus de 15 ans ayant terminé les études selon le diplôme le plus élevé obtenu

Source: INSEE, recensement de la population 1999, exploitation complémentaire; tableau des données en annexe 10.

3.2. Le taux d'activité des immigrés est proche de celui de l'ensemble de la population

Au recensement de la population de 1999, 173 6000 immigrés résident en Midi-Pyrénées où ils représentent 6,8% de la population totale et 6,6% de la population active, soit 74 800 personnes, dont 56 600 ayant un emploi et 18 200 chômeurs.

Le taux d'activité des immigrés âgés de plus de 15 ans est inférieur de 8 points à celui de l'ensemble de la population régionale (45% contre 52,7% en 1999). Cet écart est nettement plus marqué chez les femmes que chez les hommes (80,2% des hommes immigrés sont actifs contre 59,7% des femmes immigrées en Midi-Pyrénées). Cependant, de 1975 à 1999, le taux d'activité des femmes immigrées âgées de 15 à 59 ans a nettement progressé (de 33% environ à 59,7%) et tend à se rapprocher du taux d'activité de l'ensemble de la population féminine, qui est de 68% environ dans la région (Source: INSEE, recensement de la population, 1999). Comme l'illustre la figure 10, le taux d'activité des immigrés âgés de 15 à 59 ans varie selon leur origine. En Midi-Pyrénées, les personnes venues du Portugal ont le taux d'activité le plus élevé (91,4% chez les hommes et 73,5% chez les femmes contre respectivement 78,6% et 67,9% dans la population totale) (Source: INSEE, recensement de la population, 1999).

taux de chômage en %

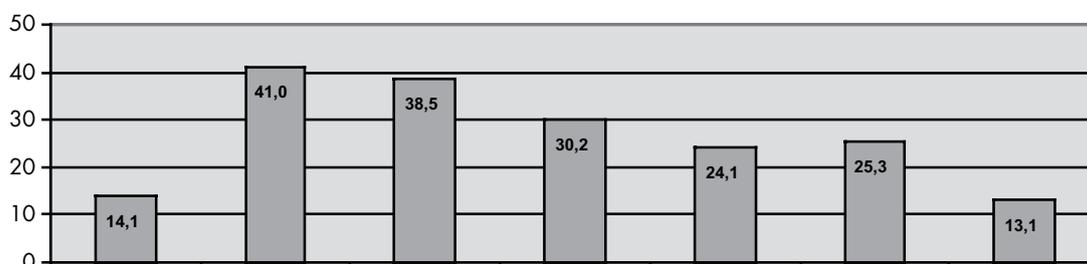


Figure 11: Taux d'activité des immigrés selon l'origine

Source: INSEE, recensement de la population de 1999, exploitation complémentaire; tableau des données en annexe 11. Champ: immigrés en Midi-Pyrénées âgés de 15 à 59 ans

3.3. Un taux de chômage plus élevé chez les immigrés et plus encore chez les immigrées

En Midi-Pyrénées, le chômage affecte plus les immigrés que l'ensemble de la population et encore plus les femmes que les hommes. Ainsi, dans la région, en 1999, 30% des femmes et 21% des hommes immigrés étaient au chômage contre 16% des femmes et 10% des hommes pour l'ensemble de la population. Comparé à la moyenne nationale, les femmes immigrées de la région sont plus durement touchées par le chômage qui concerne 30% d'entre elles contre 25% au niveau national. Les jeunes femmes sont parmi les plus exposées : dans la région, 46% des immigrées âgées de 20 à 29 ans sont au chômage contre 26% pour l'ensemble des femmes de cette tranche d'âge. De plus, les immigrés sont plus nombreux que l'ensemble de la population de Midi-Pyrénées à être au chômage depuis plus d'un an : environ 60% contre 54% (Source : INSEE, recensement de la population, 1999).

3.4. Une variation du taux de chômage selon le pays d'origine des immigrés

Le chômage frappe plus durement les immigrés originaires d'Afrique, particulièrement d'Afrique du Nord, et plus durement encore les femmes. En 1999 en Midi-Pyrénées, près d'une femme active sur deux et d'un homme actif sur trois issus des pays d'Afrique du Nord sont à la recherche d'un emploi. Ce taux de chômage est trois fois plus important que celui de l'ensemble de la population de Midi-Pyrénées. Par contre, le taux de chômage des immigrés issus de l'union européenne (à 15) est de 13% environ, ce qui est proche de celui de l'ensemble de la population de la région (Source : INSEE, recensement de la population, 1999 ; cf. figure 11).

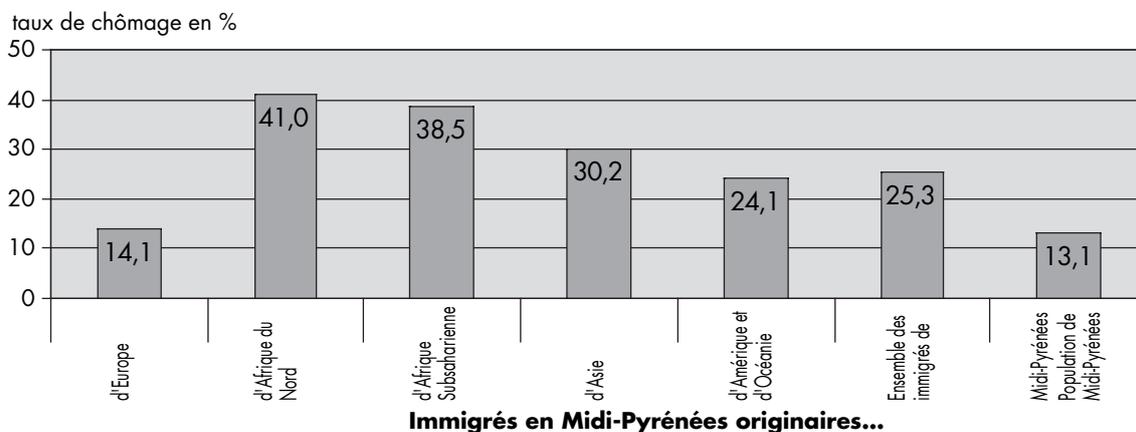


Figure 12: Taux de chômage des immigrés de 15 à 59 ans selon l'origine

Source : INSEE, recensement de la population de 1999, exploitation complémentaire; tableau des données en annexe 12.

3.5. A diplôme égal, les immigrés ont moins de chances d'être en emploi que les autres

Comme l'illustre la figure 12, à niveau de diplôme égal, les immigrés sont deux fois plus souvent au chômage. Ainsi, en 1999, 55% des immigrés diplômés de l'enseignement supérieur occupent des postes de cadres, contre 64% parmi l'ensemble de la population régionale (source : INSEE, recensement de la population de 1999).

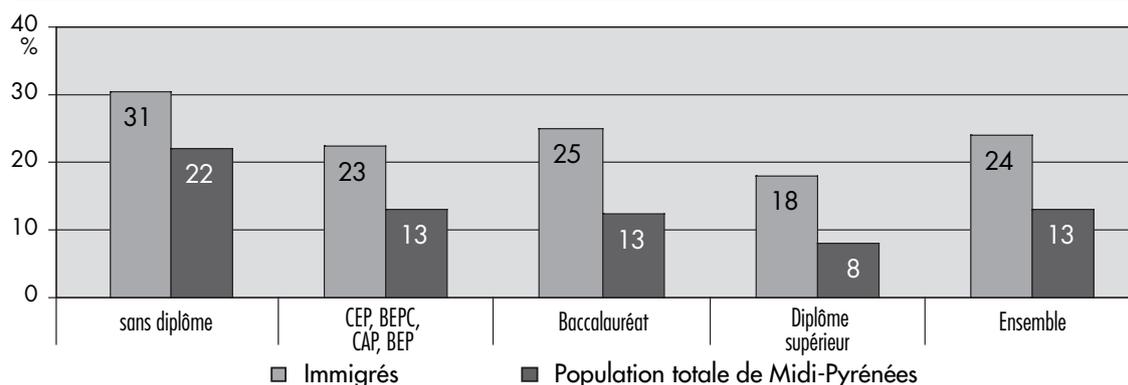


Figure 13: Taux de chômage des immigrés selon le diplôme

Source : INSEE, recensement de la population 1999 (In Atlas des populations immigrées en Midi-Pyrénées, INSEE).

3.6. Les immigrés occupent plus souvent des postes de bas niveau de qualification

La position sociale des immigrés renvoie en partie à leur faible niveau d'études mais pas seulement : même lorsqu'ils ont fait des études supérieures, les immigrés se retrouvent plus souvent que les autres au chômage et occupent moins souvent que les autres des postes de cadres ou des professions intermédiaires.

Parmi les ouvriers actifs ayant un emploi, 11,9% sont des immigrés alors qu'ils ne représentent que 7,9% de la population active occupée. C'est parmi les ouvriers non qualifiés que l'on trouve la plus forte proportion d'immigrés : 14,9% (Source : INSEE, enquête emploi de 2004, Cf. figure 13).

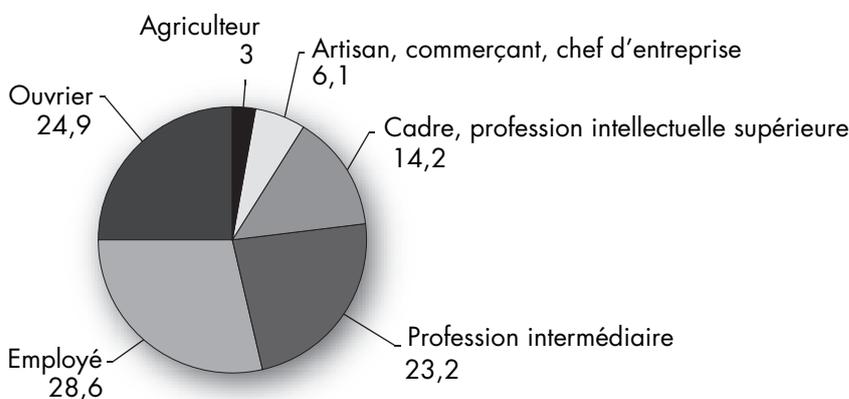


Figure 14: Répartition de la population active occupée par PCS

Source : INSEE, enquête emploi de 2004 ; tableau des données en annexe 14. Champ : Français âgés de 15 à 65 ans, nés en France.

Les hommes immigrés occupent plus souvent que les non immigrés des emplois d'ouvriers (50,1% contre 35,8%). Les femmes immigrées sont un peu plus souvent employées que le reste des femmes (53,4% contre 48,3%) et se distinguent par une plus forte présence dans les métiers de services directs aux particuliers que pour les non immigrées (28,4% contre 11,4%) (Source : INSEE, enquête emploi de 2004 ; Cf. figures 14 à 17).

Figure 15 :
Répartition par CSP des hommes non immigrés ayant un emploi

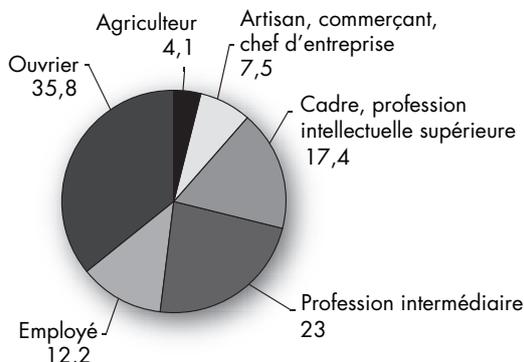


Figure 16 :
Répartition par CSP des hommes immigrés ayant un emploi

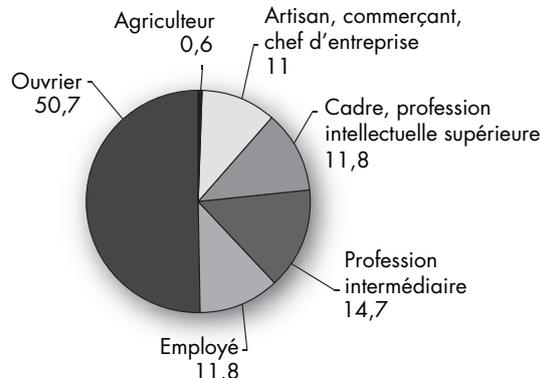


Figure 17 :
Répartition par CSP des femmes non immigrées ayant un emploi

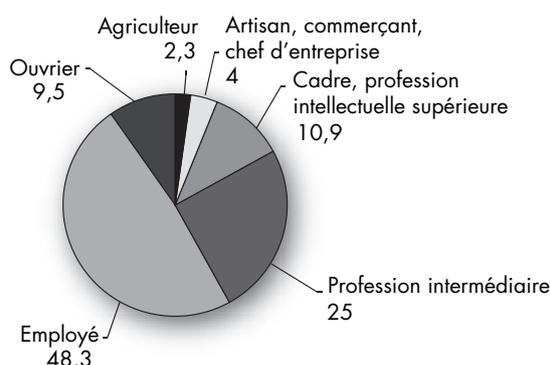
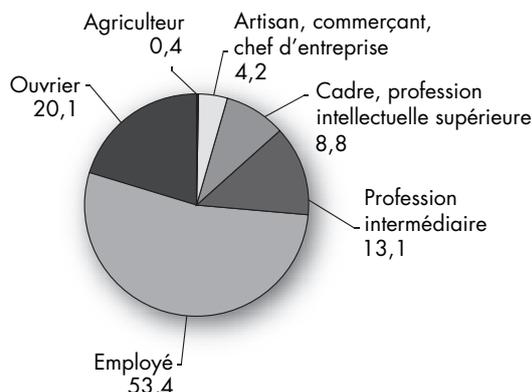


Figure 18 :
Répartition par CSP des femmes immigrées ayant un emploi



Source : INSEE, enquête emploi de 2004 ; tableau des données en annexe 14. Champ : Français âgés de 15 à 65 ans, nés en France.

3.7. Le taux d'emploi est plus bas pour les français « issus de l'immigration »

L'enquête Formation et qualification professionnelle contient pour la première fois en 2003 des informations sur l'origine nationale des enquêtés par le biais de questions relatives au pays de naissance et à la nationalité de naissance des deux parents de chacune des 34 517 personnes interrogées (Cf. figure 18).

Concernant l'accès à l'emploi, les personnes dont les deux parents sont non immigrés représentent 92,3% de la population active étudiée et 88,5% des chômeurs. Les personnes qui ont un parent originaire du Maghreb représentent 0,4% de la population active et 0,6% des chômeurs. Les personnes qui ont ou deux parents originaires d'Europe se trouvent en moyenne dans la même situation face à l'emploi : les premiers représentent 3,4% de la population active et 3,8% des chômeurs, les seconds 0,4% de la population active et 0,6% des chômeurs. Les plus mal loties sont les personnes dont les deux parents sont originaires du Maghreb : ils représentent 1,3% de la population active étudiée mais 3,5% des chômeurs. Par ailleurs, les personnes ayant un ou deux parents immigrés sont sous représentées dans le secteur privé et plus encore dans la fonction publique. C'est d'autant plus le cas pour les

personnes qui ont deux parents d'origine maghrébine: ils ne représentent que 1% des salariés du privé et 0,6% des salariés du public (Source: INSEE, enquête Formation et qualification professionnelle 2003 ; tableau des données en annexe 14).

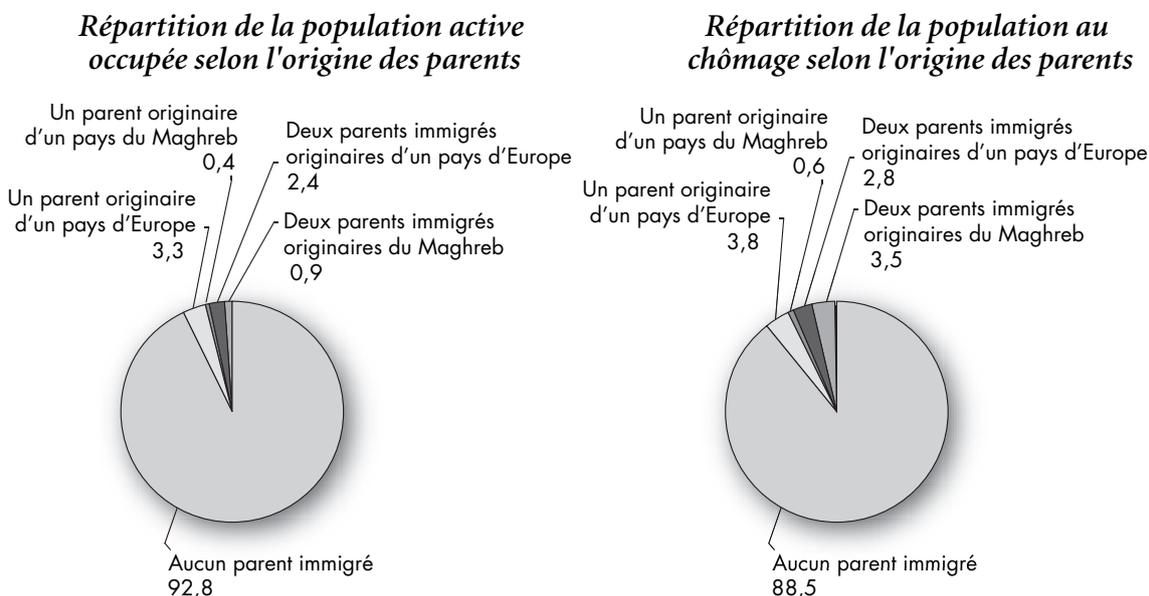


Figure 19: Répartition de la population active selon l'origine des parents :

Source: INSEE, enquête formation et qualification professionnelle 2003 ; tableau des données en annexe 14. Champ: Français âgés de 18 à 65 ans, nés en France.

3.8. A niveau égal de formation, les français issus de l'immigration ont une probabilité moindre d'être en emploi

Une partie de ces écarts renvoie aux différences entre les niveaux de formation des populations étudiées mais l'enquête Formation et qualification professionnelle montre que même à diplôme, âge et profession équivalents, les personnes ayant un parent immigré, et plus encore celles qui ont deux parents immigrés, ont une probabilité moindre d'obtenir un emploi. Ainsi, un homme actif ayant deux parents immigrés a moins de chance d'accéder à l'emploi : la probabilité qu'il y accède est inférieure de 2,7 points à celle d'un actif n'ayant aucun parent immigré. Pour un homme actif ayant un parent immigré, cette probabilité reste inférieure de 2 points à celle d'un actif n'ayant aucun parent immigré. Pour une femme ayant deux parents immigrés, la probabilité qu'elle ait un emploi est inférieure de 4,4 points à celle d'une femme active n'ayant aucun parent immigré (Source: INSEE, enquête formation et qualification professionnelle 2003 ; tableau des données en annexe 15).

Le rapport du Haut Conseil de l'intégration paru en novembre 2001 s'alarme des discriminations dont sont victimes les salariés français d'origine étrangère. 11% des français issus de l'immigration ou originaires de DOM TOM qui possèdent un diplôme de deuxième ou troisième cycle sont au chômage contre 5% des français dits « de souche ». A peine 6% d'entre eux sont cadres contre plus de 11% pour la France entière. 45% des français d'origine étrangère sont ouvriers contre 28% pour la France entière. 43% des français originaires des Dom Tom sont employés contre 30% de la population métropolitaine (CREDOC-HCI, 2001).

Viprey & Deroche (1997) relèvent que dans la logique des entreprises françaises, les discriminations à l'égard des jeunes issus de l'immigration sont justifiées par le risque de perte d'une clientèle, les phénomènes de logiques communautaires à l'œuvre au sein du personnel et la volonté de maintenir les équilibres entre ces communautés, le goût de l'employeur pour la discrimination. Ils relèvent également la logique des intermédiaires (ANPE, missions locales, cabinets de recrutement, etc.) qui sont amenés à développer, consciemment ou non, des logiques discriminatoires. D'une part parce qu'il est accordé une importance grandissante aux critères subjectifs, susceptibles d'être discriminants. D'autre part, du fait de la concurrence régnant sur les marchés de placement des travailleurs et de la nécessité de satisfaire les entreprises clientes, les intermédiaires de l'emploi présupposent parfois le bien fondé de l'argumentation des employeurs, anticipent sur des réactions racistes, protègent des populations d'échecs assurés. On parle dans ce cas de conformité aux pressions (Rebzani, 2000) : les intermédiaires anticipent les pressions des employeurs, qui eux-mêmes anticipent ou se conforment aux pressions de clients et des salariés.

4. REPARTITION DE LA POPULATION SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI SELON L'ÉTAT DE SANTÉ

Principales caractéristiques de la répartition sur le marché de l'emploi selon l'état de santé:

Le niveau d'étude de la population handicapée est relativement bas. La proportion des personnes handicapées qui possèdent un CAP ou un BEP est proche de la moyenne de la population générale mais les bacheliers sont rares.

Les personnes handicapées sont plus souvent et restent plus longtemps au chômage que les autres. Le chômage est deux fois plus fréquent pour les personnes actives dont le handicap est reconnu par une administration que dans la population générale (17% contre 9% en moyenne en mars 2002).

Les personnes handicapées occupent plus souvent des postes de bas niveau de qualification. Elles ont moins souvent des postes de cadres et plus souvent des postes d'ouvriers que pour l'ensemble de la population.

Le travail à temps partiel concerne plus les travailleurs handicapés que les autres. Ainsi, 18% des travailleurs handicapés de catégorie A, 24% des travailleurs handicapés de catégorie B et 25% des travailleurs handicapés de catégorie C travaillent à temps partiel, contre 16% pour l'ensemble des actifs occupés.

Le fait que la population handicapée soit moins diplômée et plus âgée que la population générale conditionne en partie ces inégalités.

Mais « toutes choses égales par ailleurs », avoir un problème de santé ou un handicap diminue notablement les chances de travailler. A sexe, âge et diplôme donnés, déclarer un problème de santé de longue durée ou un handicap diminue de moitié les chances d'avoir un emploi, déclarer une limitation au travail les divise par trois.

La catégorisation statistique selon l'état de santé des personnes

Les enquêtes exploitées dans ce paragraphe qui étudient la répartition de la population sur le marché de l'emploi en fonction de l'état de santé des personnes utilisent la classification suivante:

- Catégorie A : personnes ayant déclaré avoir un handicap ou un problème de santé de plus de six mois. Cela représente 9,2 millions de personnes en France (sur les 38,3 millions de personnes âgées de 15 à 64 ans en France) dont 51% de femmes.
- Catégorie B : personnes ayant un handicap limitant leur capacité à travailler (quantité ou nature de travail ou trajet domicile/travail). Cela représente 4,9 millions de personnes en France dont 54% de femmes.
- Catégorie C : personnes ayant un handicap reconnu par une administration au sens de la loi de 1987 (travailleurs handicapés reconnus par la Cotorep, accidentés du travail, invalides pensionnés et assimilés). Cela représente 1,3 millions de personnes en France dont 42% de femmes

4.1. Le niveau d'études moyen des personnes handicapées est bas

Comme le montre la figure ci-dessous, la proportion des personnes handicapées qui possèdent un CAP ou un BEP est proche de la moyenne de la population générale mais les bacheliers sont rares.

Ceci est à mettre en regard avec la structure par catégories sociales qui montre que les ouvriers sont plus souvent handicapés que les cadres. Cela peut s'expliquer parce que, d'une part, les personnes handicapées ont dès leur jeunesse moins accès aux études et aux diplômes élevés, et se retrouvent donc plus souvent ouvriers ; d'autre part, les ouvriers sont plus soumis que les autres catégories sociales aux accidents du travail et sont donc plus susceptibles que les autres PCS de devenir handicapés.

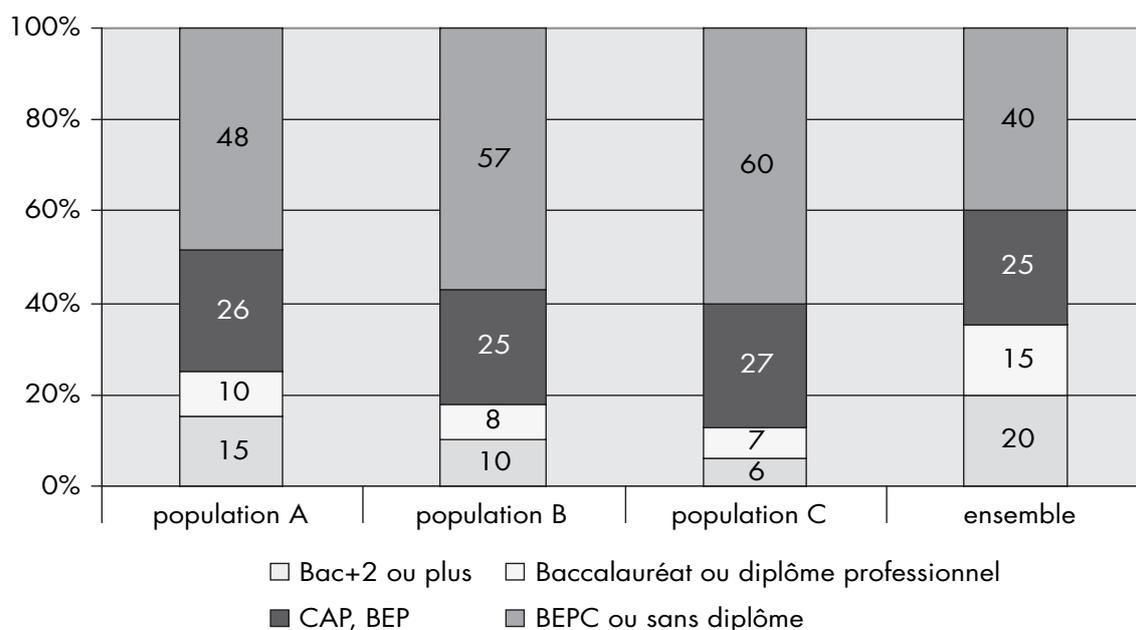


Figure 20: Répartition par catégorie de handicap de la population de 15 à 64 ans selon le diplôme

Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002. Traitement : DARES (In France portrait social, 2004/2005).

4.2. Le taux de chômage des personnes handicapées est élevé

Le fait que la population handicapée soit moins diplômée et plus âgée que la population générale amplifie les inégalités d'accès à l'emploi. Les personnes handicapées en âge de travailler sont moins souvent en emploi que les personnes valides. Ainsi, 55% de celles qui déclarent un problème de santé ou de handicap et 37% de celles qui ont une reconnaissance administrative ont un emploi contre 62% de l'ensemble des personnes âgées de 15 à 64 ans (Cf. figure 20).

Les personnes handicapées sont plus souvent et restent plus longtemps au chômage que les autres. Le chômage est deux fois plus fréquent pour les personnes actives dont le handicap est reconnu par une administration que dans la population générale (17% contre 9% en moyenne en mars 2002). Le motif d'entrée au chômage reste le plus souvent la fin d'un contrat ou les raisons de santé. Mais les licenciements sont plus fréquents et les démissions plus rares que dans la population générale (Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002 ; traitement DARES ; tableau des données en Annexe 17).

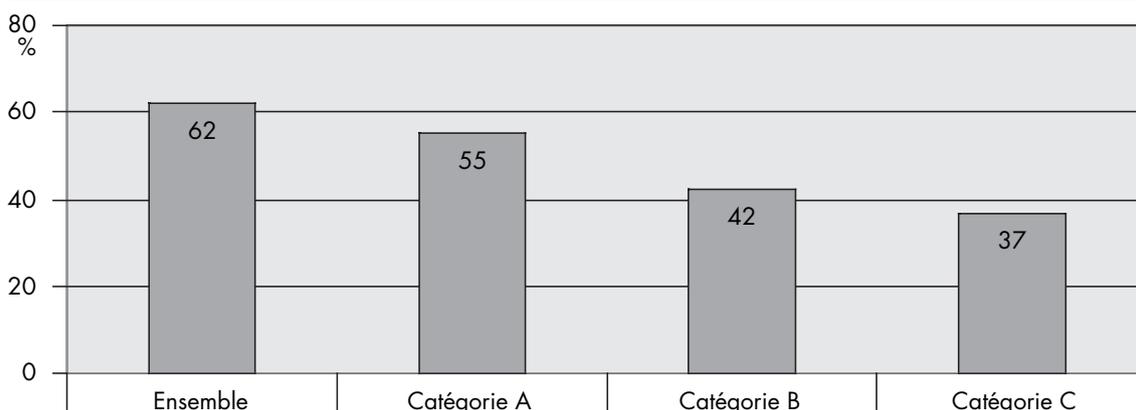


Figure 21 : Taux d'emploi selon le handicap

Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002 ; traitement DARES ; tableau des données en Annexe 16. Champ : ensemble de la population âgée de 15 à 64 ans

4.3. Les travailleurs handicapés occupent plus souvent des postes de bas niveau de qualification

Le niveau d'études conditionnant largement la répartition dans les PCS, les personnes handicapées occupent moins souvent des postes de cadres et plus souvent des postes d'ouvriers que pour l'ensemble de la population. La proportion d'employés et de professions intermédiaires est proche mais globalement inférieure à celle de l'ensemble de la population (Cf. figures 21 à 24).

Figure 22 :
Répartition par CSP de la population active occupée

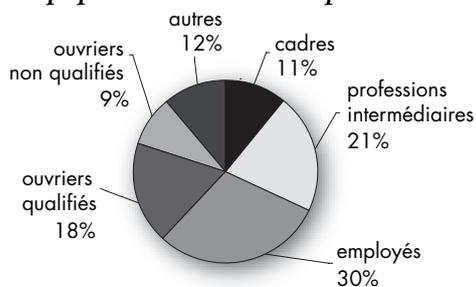


Figure 23 :
Répartition par CSP des actifs occupés ayant un handicap de catégorie A

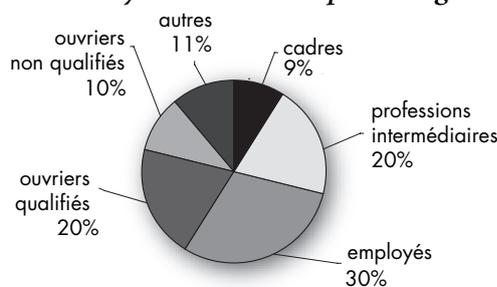


Figure 24 :
Répartition par CSP de la population active occupée

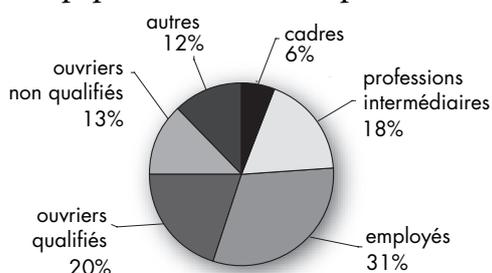
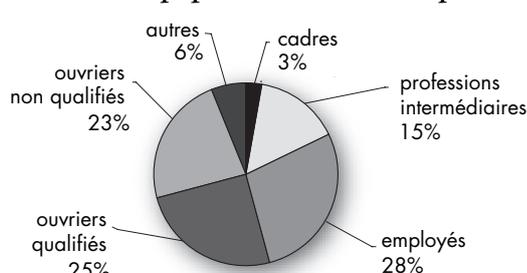


Figure 25 :
Répartition par CSP de la population active occupée



Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002 ; traitement DARES ; tableau des données en Annexe 18.

4.4. Les travailleurs handicapés occupent plus souvent des postes à temps partiel

Concernant le statut du contrat de travail, les personnes qui ont déclaré avoir un handicap ou un problème de santé ont des statuts d'emploi peu différents de l'ensemble de la population. Les personnes ayant un handicap limitant leur capacité à travailler (catégorie B) sont un peu plus souvent indépendants (13%). Les personnes ayant un handicap reconnu par une administration (catégorie C) sont moins souvent indépendants (6%) ou fonctionnaires (19%) plus souvent en CDI (65%) mais aussi plus souvent en emplois précaires (10%) (Source: Insee, 2002).

Le travail à temps partiel concerne plus les travailleurs handicapés que les autres. Ainsi, 18% des travailleurs handicapés de catégorie A, 24% des travailleurs handicapés de catégorie B et 25% des travailleurs handicapés de catégorie C travaillent à temps partiel, contre 16% dans l'ensemble des actifs occupés (Source: Insee, 2002; Cf. figure 25).

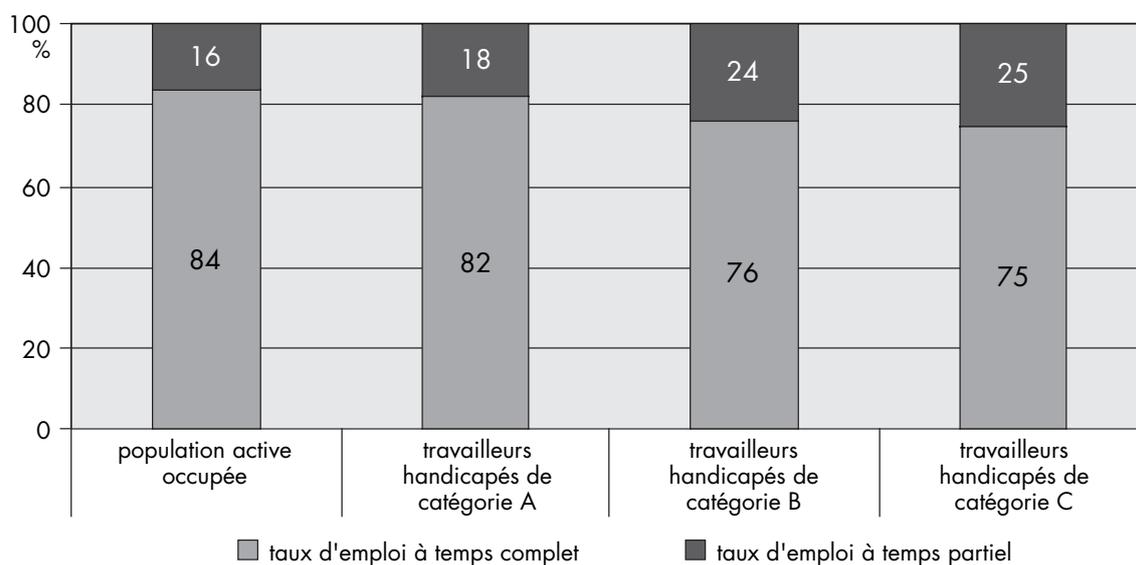


Figure 26 : Répartition de la durée de travail des actifs occupés selon l'état de santé

Source: INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002; traitement DARES; tableau des données en Annexe 18.

4.5. A niveau égal, les personnes handicapées ont une probabilité moindre d'être en emploi

A sexe, âge et diplôme donnés, une personne qui déclare un problème de santé de longue durée ou un handicap voit ses chances d'avoir un emploi diminuer de moitié par rapport à une personne qui n'en déclare pas. La déclaration d'une limitation par rapport à l'emploi est encore plus pénalisante. Une personne qui déclare une limitation au travail voit ses chances d'avoir un emploi divisées par trois par rapport à une personne qui n'en déclare pas. Une personne ayant une reconnaissance administrative voit ses chances d'avoir un emploi presque divisées par trois par rapport à une personne qui n'a pas de reconnaissance administrative. « Toutes choses égales par ailleurs », avoir un problème de santé ou un handicap diminue donc notablement les chances de travailler. Cependant, lorsque l'origine du handicap ou du problème de santé est liée au travail (dans 20% des cas), les personnes sont plus nombreuses à travailler. On peut y voir en effet de la loi qui contraint les entreprises à garder en emploi

un salarié victime d'un accident du travail ou de maladie professionnelle. Mais les difficultés d'accès à l'emploi restent importantes pour les personnes handicapées qui sont sur le marché du travail. Ainsi la reconnaissance administrative, qui devrait être un atout pour l'accès à certains emplois répondants à l'obligation légale dans les établissements privés et administrations, est loin de garantir l'accès à l'emploi des personnes handicapées (Source: INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002; traitement DARES; tableau des données en Annexe 19).

5. REPARTITION DE LA POPULATION SUR LE MARCHÉ DE L'EMPLOI SELON L'ORIGINE SOCIO-ECONOMIQUE

Principales caractéristiques de la répartition sur le marché de l'emploi selon l'état de santé:

Nous avons vu que l'accès à l'emploi est plus difficile (notamment) pour les femmes, les juniors, les seniors, les immigrés, les enfants d'immigrés et les personnes handicapées. Les effets du sexe, de l'âge, de l'origine ethnique et de l'état de santé pouvant se combiner et amplifier les inégalités d'accès à l'emploi.

A ces facteurs s'ajoute l'origine socio-économique des personnes qui influe également sur la probabilité d'être en emploi ou au chômage. « Toutes choses égales par ailleurs », une personne dont le père est ouvrier a moins de chances d'accéder à un emploi qu'un enfant d'artisan, de commerçant, de chef d'entreprise, de cadre du public ou d'agriculteur. Les employés et les ouvriers sont plus touchés par le chômage que les cadres, professions intellectuelles supérieures et professions intermédiaires.

Par ailleurs, l'origine socio-économique influe également sur la mobilité sociale. Le capital scolaire détenu par les jeunes à l'entrée de la vie active est toujours fortement conditionné par leur origine sociale. De plus, les jeunes les moins diplômés mettent nettement plus de temps à trouver leur premier emploi.

5.1. Origine socio-économique et probabilité d'être en emploi

Le taux de chômage est autour de 10% de la population active mais ce taux présente des variations en fonctions de la catégorie professionnelle des personnes concernées (Source : INSEE, enquête sur l'emploi de 2004). Ainsi, les employés et les ouvriers sont plus touchés par le chômage que les cadres, professions intellectuelles supérieures et professions intermédiaires (cf. figure 21).

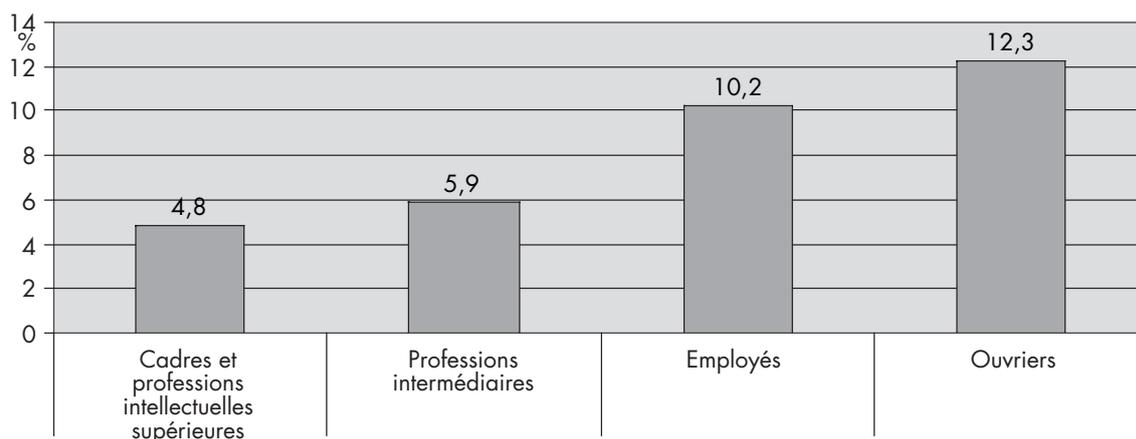


Figure 27: Taux de chômage en fonction de la PCS, en 2004, en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi; tableau des données en Annexe 20.

L'origine socio-économique semble jouer un effet important sur le fait d'être ou non en emploi. Ainsi, « toutes choses égales par ailleurs », un homme dont le père est ouvrier du privé a moins de chances d'accéder à un emploi qu'un homme dont le père est

artisan/commerçant/chef d'entreprise (2 points d'écart), cadre du public (3,5 points d'écart) ou agriculteur (8,6 points d'écart). Une femme dont le père est ouvrier du privé a moins de chances d'accéder à un emploi qu'une femme dont le père est cadre du public (1 point d'écart), profession intermédiaire du public (3 points d'écart) ou agriculteur (8,6 points d'écart). Mais elle a plus de chances d'accéder à un emploi qu'une fille de cadre du privé (3,1 points d'écart) (Source : INSEE, enquête Formation et qualification professionnelle 2003 ; tableau des données en annexe 15).

5.2. Origine socio-économique et mobilité sociale

L'enquête Génération 98 du Céreq montre que le niveau d'études détenu par les jeunes à l'entrée de la vie active est toujours fortement conditionné par leur origine sociale. Ainsi, 66% des jeunes diplômés d'une école de commerce sont issus d'une famille avec au moins un parent cadre contre 6% des jeunes sortants du système scolaire sans qualification. 7% de ceux qui sortent du système scolaire sans diplôme ont un père au chômage contre 2% de ceux qui sont diplômés de l'enseignement supérieur. De même, le niveau d'étude des jeunes femmes est positivement corrélé avec le taux d'activité de leurs mères : 28% de celles qui n'ont aucun diplôme ont une mère qui n'a jamais travaillé contre 10% des plus diplômées. De plus, les moins diplômés mettent nettement plus de temps à trouver leur premier emploi. Ainsi, 23% des non qualifiés trouvent leur emploi plus d'un an après la sortie des études alors que seulement 2% des diplômés d'une école de commerce ou d'ingénieurs sont sans emploi un an après la sortie des études. Mais l'entrée dans le monde du travail varie également selon le domaine de formation. Ainsi, les diplômés à bac+2 de la santé et du secteur social trouvent plus rapidement leur premier emploi que l'ensemble des titulaires d'un DEUG, d'un BTS ou d'un DUT.

BIBLIOGRAPHIE

- Borgogno, V. ; Frickey, A. Primon, JL & Vollenweider-Andresen, L., 2004, Identification des discriminations dans l'accès à l'emploi des diplômés du supérieur issus de l'immigration, Migrations études, n°124, juillet 2004.
- Bouhmadi, R. ; Lattes, JM & Plassard, JM, 2000, Discriminations et marché du travail : une approche interdisciplinaire, Notes LIRHE 2000.
- Capel-Dunn, J., 2001, L'insertion professionnelle des étrangers : 1999-2000, Notes et Documents de la DPM, n°48, février 2001.
- CEREQ, Enquête génération 98.
- CEREQ, Politiques régionales de formation professionnelle 1993-2003.
- CESR M-P, 2004, Quelle politique de jeunesse pour la région Midi-Pyrénées ?, Avis, CESR Midi-Pyrénées, assemblée plénière du 5 novembre 2004.
- CRESOC pour le HCI, 2001, Les parcours d'intégration : l'accès des «français d'origine étrangère» et originaires des DOM TOM aux fonctions d'encadrement dans les entreprises et les administrations, l'accueil des primo-arrivants.
- DARES, Enquête DMMO-EMMO.
- DARES, 2001, Enquête sur les difficultés de recrutement.
- DARES, 2001, Enquête sur l'emploi des salariés selon l'âge.
- DARES, 2002, Temps partiel des femmes, entre « choix » et contraintes
- Premières synthèses n°08-2, Ministère de l'emploi et de la solidarité, DARES, février 2002.
- Fauroux, 2005, Rapport sur les discriminations.
- Garner, H., 2003, Discrimination et emploi : revue de la littérature, Document d'études DARES, n°69, mai 2003.
- Garner, H., 2004, Survey des études et recherches réalisées sur le thème du recrutement, Travail préparatoire à l'enquête offre d'emploi et recrutement.
- INSEE, 2005, Taux de chômage départementaux, régional et France métropolitaine, Corrigé des variations saisonnières, INSEE Midi-Pyrénées.
- INSEE, 2003, Tableaux économiques de Midi-Pyrénées 2003, INSEE Midi-Pyrénées.
- INSEE, 2005, Tableaux économiques de Midi-Pyrénées 2005, INSEE Midi-Pyrénées.
- INSEE, 2002, Femmes en Midi-Pyrénées, l'égalité en marche, INSEE, Juin 2002.
- INSEE, 2005, France, portrait social 2005/2006, INSEE Références.
- INSEE, 2004, France, portrait social 2004/2005, INSEE Références.
- INSEE, 2005, Atlas des populations immigrées, INSEE Etudes, n°127, avril 2005.
- INSEE, Le vieillissement des actifs en Midi-Pyrénées, activités et territoires, Les dossiers de l'INSEE, INSEE Midi-Pyrénées N°126, Janvier 2005.
- INSEE - DARES, 2001, Activité professionnelle et vieillissement, Dossiers thématiques INSEE, Liaisons sociales, DARES, n°19, 2001.
-

Observatoire de l'ANPE, 2001, Le chômage des personnes handicapées : portrait statistique, juin 2001.

OCDE, 2000, Perspectives pour l'emploi, OCDE, Juin 2000.

Okba, M. & Lainé, F., 2004, L'insertion des jeunes issus de l'immigration : métiers occupés, trajectoires scolaires et professionnelles, Document de travail, DARES, 2004.

Silberman, R. & Fournier, I., 1999, Les enfants d'immigrés sur le marché du travail : les mécanismes d'une discrimination sélective, Formation Emploi, n°65, 1999.

Silberman, R. & Fournier, I., 1999, Quelle insertion pour les enfants d'immigrés ?, Problèmes économiques, 15 septembre 1999, n°2631.

Simon, P., 2000, L'ombre portée des discriminations dans les statistiques de l'emploi, Economie et humanisme, juillet 2000, n°353.

Viprey, M., 2001, Les discriminations raciales sur le marché du travail, Problèmes économiques, 3 janvier 2001, n°2694.

Viprey, M. & col. pour l'IRES, En cours, La discrimination raciale dans l'emploi et sur le marché du travail. Parcours individuels et comportements des partenaires sociaux, IRES.

ANNEXES

Sommaire des Annexes

- Annexe 1 Répartition par sexe de la population de Midi-Pyrénées de plus de 25 ans selon le diplôme le plus élevé obtenu
- Annexe 2 Taux de réussite au Baccalauréat à la session 2004 ; répartition par sexe
- Annexe 3 Taux d'activité féminin par tranches d'âge en 1975 et 1999
- Annexe 4 Nombre de chômeurs et taux de chômage selon le sexe, en moyenne annuelle
- Annexe 5 Caractéristiques des chômeurs selon le sexe, en moyenne annuelle
- Annexe 6 Part des CDI dans les entrées en emploi selon le sexe et l'âge
- Annexe 7 Répartition de la population de Midi-Pyrénées de plus de 15 ans selon le diplôme le plus élevé obtenu
- Annexe 8 Taux d'activité et taux de chômage par tranche d'âge, en 2004, en moyenne annuelle
- Annexe 9 Répartition des immigrés et des non immigrés en France selon le diplôme
- Annexe 10 Répartition de la population immigrée de plus de 15 ans ayant terminé les études selon le diplôme
- Annexe 11 Taux d'activité des immigrés actifs (de 15 à 59 ans) selon l'origine et le sexe
- Annexe 12 Taux de chômage des immigrés actifs selon l'origine et le sexe
- Annexe 13 Répartition de la population active occupée selon l'origine (immigrée/non immigrée), le sexe, le taux d'activité et la catégorie socioprofessionnelle
- Annexe 14 Situation professionnelle des Français nés en France ayant un ou deux parents immigrés en 2003
- Annexe 15 Impact des différentes caractéristiques des actifs sur leur probabilité d'avoir un emploi
- Annexe 16 Taux d'emploi selon le sexe, l'âge et le handicap
- Annexe 17 Taux et durée du chômage par rapport au handicap
- Annexe 18 Formes d'emplois occupés selon l'état de santé
- Annexe 19 Probabilité d'avoir un emploi en fonction de l'état de santé
- Annexe 20 Taux de chômage en fonction de la PCS, en moyenne annuelle
-

Annexe 1 : Répartition par sexe de la population de Midi-Pyrénées de plus de 25 ans selon le diplôme le plus élevé obtenu

Source : INSEE, recensement de la population 1999.

		Etudes en cours	Aucun diplôme ou CEP	BEPC	BEP, CAP	Bac, BP	BAC+2	Diplômes supérieurs	Ensemble	Ayant au moins le Bac	
			Niveau VI	Niveau V	Niveau IV	Niveau III	Niveau II et I	Ensemble	Midi-Pyrénées	France	
25 à 29 ans	Femmes	7,9	10,0	4,0	21,0	19,7	20,1	17,3	100	65,0	60,1
	Hommes	7,4	11,6	4,3	29,7	18,0	15,2	13,9	100	54,5	51,7
	Ensemble	7,7	15		25,4	18,9	17,7	15,6	100,0		
30 à 39 ans	Femmes	0,5	13,2	8,3	29,1	19,0	17,2	12,8	100	49,5	43,5
	Hommes	0,6	14,0	6,6	40,4	13,7	11,9	12,9	100	39,1	36,5
	Ensemble	0,6	13,6	7,5	34,8	16,4	14,6	12,9	100,0		
40 à 49 ans	Femmes	0,0	21,8	12,2	26,1	16,6	13,9	9,4	100	39,9	34,0
	Hommes	0,0	20,1	8,9	36,9	13,0	9,1	11,9	100	34,1	31,3
	Ensemble	0,0	21,0	10,6	31,5	14,8	11,5	10,7	100,0		
50 à 59 ans	Femmes	0,0	36,8	11,9	21,7	13,0	8,7	7,9	100	29,6	26,3
	Hommes	0,0	32,0	8,0	29,2	12,0	6,4	12,3	100	30,8	28,4
	Ensemble	0,0	34,4	10,0	25,5	12,5	7,6	10,1	100,0		
60 ans ou plus	Femmes	0,0	72,0	8,8	8,3	6,0	2,4	2,4	100	10,8	11,1
	Hommes	0,0	65,6	5,9	13,2	7,4	2,1	5,9	100	15,4	17,0
	Ensemble	0,0	68,8		7,4	10,8	6,7	2,3	4,2		
Total	Femmes	1,7	39,8		21,2	14,9	12,5	10,0	100		
	Hommes	1,6	35,4		29,9	12,8	8,9	11,4	100		
	Ensemble	1,6	37,6		25,6	13,8	10,7	10,7	100,0		

Annexe 2 : Taux de réussite au Baccalauréat à la session 2004; répartition par sexe

Source : Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

Filières	Session 2004				
	Présentés		Taux de réussite (en %)		
	Effectifs	% de filles	Ensemble	Garçons	Filles
Baccalauréat général	316 619	57,9	82,5	79,9	84,4
Littéraires (L)	60 110	82,1	82,2	78,4	83,0
Sciences économiques et sociales (SES)	99 695	64,0	81,7	78,5	83,6
Scientifiques (S)	156 814	44,7	83,0	80,6	86,0
<i>S-mathématiques</i>	<i>41 908</i>	<i>38,7</i>	<i>88,2</i>	<i>86,8</i>	<i>90,5</i>
<i>S-sciences de la vie et de la Terre</i>	<i>55 306</i>	<i>57,0</i>	<i>78,4</i>	<i>72,2</i>	<i>83,1</i>
<i>S-physique-chimie</i>	<i>47 484</i>	<i>43,2</i>	<i>84,5</i>	<i>82,5</i>	<i>87,3</i>
Baccalauréat technologique	186 267	50,8	76,9	75,3	78,5
Baccalauréat professionnel	122 225	42,0	76,9	75,6	78,7
Ensemble	625 111	52,7	79,7	77,4	81,8

Annexe 3 : Taux d'activité féminin par tranches d'âge en 1975 et 1999

Source : INSEE, recensements de la population de 1975 et 1999.

Tranches d'âges	Taux d'activité en %			
	Midi-Pyrénées		France	
	Femmes		Femmes	Hommes
	1975	1999	1999	1999
15-19 ans	13,6	4,9	5,5	10,0
20-24 ans	59,5	42,8	48,3	21,9
25-29 ans	60,6	82,2	82,3	89,3
30-34 ans	53,3	83,7	81,8	95,5
35-39 ans	47,7	84,0	81,6	96,2
40-44 ans	45,1	83,7	81,7	95,6
45-49 ans	43,9	81,6	80,2	94,4
50-54 ans	41,6	75,5	74,6	91,2
55-59 ans	34,3	54,2	53,2	69,2
60-64 ans	20,8	15,4	14,2	14,5
65 ans et plus	3,6	1,0	0,9	1,4
Ensemble	25,6	47,1	48,7	58,7

Annexe 4 : Nombre de chômeurs et taux de chômage selon le sexe, en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi. Champ : France métropolitaine.

	2004	2003	2002
Nombre de chômeurs (en milliers)	2 727	2 656	2 392
<i>dont : hommes</i>	1 326	1 283	1 147
<i>femmes</i>	1 401	1 373	1 245
Taux de chômage (en %)			
Ensemble	9,9	9,7	8,8
Hommes	9	8,7	7,8
Femmes	11,1	10,9	10,1

Annexe 5 : Caractéristiques des chômeurs selon le sexe, en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi. Champ : France métropolitaine.

	2002	2003
Personnes au chômage depuis un an ou plus :		
Ensemble	41,3	42,9
Hommes	40,6	43,1
Femmes	42	42,8
Personnes au chômage depuis deux ans ou plus :		
Ensemble	22,5	22,4
Hommes	22,6	22,4
Femmes	22,4	22,3
Circonstances de la recherche d'emploi :		
Fin d'emploi à durée déterminée	38	36,8
Licenciement	23,9	24,2
Démission	10,7	10,1
Autres circonstances	27,4	29
Total	100	100

Annexe 6 : Part des CDI dans les entrées en emploi selon le sexe et l'âge

Source : DRTEFP, Enquête DMMO. Champ : entreprises de 10 salariés et plus.

	En 2005	Part des CDI en %
Hommes	Ensemble	35,3
	Moins de 25 ans	26,3
Femmes	Ensemble	20,1
	Moins de 25 ans	16,8
Total	Ensemble	27,1
	Moins de 25 ans	21,0

Annexe 7 : Répartition de la population de Midi-Pyrénées de plus de 15 ans selon le diplôme le plus élevé obtenu

Source : INSEE, recensement de la population de 1999.

Tranches d'âges	Etudes en cours	Aucun diplôme	CEP	BEPC	CAP BEP	Bac BP	BAC+2	Diplômes supérieurs	Total
		Niveau VI			Niveau V	Niveau IV	Niveau III	Niveaux II et I	
15 à 19 ans	91	4	0	2	2	0	0	0	100
20 à 24 ans	49	7	0	4	16	14	7	2	100
Ensemble des moins de 25 ans	70	8,5			9	7	3,5	1	100
25 à 29 ans	8	10	1	4	25	19	18	16	100
30 à 39 ans	1	12	2	7	35	16	15	13	100
40 à 59 ans	0	12	15	10	29	14	10	10	100
60 ans ou plus	0	31	38	8	10	7	2	4	100
Total	11	30			21	12	8	8	100

Annexe 8 : Taux d'activité et taux de chômage par tranche d'âge, en 2004, en moyenne annuelle

Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi. Champ : personnes de 15 à 64 ans.

Taux d'activité (en %)	15-24 ans	34,1
	25-49 ans	87,7
	50 ans et plus	59,4
Taux de chômage (en %)	15-24 ans	22,7
	25-49 ans	9,1
	50 ans ou plus	7,1
Nombre de chômeurs (en milliers)		2 727

Annexe 9 : Répartition des immigrés et des non immigrés en France selon le diplôme

Source : INSEE, enquête emploi de 2004. Champ : France métropolitaine, personnes âgées de 15 à 64 ans

Diplôme	Ensemble des immigrés	Ensemble des non immigrés	Ensemble de la population
Diplôme supérieur à Bac+2	12,5	11	11,1
Baccalauréat + 2 ans	5,8	10,9	10,4
Baccalauréat ou brevet professionnel	12,9	16,9	16,6
CAP, BEP	12,8	25,1	24
BEPC seul	5,5	10,9	10,4
Aucun diplôme ou CEP	50,5	25,2	27,4
Ensemble	100	100	100
Effectif (en milliers)	3 490	35 955	39 444

Annexe 10: Répartition de la population immigrée de plus de 15 ans ayant terminé les études selon le diplôme

Source : INSEE, recensement de la population 1999, exploitation complémentaire.

Immigrés en Midi-Pyrénées originaires de:	Immigrés en Midi-Pyrénées ayant terminé leurs études...	... avec aucun diplôme	... avec un CEP, BEPC, CAP, BEP	... avec un baccalauréat	... avec un diplôme de l'enseignement supérieur
	effectif	%	%	%	%
Immigrés en Midi-Pyrénées originaires d'Europe	101 284	43,8	37,2	7,5	11,5
Union européenne (à 15)	95 208	44,6	37,6	7,1	10,7
<i>dont Espagne</i>	35 640	51	38,1	4,8	6,1
<i>dont Italie</i>	22 157	51,4	41,7	3,3	3,6
<i>dont Portugal</i>	22 497	48,9	42,9	4,1	4,1
Autres pays d'Europe	6 076	31,9	31,1	13,8	23,2
Afrique	42 801	42,8	34,9	8,9	13,4
Immigrés en Midi-Pyrénées originaires d'Afrique du Nord	36 384	46,9	35,4	7,5	10,2
<i>dont Algérie</i>	15 929	48,1	36,1	6,6	9,2
<i>dont Maroc</i>	16 910	47,6	33,3	8,5	10,6
<i>dont Tunisie</i>	3 545	38,1	41,9	7,2	12,8
Immigrés en Midi-Pyrénées originaires d'Afrique Subsaharienne	6 417	19,1	32,2	16,9	31,8
Immigrés en Midi-Pyrénées originaires d'Asie	8 603	32,7	27,3	13	27
Turquie	1 282	48,1	35,6	7,3	9
Laos	1 712	41,1	37	9,8	12,1
Vietnam	1 858	33,3	26,4	13,7	26,6
Autres pays d'Asie	3 750	23,2	20,7	16	40,1
Immigrés en Midi-Pyrénées originaires d'Amérique et d'Océanie	3 016	13,3	19,4	18,2	49,1
Ensemble des immigrés de Midi-Pyrénées	155 704	42,3	35,7	8,4	13,6
Population de Midi-Pyrénées	1 917 989	18,7	50,5	12,9	17,9

Annexe 11 : Taux d'activité des immigrés actifs (de 15 à 59 ans) selon l'origine et le sexe

Source : INSEE, recensement de la population, 1999.

Immigrés en Midi-Pyrénées originaires de	Actifs immigrés	Taux d'activité (%)		
	Ensemble	Hommes	Femmes	Ensemble
Europe	37 602	84,3	64,4	74,35
Union européenne (à 15)	35 335	85,7	65,2	75,45
<i>dont Espagne</i>	9 972	88,7	69,4	79,05
<i>dont Italie</i>	3 419	83,4	63,8	73,6
<i>dont Portugal</i>	14 926	91,4	73,5	82,45
Autres pays d'Europe	2 267	65,1	55,1	60,1
Afrique	26 776	76,7	55,7	66,2
Afrique du Nord	21 785	78,9	55,1	67
<i>dont Algérie</i>	9 284	80,8	60,4	70,6
<i>dont Maroc</i>	10 456	77,3	49,2	63,25
<i>dont Tunisie</i>	2 045	80,6	62,4	71,5
Afrique subsaharienne	4 991	67	58,1	62,55
Asie	5 793	77,6	54,7	66,15
Amériques, Océanie	1 832	67,2	46,3	56,75
Ensemble des immigrés de Midi-Pyrénées	72 003	80,2	59,7	69,95
Population de Midi-Pyrénées	1 107 150	78,6	67,9	73,25
Ensemble des immigrés de France	2 209 693	83,3	59,7	71,5

Annexe 12 : Taux de chômage des immigrés actifs selon l'origine et le sexe

Source : INSEE, recensement de la population, 1999. Champ : population active de Midi-Pyrénées.

Immigrés en Midi-Pyrénées originaires de	Actifs immigrés	Taux de chômage (%)		
	Ensemble	Hommes	Femmes	Ensemble
Europe	37 602	10,8	17,4	14,1
Union européenne (à 15)	35 335	10,5	16,6	13,55
<i>dont Espagne</i>	9 972	11,4	15,5	13,45
<i>dont Italie</i>	3 419	9,4	13,4	11,4
<i>dont Portugal</i>	14 926	10,5	18,1	14,3
Autres pays d'Europe	2 267	17,7	27,9	22,8
Afrique	26 776	33,3	47,5	40,4
Afrique du Nord	21 785	33,1	48,9	41
<i>dont Algérie</i>	9 284	36,8	51,1	43,95
<i>dont Maroc</i>	10 456	30,5	46,8	38,65
<i>dont Tunisie</i>	2 045	31,4	47,4	39,4
Afrique subsaharienne	4 991	34,6	42,4	38,5
Asie	5 793	20,7	39,6	30,15
Amériques, Océanie	1 832	19,9	28,3	24,1
Ensemble des immigrés de Midi-Pyrénées	72 003	20,6	29,9	25,25
Population de Midi-Pyrénées	1 107 150	10,2	16	13,1

Annexe 13 : Répartition de la population active occupée selon l'origine (immigrée/non immigrée), le sexe, le taux d'activité et la catégorie socioprofessionnelle

Source : INSEE, enquête sur l'emploi de 2004. Champ : personnes actives occupées, hors militaires du contingent.

	Ensemble de la population	Hommes		Femmes	
		Non immigrés	Immigrés	Non immigrées	Immigrées
Taux d'activité	55,3	62	64,7	49,3	44,8
Agriculteur	3	4,1	0,6	2,3	0,4
Artisan, commerçant, chef d'entreprise	6,1	7,5	11	4	4,2
Cadre, profession intellectuelle supérieure	14,2	17,4	11,8	10,9	8,8
Profession intermédiaire	23,2	23	14,7	25	13,1
Employé	28,6	12,2	11,8	48,3	53,4
dont : employé des services directs aux particuliers	6,4	1,1	3,8	11,4	28,4
Ouvrier	24,9	35,8	50,1	9,5	20,1
dont : ouvrier qualifié	16,3	26	33,7	3,6	5,4
dont : ouvrier non qualifié	7,5	8,4	14,3	5,3	13,7
Ensemble	100	100	100	100	100

Annexe 14 : Situation professionnelle des Français nés en France ayant un ou deux parents immigrés en 2003

Source : INSEE, Enquête Formation et qualification professionnelle 2003. Champ : français âgés de 18 à 65 ans, nés en France.

	Dans la population	Dans la population active	Parmi les...			
			Actifs occupés	Chômeurs	Salariés du privé	Salariés du public
Aucun parent immigré	92	92,3	92,8	88,5	92,1	94,1
Un parent immigré	4,1	4	3,9	4,9	4	3,7
dont :						
Un parent originaire d'un pays d'Europe	3,4	3,4	3,3	3,8	3,4	3,2
Un parent originaire d'un pays du Maghreb	0,4	0,4	0,4	0,6	0,4	0,3
Deux parents immigrés	3,9	3,7	3,3	6,7	3,9	2,3
dont :						
Deux parents immigrés originaires d'un pays d'Europe	2,4	2,4	2,4	2,8	2,7	1,6
Deux parents immigrés originaires du Maghreb	1,3	1,1	0,9	3,5	1	0,6
Total	100	100	100	100	100	100

Annexe 15: Impact des différentes caractéristiques des actifs sur leur probabilité d'avoir un emploi

Source : INSEE, enquête formation et qualification professionnelle 2003. Champ : actifs français nés en France et âgés de 18 à 65 ans

		Hommes		Femmes	
		Coefficient	Effet marginal	Coefficient	Effet marginal
Constante		1,47		0,89	
Probabilité de la situation de référence			81,20%		70,80%
Origine des parents :	Aucun parent immigré	Référence		Référence	
	Un parent immigré	-0,32	-2	n.s.	
	Deux parents immigrés	-0,43	-2,7	-0,51	-4,4
Âge :	18-29 ans	Référence		Référence	
	30-39 ans	0,85	5,4	0,8	6,9
	40-49 ans	1,02	6,5	1,13	9,8
	50-65 ans	0,37	2,4	0,59	5,1
Diplôme le plus élevé obtenu en formation initiale :	CEP, BEPC ou aucun diplôme	Référence		Référence	
	BEP-CAP	0,6	3,8	0,51	4,4
	Baccalauréat	0,65	4,1	0,8	6,9
	Bac+2	1,04	6,6	1,58	13,7
	Supérieur	0,93	5,9	1,29	11,1
Profession du père :	Inconnue ou sans objet	-0,42	-2,7	-0,28	-2,5
	Agriculteur	1,36	8,6	0,99	8,6
	Artisan, commerçant, chef d'entreprise	0,31	2	n.s.	
	Cadre du public	0,55	3,5	0,12	1
	Cadre du privé	n.s.		-0,35	-3,1
	Profession intermédiaire du public	n.s.		0,5	4,3
	Profession intermédiaire du privé	n.s.		n.s.	
	Employé ou ouvrier du public	n.s.		n.s.	
	Employé du privé	n.s.		n.s.	
	Ouvrier du privé	Référence		Référence	

Lecture : « toutes choses égales par ailleurs », un homme actif ayant deux parents immigrés a moins de chance d'accéder à l'emploi : la probabilité qu'il y accède est inférieure de 2,7 points à celle d'un actif n'ayant aucun parent immigré.

Note 1 : les coefficients reportés dans le tableau sont ceux de modélisation logistique dont la variable expliquée est le fait d'avoir un emploi.

Note 2 : n.s. = non significatif au seuil de 10%.

Annexe 16 : Taux d'emploi selon le sexe, l'âge et le handicap

Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002; traitement DARES. Champ : ensemble de la population âgée de 15 à 64 ans.

	Ensemble			Population A			Population B			Population C		
	Ens.	H	F	Ens.	H	F	Ens.	H	F	Ens.	H	F
Ensemble	62	69	55	55	62	48	42	48	37	37	41	31
15-24 ans	25	29	20	27	31	24	21	25	18	44	47	33
25-49 ans	79	87	72	70	78	63	55	62	50	49	55	42
50-64 ans	55	61	48	43	50	37	33	39	28	23	26	20

Légende: Ens. = ensemble; H = hommes; F = femmes.

Annexe 17 : Taux et durée du chômage par rapport au handicap

Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002; traitement DARES. Champ : ensemble des chômeurs de 15 à 64 ans.

	Ensemble			Population A			Population B			Population C		
	Ens.	Hommes	Femmes	Ens.	Hommes	Femmes	Ens.	Hommes	Femmes	Ens.	Hommes	Femmes
Effectifs (en millions)	2,35	1,15	1,2	0,64	0,3	0,34	0,39	0,19	0,2	0,1	0,05	0,05
Proportion par sexe	100	49	51	100	47	53	100	49	51	100	51	49
Tranche d'âge												
15-24 ans	20	21	19	11	10	11	8	9	7	5	5	6
25-49 ans	64	64	65	63	65	63	65	68	63	76	78	72
50-64 ans	16	15	16	26	25	26	27	23	30	19	17	22
Ensemble	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Ancienneté du chômage												
Moins d'un an	61	63	58	51	57	47	49	56	43	47	62	31
Un an et plus	31	29	33	41	37	43	44	40	47	41	31	52
Non renseigné	8	8	9	8	6	10	7	4	10	12	7	17
Ensemble	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
Motif d'entrée au chômage												
Fin de contrat	45	46	42	42	44	40	41	41	42	40	42	38
Licenciement	22	24	20	27	30	25	27	30	25	28	32	23
Démission	6	6	7	5	5	4	4	6	2	1	1	0
Raison de santé	2	2	2	6	7	4	9	11	6	13	16	11
Autre	25	22	29	20	14	27	19	12	25	18	9	28
Ensemble	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Annexe 18 : Formes d'emplois occupés selon l'état de santé

Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002; traitement DARES. Champ : ensemble de la population de 15 à 64 ans ayant un emploi.

	population totale	catégorie A	catégorie B	catégorie C
Effectifs (en millions)	23,75	5,06	2,08	0,49
PCS				
cadres	11	9	6	3
professions intermédiaires	21	20	18	15
employés	30	30	31	28
ouvriers qualifiés	18	20	20	25
ouvriers non qualifiés	9	10	13	23
autres	11	11	12	6
Statut du contrat de travail				
indépendants	11	10	13	6
précaires (CDD, Intérimaires, emplois aidés, apprentis, stagiaires)	9	8	9	10
CDI	59	60	58	65
fonctionnaires	21	22	20	19
Durée du travail				
temps complet	84	82	76	75
temps partiel	16	18	24	25

Annexe 19 : Probabilité d'avoir un emploi en fonction de l'état de santé

Source : INSEE, enquête complémentaire à l'enquête sur l'emploi, mars 2002; traitement DARES. Champ : ensemble de la population âgée de 15 à 64 ans.

Variable expliquée : être en emploi	Population de 15 à 64 ans (odds ratio)		
	Modèle 1	Modèle 2	Modèle 3
Sexe			
Homme	2,071	2,064	1,968
Femme	Référence	Référence	Référence
Tranche d'âge			
De 15 à 24 ans	0,147	0,146	0,214
De 25 à 34 ans	Référence	Référence	Référence
De 35 à 44 ans	2,659	2,705	1,994
De 45 à 64 ans	1,325	1,368	(0,996) n.s.
Diplôme			
Baccalauréat ou plus	1,872	1,847	1,804
CAP ou BEP	Référence	Référence	Référence
BEPC ou pas de diplôme	0,599	0,627	0,551
Déclare avoir un problème de santé ou un handicap			
Oui	0,575		
Non	Référence		
Déclare une limitation au travail			
Oui		0,336	
Non		Référence	
A une reconnaissance administrative			
Oui			0,384
Non			Référence

n.s. = non significatif.

Les résultats sont issus de trois modèles LOGIT. Lecture : A sexe, âge et diplôme donnés, une personne qui déclare un problème de santé ou un handicap voit ses chances multipliées par 0,575 (c'est-à-dire presque divisées par 2) d'avoir un emploi plutôt que de ne pas en avoir par rapport à une personne qui n'en déclare pas (modèle 1). Une personne qui déclare une limitation au travail voit ses chances multipliées par 0,336 (c'est-à-dire divisées par 3) d'avoir un emploi plutôt que de ne pas en avoir par rapport à une personne qui n'en déclare pas (modèle 2). Une personne ayant une reconnaissance administrative voit ses chances multipliées par 0,384 (c'est-à-dire divisées par 3 voire plus) d'avoir un emploi plutôt que ne pas en avoir par rapport à une personne qui n'a pas de reconnaissance administrative (modèle 3).

Annexe 20: Taux de chômage en fonction de la PCS, en moyenne annuelle*Source : INSEE, enquêtes sur l'emploi.*

Taux de chômage en %	2004	2003	Évolution 2004/2003
Cadres et professions intellectuelles supérieures	4,8	4,1	3,6
Professions intermédiaires	5,9	5	4,3
Employés	10,2	9,1	8,8
Ouvriers	12,3	10,8	9,9

Discrimination à l'embauche: état des lieux du Droit positif

Rédaction du dossier

Marie Cécile Amauger-Lattes, Maître de Conférences en Droit, Chercheur au LIRHE (UMR 5066)

Brigitte Reynès, Maître de Conférences en Droit, Chercheur au LIRHE (UMR 5066)

**INTRODUCTION :
LIBERTÉ D'EMBAUCHE ET PRINCIPE DE
NON DISCRIMINATION**

A. La liberté d'embauche et ses limites

B. Le principe de non discrimination

**PARTIE I: RECRUTEMENT ET
DISCRIMINATIONS**

**CHAPITRE 1 - L'ENCADREMENT DU
RECRUTEMENT**

**Section 1 - L'exigence de pertinence des
informations demandées**

**Section 2 - L'exigence de loyauté dans la
recherche des informations**

**Section 3 - L'interdiction du recrutement par
voie d'enchères inversées**

**CHAPITRE 2 – LES DISCRIMINATIONS DANS
LE PROCESSUS DE RECRUTEMENT**

Section 1 - Les textes de portée générale

§1. L. 122-45 du Code du travail

§2. Les articles 225-1 et suivants du Code pénal

Section 2 - Les critères illicites

§1. L'« être » : les éléments inhérents
à la personne

§2. L'« agir » : l'exercice de libertés publiques

**PARTIE II: LE RÔLE DES ACTEURS ET LES
MOYENS DE LUTTE CONTRE LES
DISCRIMINATIONS A L'EMBAUCHE**

CHAPITRE 1: LES ACTIONS EN JUSTICE

Section 1 - Fondements et sanctions

§1. Au civil

§2. Au pénal

Section 2 - Le juge compétent

Section 3 - Les titulaires de l'action

§1. Les syndicats

§2. Les associations de lutte contre les
discriminations

§3. Les délégués du personnel

Section 4 - La preuve des discriminations

§1. La charge de la preuve

§2. Les moyens de preuve

**CHAPITRE 2: LA SAISINE DE LA HAUTE
AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES
DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ
(HALDE)**

Section 1 - Composition

Section 2 - Saisine

Section 3 - Missions

§1. Traitement des réclamations individuelles

§2. Promotion de l'égalité, consultation et
propositions auprès des pouvoirs publics

§3. Observation, étude et animation de la
recherche

Section 4 - Les pouvoirs

§1. Les moyens d'investigation

§2. Les pouvoirs de recommandation et de
médiation

§3. La constatation et la sanction des
discriminations

**Section 5 - Les relations avec les institutions
judiciaires**

INTRODUCTION

LIBERTÉ D'EMBAUCHE ET PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION

Le processus de recrutement met en présence deux principes fondamentaux qui se combinent : la liberté d'embauche et le principe de non discrimination.

A. La liberté d'embauche et ses limites

La liberté pour l'employeur de choisir ses salariés a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 juillet 1988 qui fait référence à la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, en tant que responsable de l'entreprise, a le libre choix de ses collaborateurs (Dr. soc. 1988 p. 762).

Le droit positif consacre la liberté d'embauche mais l'assortit de quelques limites. Certaines de ces limites sont de source conventionnelle (principalement l'existence d'une clause de non concurrence), d'autres limites, plus significatives, sont étatiques. Si le principe de non discrimination fait figure de principale restriction à la liberté d'embauche de l'employeur, le droit du travail met en place d'autres règles qui encadrent la liberté d'emploi.

Les interdictions d'emplois

La loi pose de rares cas dans lesquels il est interdit à l'employeur de recruter tel candidat à l'emploi.

Il en est ainsi d'abord des règles qui limitent l'accès à *l'emploi des étrangers* d'États tiers à l'Union européenne. Le principe veut qu'un étranger ne puisse être salarié en France sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de travailler sur le territoire français délivrée par l'Anaem.

D'autres interdictions concernent *l'emploi des femmes*. Certains textes fixent une liste de travaux interdits aux femmes (travaux souterrains des mines et carrières, travaux à l'aide d'engins du type mareau-piqueur mus à l'air comprimé...). Dans d'autres cas, des interdictions d'emploi existent en lien avec la maternité telle que le congé de maternité obligatoire de 2 semaines avant et 6 semaines après l'accouchement.

L'âge peut aussi être un facteur d'interdiction ou de restrictions d'emploi. Ainsi, sauf dérogations, l'âge d'admission au travail est fixé à 16 ans soit la fin de la scolarité obligatoire. De plus, sauf dérogation expresse, certains emplois sont interdits aux jeunes de moins de 18 ans : travail de nuit, travaux dangereux...

Dans d'autres hypothèses c'est le recours par l'employeur à des contrats précaires qui est interdit ou limité. Il en est ainsi lorsque l'emploi est permanent mais aussi dans trois cas explicitement prévus qui sont le remplacement de salariés grévistes, certains travaux dangereux, l'accroissement temporaire d'activité après un licenciement économique.

Les obligations d'emploi, réintégration, priorités d'emploi et de réembauchage.

La législation impose aux employeurs d'occuper une proportion minimale de salariés handicapés afin de faciliter leur insertion professionnelle. Cette obligation d'emploi à hauteur de 6 % de l'effectif s'adresse aux établissements d'au moins 20 salariés.

Par ailleurs, l'employeur peut être tenu de réintégrer un salarié après nullité de son licenciement. L'employeur doit également respecter d'éventuelles priorités d'emploi conduisant à l'attribution préférentielle de postes à certains salariés. Ces priorités jouent

dans le cadre du droit au reclassement du salarié inapte où dont le licenciement économique est envisagé. D'autres priorités tiennent à la nature du contrat ou aux conditions de travail : passage d'un temps complet à un temps partiel, et inversement : passage d'un travail de nuit à un travail de jour, et réciproquement.

Dans d'autres cas la loi établit des priorités de réembauchage, limitées dans le temps, au profit d'anciens salariés dont le contrat a été rompu. Leurs bénéficiaires doivent être recrutés prioritairement en cas d'emploi vacant correspondant à leur qualification : priorités durant un an des salariés licenciés économiques, des salariés à l'issue d'un congé postnatal pour élever un enfant.

Le cumul d'emplois

En principe, il n'est pas interdit à un salarié de cumuler divers emplois sous réserve de respecter certaines règles spécifiques au cumul d'activités.

En premier lieu, le cumul d'un emploi public et d'un emploi privé est, sauf exception, interdit par l'article L 324-1 C trav.

En second lieu, les règles sont plus souples s'agissant du cumul d'activités privées que ce soit le cumul d'activités salariées, ou d'une activité salariée et d'une activité indépendante qui est a priori licite. Toutefois l'occupation de plusieurs emplois doit être compatible avec les obligations d'exclusivité et de loyauté. En outre, le cumul ne peut aboutir au dépassement de la durée maximale du travail autorisé (Cf. art. L. 324-2 C. trav.).

En troisième lieu, une réglementation particulière s'applique à un type de cumul spécifique entre un contrat de travail et un mandat social.

B. Le principe de non discrimination

1). Notion de discrimination

“Étymologiquement, discriminer c'est faire une distinction entre des objets; établir entre eux une séparation, une différenciation à partir de leurs traits distinctifs” (D. Lochak, 1987). Cependant dans le langage courant, comme dans le langage juridique, la notion de discrimination revêt une connotation négative. Il ne s'agit plus d'une simple distinction ou différenciation mais d'une séparation visant à traiter plus mal un groupe déterminé. “ La discrimination c'est la distinction, la différence de traitement illégitime” que le droit cherche à proscrire. Une distinction ou différence de traitement n'est une discrimination que quand elle est illicite et tombe sous le coup d'une interdiction du droit positif, le partage entre une distinction légitime et une discrimination illégitime ne cessant d'évoluer.

Mais comment alors décider qu'une distinction ou différence de traitement est illégitime? Dans une conception extensive, la discrimination se résume dans la violation du principe d'égalité, laquelle exclut toute différence de droits ou d'avantages entre individus placés dans une situation identique. Il y aurait discrimination dès lors qu'une différence de traitement n'est pas justifiée par une différence de situation. Dans une conception plus restrictive, le terme de discrimination désigne le traitement défavorable dont sont victimes des personnes en raison de leur appartenance à un groupe défini par une caractéristique particulière. C'est l'optique du Code pénal et du Code du travail français mais aussi du droit communautaire. Toute distinction n'est donc pas illicite et ne constitue pas une discrimination. Contrairement

à l'Administration et aux services publics en général, les personnes privées ne sont pas tenues de respecter un principe général d'égalité et le droit ne leur interdit pas de traiter avec autrui sur une base inégalitaire aussi longtemps qu'elles ne violent aucune interdiction précise résultant des textes, voire éventuellement de la jurisprudence. Il n'existe pas de principe général de non-discrimination mais uniquement des règles de non-discrimination.

2) Discriminations directe et indirecte

La loi de 2001 relative à la lutte contre les discriminations a introduit dans le Code du travail la notion de discrimination directe et de discrimination indirecte.

Discrimination directe.

Jusqu'à la loi du 16 novembre 2001 cette conception de la discrimination était la seule retenue, implicitement, par les textes français. Avec la loi de 2001, la référence à la discrimination directe est désormais expresse. Mais la notion n'est pas définie. Cette lacune est comblée par les textes communautaires. Doit être considérée comme une discrimination directe la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif discriminatoire, qu'une autre ne l'a été, ou ne le serait dans une situation comparable. Ainsi, aux termes des directives communautaires, trois éléments doivent être réunis pour qu'une situation puisse être qualifiée de directement discriminatoire : une raison fondée sur un critère interdit ; une situation comparable ; un traitement moins favorable. Constitue une discrimination directe le fait de traiter de façon défavorable une personne en raison d'un motif discriminatoire. Il s'agit ici d'une décision intentionnelle fondée sur des critères illicites.

Discrimination indirecte

Inspirée par les droits anglo-saxons, la notion de discrimination indirecte a été progressivement construite par la CJCE pour favoriser l'égalité, en fait comme en droit, d'abord dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, puis dans celui de l'égalité entre hommes et femmes.

Initialement forgée par le juge communautaire, la notion est apparue ensuite dans la directive du 9 février 1976 ; puis a reçu une première définition dans la directive de 1997 sur la charge de la preuve de la discrimination fondée sur le sexe "*Une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée des personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit appropriée et nécessaire et ne puisse être justifiée par des facteurs objectifs et indépendants du sexe de l'intéressé*". Cette définition est reprise, dans une approche moins quantitative et plus qualitative, dans les directives des 29 juin et 27 novembre 2000 et 23 septembre 2002 selon lesquelles "une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes (*relevant d'une catégorie protégée*) par rapport à d'autres personnes à moins que cette disposition ou ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires".

En premier lieu, il s'agit d'identifier une mesure en apparence neutre mais qui aboutit au même résultat que s'il y avait discrimination directe. Il s'agit à partir du constat des faits d'observer un traitement défavorable d'une catégorie définie par des critères interdits.

Généralement, pour relever l'existence d'une telle discrimination, il est nécessaire de comparer le traitement de "groupes" préconstitués en fonction du motif discriminatoire en cause.

En second lieu, il faut s'intéresser à la justification de la mesure : la différenciation opérée doit non seulement être dépourvue d'intention discriminante mais aussi doit être appropriée et nécessaire.

La démarche est donc centrée non sur la cause mais sur les effets, le résultat de la différenciation. C'est ici une conception objective de la discrimination qui est retenue sans que l'intention discriminatoire ne soit prise en compte.

Exemple :

"Il se peut que, de bonne foi, un fabricant de vêtements rémunère mieux l'activité de découpe des tissus que l'activité consistant à coudre ces tissus, et ce par tradition ou par habitude. Si cependant, l'essentiel des salariés occupés à coudre sont des femmes, le résultat de cette différence de traitement est de payer plus, en moyenne, les hommes que les femmes. Il se peut qu'aucun sexisme n'ait été à l'origine de cette différenciation et qu'au demeurant les quelques hommes employés à la couture soient payés sur les mêmes bases que les femmes, de même que les quelques femmes employées à la coupe obtiennent le même salaire que les hommes. Peu importe. Et là est toute la portée de l'innovation. Le système de rémunération conduit à une sous-rémunération, en moyenne des femmes et cela suffit pour qu'il soit présumé discriminatoire. La discrimination est alors dite "indirecte", en ce sens que la rémunération n'est pas fixée selon le sexe. Elle est fixée selon la tâche, de découpe ou de couture. Mais la répartition des sexes dans ces deux catégories est très déséquilibrée ce qui fait qu'indirectement, le résultat de ce système est de provoquer une discrimination sexiste".

E. Dockès, Hypercours n°171

Longtemps ignorée du droit interne, la notion communautaire de "discrimination indirecte" est depuis la loi de 2001 inscrite dans le Code du travail, qui n'en donne pas néanmoins de définition (L. 122-45). Quelques rares décisions l'avaient antérieurement évoquée mais sans l'appliquer (*Cass. soc. 9 avril 1996, RJS 5/96, n° 550*).

Seul le Code du travail condamne les pratiques et les mesures discriminatoires indirectes. Ces situations, qui n'emportent pas l'intention de discriminer, échappent à la répression pénale.

3) Les discriminations positives.

La discrimination positive est un mécanisme de rattrapage, de compensation, qui vise à accorder des avantages spécifiques aux catégories qui habituellement sont désavantagées. Elle cherche à corriger des inégalités de fait dans une optique d'égalité des chances. La terminologie originale, anglo-saxonne, vise "l'affirmative action". L'utilisation en français de l'expression "discrimination positive" est un signe de méfiance du système juridique français pour ce type de mesure. Plutôt que de discrimination positive le droit communautaire préfère parler, quant à lui, "d'actions positives". Le Code du travail prévoit déjà l'adoption d'actions positives en fonction du sexe, de l'âge, ou du handicap (*Cf. infra*). Mais en outre, ne doit-on pas considérer que les mesures de rattrapage mises en place dans une entreprise pour corriger

une discrimination indirecte sont valables, dès lors qu'il ne s'agit pas de dévaloriser une catégorie de personnes, mais au contraire de corriger une situation discriminatoire par la mise en place de priorités bénéficiant à une population que les pratiques désavantagent? S'en tenant à "une conception purement objective du principe d'égalité, détachée de toute considération émanant d'un contexte particulier" (Cœuret, 2006), certaines décisions de justice, critiquées par la doctrine, ne l'ont pas admis.¹

¹ Cour d'Appel de Nîmes, 22 novembre 2002, D. 2002, somm. com. p. 2920: la "convention pour l'emploi des jeunes" visant à recruter un animateur qui devrait appartenir à une famille issue de l'immigration constitue une offre d'emploi discriminatoire.

PARTIE I : RECRUTEMENT ET DISCRIMINATIONS

Pendant des années la question du recrutement a été quasiment délaissée par le législateur puis, face au développement des techniques de recrutement en tous genres et aux abus constatés, il est intervenu avec la loi du 31 décembre 1992. Cette loi, qui fait suite au rapport de G. Lyon-Caen sur “les libertés publiques et l’emploi”, comporte un volet sur “le recrutement et les libertés individuelles”. Outre un certain nombre de principes qui viennent encadrer les procédures de recrutement, elle édicte un principe général, inspiré de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui s’applique au delà même de l’embauche, et selon lequel : “*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*” (art. L. 120-2 C. trav.). L’ensemble de ces dispositions vise à favoriser la moralisation du recrutement et la préservation des libertés individuelles des candidats à un emploi².

Nul doute que l’interdiction des discriminations en matière de recrutement, qui n’est qu’une facette de la prohibition plus large des discriminations dans le travail et l’emploi, constitue un élément crucial de la protection des candidats à l’embauche.

Chapitre 1 - L’encadrement du recrutement

La loi met en place des garde-fous qui concernent les informations demandées et les techniques de recrutement utilisées. Le but est d’assurer une certaine transparence pour éviter le recours à des méthodes de sélection douteuses ou illicites. Cependant, les obligations posées sont relativement vagues et laissent place à l’interprétation. L’objectif légal est plutôt d’inciter les acteurs à ne pas dériver vers des pratiques que le plus grand nombre pourrait réprover. La loi se veut en fait plus pédagogique que contraignante; d’ailleurs, ces dispositions ne sont pas spécialement sanctionnées.

Quelles sont ces obligations?

Section 1 - L’exigence de pertinence des informations demandées

En premier lieu, “les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi... ne peuvent avoir comme finalité que d’apprécier sa capacité à occuper l’emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles”. (L.121-6, al.1 C. trav.)

Le généralité des termes utilisés permet d’englober tous les candidats au recrutement. Par ailleurs, tous les moyens de collecte des informations sont visés : tests, questionnaires, entretiens... En revanche, la loi reste silencieuse sur les notions de capacité et d’aptitudes professionnelles. Cette imprécision entoure d’un certain flou l’objet des informations susceptibles d’être recherchées, qui peuvent être d’ordre technique –comme le suggère le terme “capacité”– mais aussi concerner des éléments de la personnalité du candidat –comme le permet la notion “d’aptitudes professionnelles”.

En deuxième lieu, “ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l’emploi proposé...” (L.121-6, al.2 C. trav.)

Cette prescription recoupe celle de l’article 9 du Code civil, qui condamne les atteintes à la vie privée des individus, ou encore celle de l’article L.122-45 du Code du travail (Cf. infra).

² Dans une approche élargie la loi vise non seulement les procédures de recrutement proprement dites mais aussi l’accès à un stage en entreprise ou période de formation telle que la formation en alternance.

Pour l'administration (*circulaire DRT 93-10 du 15 mars 1993*), "à titre d'exemple et de manière non limitative, il ne peut en principe être demandé à un candidat (...) des renseignements portant sur son état de santé, sur sa vie sexuelle, sur son logement, sur la profession des parents ou du conjoint, sur le nom et les coordonnées de connaissances non professionnelles du candidat...". Ces indications, dénuées de valeur réglementaire, mais cohérentes par rapport à l'objectif poursuivi, peuvent soulever des difficultés : est-ce que telle information sur l'état de santé ne peut intéresser le poste à pourvoir ? La profession du conjoint n'est-elle pas susceptible d'avoir une influence sur la mobilité du candidat à l'emploi ? Bien plus, des informations d'ordre purement personnel comme le nombre d'enfants ou la nationalité peuvent être nécessaires afin de faire bénéficier le salarié d'avantages internes à l'entreprise ou de procéder aux vérifications et formalités requises par la loi.

A titre d'exemple, il a été jugé qu'un candidat ne saurait contester sérieusement l'existence d'un lien direct et nécessaire entre l'emploi proposé et la capacité de l'intéressé à l'occuper, et la demande concernant la possession par ce dernier d'un permis de conduire. En l'espèce, en effet, le poste était situé en zone rurale et son titulaire devait pouvoir assurer des livraisons à domicile (*CA Bourges 31 mai 1996, RJS 12/96, n°1230*).

En troisième lieu, pour garantir la pertinence des éléments pris en compte dans le recrutement et lutter plus efficacement contre les discriminations à l'embauche, notamment raciales, la loi pour l'égalité des chances, du 31 mars 2006, pose le principe de l'anonymat du *curriculum vitae* dans certaines entreprises. Plus précisément, dans les entreprises de 50 salariés et plus, les informations communiquées par écrit par le candidat à l'emploi, visant à apprécier exclusivement sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles, doivent être examinées dans des conditions préservant son anonymat. Les modalités d'application de cette disposition, inscrite dans l'article L.121-6-1 du Code du travail, doivent être déterminées par décret en Conseil d'État.

Pour les auteurs du rapport Fauroux (2005), "l'idée est assez simple. L'absence de visibilité sur les données personnelles empêche le jeu des représentations et l'exclusion d'un candidat sur des critères prohibés ; elle contraint par ailleurs à ne procéder à des choix qu'au regard des éléments objectifs de toutes candidatures : les qualifications, les parcours et les compétences". Ils admettent cependant qu'il n'existe pas d'évaluation objective de l'impact de cette mesure. Toutefois, "si rien ne garantit effectivement l'absence de discrimination, des bénéfices directs peuvent, selon eux, en être attendus. Pour les entreprises, l'augmentation du nombre d'entretiens avec des candidats issus de l'immigration peut permettre une double prise de conscience : prise de conscience de pratiques discriminatoires antérieures, prise de conscience que ces candidats présentent les mêmes profils et les mêmes compétences que les personnes qu'elles recrutent habituellement. Pour les publics concernés, l'entretien est en soi un exercice utile et constitue surtout l'occasion de faire enfin valoir son envie et sa motivation. Combinés, ces bénéfices sont susceptibles de mettre un terme à une discrimination systémique consistant à écarter, un peu par habitude et sans réelle conscience de l'interdit, tous ceux dont le profil personnel s'éloigne de celui du candidat de référence. On peut dès lors s'attendre à un impact direct sur les recrutements. » Pourtant le rapport ne conclut pas en faveur d'une obligation générale d'anonymisation des CV "impossible à garantir et à contrôler (...) l'anonymisation des CV ne relève pas d'une réglementation mais d'un état d'esprit". Il n'a pas été suivi sur ce point par le législateur.

En quatrième lieu, enfin, le candidat est tenu de répondre de bonne foi (L.121-6, al.2 C. trav.). Dès lors que les demandes sont conformes à la loi, le candidat doit y répondre de bonne foi. A contrario, si tel n'est pas le cas, le salarié est dégagé de son obligation et le mensonge ne constitue pas une faute. (Par exemple a été considéré abusif le licenciement d'un ouvrier ayant omis de signaler qu'il était prêtre et titulaire d'une maîtrise de philosophie. Cass. soc. 17 octobre 1973, Bull. Civ. V, n°483) Ceci étant, se pose la question de la sanction de la mauvaise foi du candidat au recrutement par le chef d'entreprise. S'il découvre le mensonge suffisamment tôt, le recrutement ne se fera pas. S'il le découvre pendant la période d'essai, il pourra rompre le contrat, mais s'il invoque la faute il lui faudra respecter la procédure disciplinaire (art. L.122-41 C. trav.). Au-delà, en cas d'engagement définitif, il pourra procéder au licenciement, à condition que la mauvaise foi du salarié lors de son embauche constitue une cause réelle et sérieuse. En pratique, tout dépend des conséquences de cette mauvaise foi sur le fonctionnement de l'entreprise et de son lien avec le contrat de travail : par exemple, si le salarié a menti sur ses références professionnelles ou techniques, la rupture pourra intervenir pour faute, éventuellement grave. Mais au-delà, le mensonge du salarié lors de son recrutement ne constitue-t-il pas une manœuvre dolosive, viciant le consentement de l'employeur, et entraînant la nullité du contrat de travail ? La Chambre sociale de la Cour de cassation ne l'a pas admis. Dans un arrêt du 5 octobre 1994, elle a censuré une décision par laquelle des juges du fond avaient reconnu le dol entraînant la nullité du contrat, dans le cas d'un salarié embauché sur la base notamment d'une étude graphologique, qui avait révélé, après plusieurs années, que c'était son épouse qui avait rédigé la lettre de motivation. Selon les magistrats, conformément à l'article 1116 C. civ., le dol n'entache de nullité la convention passée que si les manœuvres pratiquées sont telles qu'il est évident que sans elles l'autre partie n'aurait pas contracté. En l'espèce, l'employeur ne prouvait pas qu'il n'aurait pas embauché le salarié s'il avait lui-même rédigé la lettre (Bull. Civ. V, n°256).

Section 2 - L'exigence de loyauté dans la recherche des informations

La loi de 1992 institue trois obligations essentielles à l'égard des recruteurs, quel que soit le mode de recrutement (conseils en recrutement, employeurs recrutant directement). Ces obligations sont visées à l'article L. 121-7 du Code du travail :

- *Une obligation de transparence.*
- *Une obligation de pertinence.*
- *Une obligation de confidentialité.*

En premier lieu, une obligation de transparence :

“Le candidat à un emploi est expressément informé préalablement à leur mise en œuvre des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard” (L.121-7, al.1 C. trav.) Pour éviter l'utilisation d'une méthode de recrutement à l'insu du candidat, le texte prévoit une information préalable, qui n'est pas nécessairement écrite, même si cela est préférable pour des raisons tenant à la preuve.

Cette information individuelle est relayée sur un terrain collectif. Dans le même souci de transparence et de loyauté, le législateur a élargi les moyens d'action du comité d'entreprise, en imposant de nouvelles obligations à l'employeur (L.432-2-1, al.1 C. trav.) En l'absence de comité d'entreprise, dans les entreprises de plus de 50 salariés, les délégués du personnel peuvent exercer cette mission particulière (L.422-3, al.1 C. trav.) Plus précisément, “le comité

d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de ceux-ci". Sont visés les procédés directement utilisés par l'entreprise ou par le cabinet de recrutement auquel elle a fait appel. A noter que le défaut de consultation des représentants du personnel constitue un délit d'entrave.

Le but de ces obligations d'information est notamment de limiter le recours à des techniques fantaisistes et peu fiables.

Outre les méthodes de recrutement, le candidat doit par ailleurs avoir connaissance, préalablement à leur utilisation, des dispositifs de collecte des informations le concernant personnellement (L.121-8 C. trav.). Il peut s'agir d'investigations pouvant être menées par exemple auprès du précédent employeur ou encore de tous moyens techniques pouvant aboutir à apprécier le comportement du salarié lors d'entretiens ou de tests, notamment par l'utilisation des technologies de l'information et de la communication.

La collecte d'informations est dès lors doublement encadrée. D'une part, le salarié doit être préalablement informé de la nature du dispositif de collecte par tout moyen écrit ou oral, d'autre part, cette possibilité ne peut contrevenir à l'interdiction générale des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives non justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou non proportionnées au but recherché posée à l'article L.120-2 C. trav. Cependant, l'effectivité de ces obligations est toute relative. Comme le souligne le rapport Fauroux (2005), on ne peut notamment nier l'importance pratique des recrutements "en vase clos" : recommandation, parenté, filières de formation...

En second lieu, une obligation de pertinence :

La loi prévoit que "les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation (...) des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie" (L. 121-7 al. 2 C. trav.). Cette obligation a pour objet d'éviter le recours à des techniques peu fiables de recrutement ou d'évaluation. Selon l'administration, "le recours à des techniques présentant une marge d'erreur importante ne seraient pas conformes à l'obligation de pertinence imposée par la loi" (*Cir. DRT 15 mars 1993*). On songe naturellement à l'astrologie, la morphopsychologie, la numérologie (...) mais également la graphologie, si répandue en France, ou aux tests multiples. La loi ne précise pas cependant quelles sont les méthodes pertinentes -ou au contraire non pertinentes- ni même comment les identifier; il appartient donc au juge saisi d'apprécier la pertinence de la méthode utilisée, ce qui à notre connaissance ne s'est jamais produit. Force est de constater les faibles répercussions concrètes de la loi. Pourtant, toutes les méthodes et techniques utilisées ne répondent pas aux exigences légales. La commission Fauroux a souhaité attirer l'attention sur la nécessité d'un travail de validation scientifique des tests de recrutement. Selon elle, "nombre d'entre eux ne présentent pas les garanties de validité et de fiabilité scientifiques et sont mis en œuvre par des personnes qui ne sont pas formés. Ils laissent alors place à trop de subjectivité et au jeu des discriminations directes ou indirectes".

En troisième lieu, une obligation de confidentialité :

Les résultats obtenus sont confidentiels à l'égard des tiers (L.121-7 al. 1 C. trav.). Dès lors les résultats obtenus ne peuvent être communiqués qu'à l'entreprise, dans le cas où un intermédiaire intervient, et au candidat.

En cas de méconnaissance de l'une ou l'autre de ces obligations, le candidat à un emploi peut prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi; le cas ne s'est cependant jamais présenté en pratique.

Section 3 - L'interdiction du recrutement par voie d'enchères inversées

La loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances interdit aux employeurs le recours aux enchères électroniques inversées lors du recrutement d'un salarié (L.121-10 C. trav.).

Cette pratique est apparue récemment en France, avec le lancement d'un site spécialisé, inspiré d'un site équivalent ouvert en Allemagne en 2004. Elle consiste à mettre en concurrence des candidats à un emploi, en procédant à un appel d'offres au moins disant. Une procédure d'enchères est ouverte, au cours de laquelle les candidats proposent leur offre de prix. Chaque participant a connaissance du prix proposé par les autres candidats, ce qui lui permet de baisser son ou ses offre(s) antérieure(s) dans le délai imparti. Le moins disant "gagne" l'emploi. Les enchères inversées font l'objet d'une réglementation stricte en matière de marchés publics et dans le secteur commercial; il n'existait pas en revanche de réglementation en droit du travail. Le nouvel article L.121-10 vise à les interdire purement et simplement avec comme sanction la nullité des contrats de travail stipulant un salaire fixé à l'issue d'une telle procédure.

Chapitre 2 – les discriminations dans le processus de recrutement

La discrimination est interdite à tous les stades du processus de recrutement : offres d'emploi, instructions données à un cabinet de recrutement ou agence d'intérim, questionnaires, sélection des candidats et entretien d'embauche, sélection des futurs embauchés.

Certains textes, de portée générale, concernent tous les motifs discriminatoires et plusieurs stades ou aspects de la relation d'emploi, d'autres sont au contraire spéciaux et ne visent qu'un ou quelques critères illicites voisins et/ou un type de décisions ou une phase particulière du recrutement.

Après une présentation des articles, qui en raison de leur généralité, peuvent être qualifiés de fondamentaux, nous examinerons, un à un, les différents critères de discrimination qui font l'objet d'une interdiction légale ou réglementaire, générale et/ ou spéciale.

Section 1 - Les textes de portée générale

Ces textes se répartissent entre le Code du travail et le Code pénal. Sur le plan civil, le texte fondamental, notamment en matière de discrimination à l'embauche, est incontestablement l'article L.122-45 C. trav., texte issu de la loi du 4 août 1982 et plusieurs fois retouché depuis. Au plan pénal, ce sont les articles 225-1 et 225-2 C. pén. dont la portée est la plus étendue.

§1. L. 122-45 du Code du travail

Selon ce texte: "Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte... en raison de son **origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap.**

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire... en raison de **l'exercice normal du droit de grève**".

La question de savoir si la liste des critères de l'article L.122-45 C. trav. est limitative ou non est discutée en doctrine. La plupart des manuels élude la question ou laissent penser que l'énumération est exhaustive en l'absence d'indication contraire (par exemple, l'énumération n'est pas précédée de l'adverbe "notamment"). Pour E. Dockès, en revanche, "plusieurs arguments militent contre ce caractère et pour la reconnaissance d'une prohibition générale de l'utilisation comme critère de différenciation d'un quelconque attribut de la personne, même non expressément prévu"³. Les listes internes doivent être complétées par les listes internationales et au besoin par la jurisprudence. Ainsi, donne-t-il l'exemple du critère de la "fortune" qui ne figure pas dans la liste de l'article L.122-45. Doit-on considérer que le refus d'embauche pour insuffisance de biens n'est pas discriminatoire au seul motif que le législateur ne l'a pas mentionné? L'auteur ne le pense pas et considère que, dans ce cas précis, L.122-45 doit être complété par l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui prohibe le critère de la "fortune". Pour lui, "une telle solution résulte de la signification même de l'égalité: celle-ci prohibe par principe l'utilisation comme critère de différenciation de tout attribut des personnes et ces attributs ne sauraient être énumérés de manière exhaustive"⁴.

S'agissant des comportements concernés, L.122-45 C. trav. vise le fait d'écarter une personne "d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise"⁵. Il est aujourd'hui complété par L.310-2 C. trav., qui depuis la loi du 18 janvier 2005, interdit la discrimination en matière de placement et d'offre d'emploi: "Aucun service de placement ne peut être refusé à une personne à la recherche d'un emploi ou à un employeur pour l'un des motifs énumérés à l'article L 122-45. Aucune offre d'emploi ne peut comporter de référence à l'une de ses caractéristiques". Ainsi a été reconnue la responsabilité d'un chef d'une agence locale pour l'emploi ayant enregistré des offres d'emplois discriminatoires sur l'origine (*Cass. crim. 30 janvier 1990, n° 86-92.690, inédit*).

§2. Les articles 225-1 et suivants du Code pénal

Au plan pénal, l'article 225-1 du Code pénal reprend la liste des motifs illicites de L.122-45, à l'exception toutefois de la référence à l'exercice du droit de grève.

Conformément au principe d'interprétation stricte de la loi pénale la liste des motifs illicites est nécessairement limitative. Ainsi, par exemple, ne tombe pas sous le coup de ce texte, l'employeur qui tient compte de la participation d'une personne à un fait de grève pour prendre une décision visée à l'article 225-2 ou qui prévoit des critères de sélection différents en fonction du sexe des candidats...⁶

De son côté, l'article 225-2 C. pén. réprime le refus d'embaucher (3°) ou encore le fait de soumettre une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise (5°) à l'un des motifs prohibés. Ici encore le principe d'interprétation stricte des textes répressifs

3 E. Dockès, Valeurs de la démocratie, Dalloz 2005, pp.46 et 47

4 E. Dockès, Droit du travail, Relations individuelles, Dalloz 2005, Hyper cours, n°162

5 De façon générale, L.122-45 vise aujourd'hui tout acte de gestion du personnel.

6 De même, le ségrégation des emplois ne constitue pas une infraction pénale. C'est pourquoi, dans l'affaire Moulin rouge, c'est par le biais du refus d'embauche discriminatoire —établi notamment par testing— de deux candidats de couleur à des emplois de serveurs en salle que la répression a été exercée.

s'impose et les comportements qui ne sont pas spécialement incriminés n'entrent pas dans le champ de la répression. Toutefois, les tribunaux s'efforcent de conférer une portée maximale à cet article en retenant une conception assez compréhensive, notamment, du refus d'embauche. Ainsi, il a été jugé que la rupture de la période d'essai s'apparente à un refus d'embauche, laquelle ne revêt un caractère définitif qu'une fois la période d'essai expirée (*Cass. crim. 14 octobre 1986, Bull. crim., n° 287*). De même, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que "le refus par une société recourant aux services d'une entreprise de travail temporaire, de conclure le contrat de mise à disposition prévu par l'article L.124-3 l. trav. constitue un refus d'embaucher au sens de l'article 225-2 3° C. pén. dès lors qu'il fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé dans le contrat". (*Cass. crim. 2 septembre 2003, n°02-86.048, Dr. ouv. 2004, p. 195 note R. Marié; D. 2004, som. com. 3103*). Comme le souligne A. Cœuret, "dans une telle hypothèse, qu'on pourrait qualifier de "discrimination par ricochet", l'entreprise utilisatrice n'est pas l'auteur d'un "refus d'embauche" à proprement parler, son attitude négative à l'égard du salarié peut simplement expliquer qu'aucun contrat d'intérim n'ait été conclu entre celui-ci et l'entreprise spécialisée dans la fourniture de main d'œuvre" (2006).

De même, les hypothèses de justification d'un comportement discriminatoire permettant à l'auteur de se soustraire à la répression sont limitativement énumérées par l'article 225-3 C. pén. (Cf. infra).

Section 2 - Les critères illicites

Certains sont des attributs de la personne et participent de sa dignité, d'autres consistent dans l'exercice de libertés fondamentales

§1. L'« être »: les éléments inhérents à la personne

Le législateur s'efforçant d'embrasser tous les attributs de la personne, ces critères sont divers et nombreux.

A. Sexe, situation de famille, état de grossesse

1° - Sexe ou situation de famille et offre d'emploi

Les discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille dans les offres d'emploi sont condamnées par des dispositions spéciales du Code du travail qui s'ajoutent à l'arsenal de lutte contre les discriminations. En vertu de ces dispositions particulières, nul ne peut mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. En conséquence, en suivant les préconisations de la circulaire du 2 juin 1984, lorsque une offre et l'annonce correspondante concernent un emploi dont il existe une dénomination au masculin et au féminin, il convient de mentionner les deux genres. Au contraire lorsque la dénomination de l'emploi n'existe qu'au masculin ou féminin, on peut ajouter une mention indiquant que l'emploi est offert aux candidats des deux sexes (H/F) ou utiliser des expressions neutres tels que "personne chargée".

L'interdiction des offres d'emploi sexuée est toutefois écartée pour les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante. Un décret en Conseil d'État en dresse la liste, après avis des organisations d'employeurs et de salariés les plus représentatives au niveau national. (L.123-1 in fine). La liste en question figure à l'article R.123-1 C. trav. Elle vise de manière exhaustive les artistes du

spectacle, les mannequins et les modèles. De même, l'entreprise peut, dans le cadre d'un plan pour l'égalité professionnelle, réserver temporairement certaines embauches au seul bénéfice des femmes pour "établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes" (L. 123-3 C. trav.).

2° - Sexe, situation de famille, grossesse et refus d'embauche

a) Le sexe

Principe d'interdiction : La loi du 11 juillet 1975 a interdit les discriminations dans l'emploi qui seraient fondées sur le sexe ou la situation de famille. Face aux difficultés de mise en œuvre de l'égalité en matière d'embauche et licenciement la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes a mis en œuvre la directive européenne du 9 février 1976. L'égalité entre les sexes constitue un principe fondamental du droit communautaire et fait l'objet d'un traitement particulier par le Code du travail.

L'article L. 123-1 C. trav. prohibe les discriminations fondées sur le sexe tant à l'embauche que tout au long de la carrière du salarié. Ce dispositif doit être complété par les dispositions générales de l'article L. 122-45 qui interdisent la discrimination fondée sur le sexe. Cette dernière est sanctionnée pénalement par les articles 225-1 et 225-2 C. pén.

En matière de recrutement, et aux termes de l'article L 123-1, l'interdiction porte sur :

- La mention du sexe ou de la situation de famille recherchée du candidat dans les offres d'emplois (*Cf. supra*).
- Le refus d'embauche en considération du sexe ou de la situation de famille ou par l'application de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille.

La règle de la mixité des emplois, qui s'applique aussi dans la fonction publique, joue dans les deux sens. Ainsi le refus d'embaucher un homme comme hôtesse de l'air a pu être sanctionné comme discrimination sexiste à l'embauche (*T. corr. Morlaix, 20 janvier 1984, G. P. 1984, 1, p. 121, note Doucet*). De même l'employeur qui propose aux candidats au recrutement 2 questionnaires, un pour les hommes et un différent pour les femmes méconnaît les exigences de l'article L 123-1 du Code du travail et tombe sous le coup de la loi pénale. La seule existence de deux questionnaires distincts suffit à caractériser le caractère discriminatoire de l'épreuve (*T. corr. Paris 13 mars 1991, Dr. ouv. 1993, p. 35*).

Deux dérogations sont visées :

- L'application de dispositions particulières prévues par le Code du travail. Il faut ici entendre les dispositions légales et réglementaires en vigueur concernant la protection de la maternité et de l'adoption, et celles concernant le travail des femmes contre des activités jugées dangereuses ou excédant leurs forces (L. 234-1 à 6 et R 234-1 à R 234-23 C. trav.).
- Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle. Cette dérogation de l'article L. 123-1 est reprise par l'article 225-3 du Code pénal qui écarte les dispositions répressives pour les discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe "lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du Code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle".

La liste restrictive des emplois concernés est fixée par décret, après avis des organisations

d'employeurs et de salariés les plus représentatives. Selon l'article R.123-1 C. trav. Précité, il s'agit des artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin soit un rôle masculin ; les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; des modèles masculins et féminins. Le Code pénal considère que l'infraction de discrimination sexuelle n'est pas constituée lorsque le refus d'embauche est fondé sur ce type d'emplois (art 225-3 C. pén.).

Actions positives et mesures de rattrapage : La possibilité de mettre en place des actions positives au nom de l'égalité des chances est prévue par le droit communautaire.

L'article 141 §4 du Traité Communauté Européenne dispose "pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe d'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle". De son côté la directive du 23 septembre 2002 précise que "les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée".

Encouragée par le droit communautaire, la mise en place d'actions positives est reprise par le droit interne. Le principe de non discrimination ne fait pas obstacle "à l'intervention de mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes" (L. 123-3 C. trav.). Le législateur ne fournit pas d'indications particulières sur les mesures pouvant être mises en place. À titre indicatif la circulaire ministérielle du 2 mai 1984 évoque l'objet possible des mesures de rattrapage : embauche réservée aux femmes pour certains postes de travail (dans ce cas l'offre d'emploi pourra valablement mentionner que les femmes sont recherchées)... des objectifs de nomination des femmes à tels ou tels postes pourront être fixés...

Ces mesures de rattrapage justifiées et temporaires à destination exclusive des femmes peuvent résulter de dispositions réglementaires ou conventionnelles ou trouver place dans un plan pour l'égalité professionnelle mis en œuvre par accord d'entreprise ou à défaut unilatéralement par l'employeur (L 123-4 C. trav.).

b) La situation de famille.

Depuis la loi du 11 juillet 1975, les discriminations dans l'emploi qui seraient fondées sur la situation de famille sont prosrites.

La situation de famille fait référence au lien matrimonial ou familial. Elle vise notamment la situation matrimoniale, l'existence d'un concubinage, la nature de la filiation, l'existence ou l'absence d'enfants... La situation de famille est parfois prise en compte par certains employeurs ne souhaitant pas tolérer la présence de plusieurs membres de la même famille au sein de l'entreprise. Cette discrimination lors du recrutement fondée sur la situation de famille est interdite par les articles L. 122-45 et L. 123-1 du Code du travail et l'article 225-1 al. 1 du Code pénal.

Quelques affaires en jurisprudence ont abouti à la condamnation de l'employeur pour violation de ces dispositions.

- Au niveau de l'embauchage, la future mariée n'a pas à informer l'employeur de ses fiançailles ni de son prochain mariage, le licenciement intervenu pour ce motif est abusif (*Cass. soc. 17 mars 1971, JCP 1971, II, 16870; Bull. civ. V, n° 216*).
- Licenciement discriminatoire d'une salariée dont la mère était salariée de l'entreprise; licenciement motivé par l'application d'une directive du directeur de ne pas embaucher en contrat de travail à durée indéterminée les enfants des collaborateurs (*CA Chambéry 21 mai 1996, Dr. ouv. 1996, p. 415. V. aussi Cass. soc. 1er juin 1999, Bull. civ. n° 249; (J.C.P. E n° 48, du 2 décembre 1999)*).
- Refus opposé à la demande de mutation d'une salariée qui souhaitait rejoindre son conjoint; acte de l'employeur constituant un refus d'embauche au sens de l'article L. 123-1 C. trav. (*Cass. crim. 23 octobre 1990, Bull. crim. n° 353*).

Par exception, la situation de famille peut être prise en compte par l'entreprise pour des raisons sans lien avec l'embauche notamment l'attribution de certaines prestations en lien avec les enfants. Cette question peut être posée avec la mention "facultative" pour éviter de tomber sous le coup de l'art 225-1 du Code pénal. En revanche les questions sur les projets matrimoniaux du candidat sont interdites (*Cass. soc. 17 mars 1971, Bull. civ. n° 216*).

c) L'état de grossesse

L'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher (article L. 122-25 C. trav.). La nouvelle formulation de l'article L. 122-45, et celle de l'article L. 123-1 suite à la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, étend le champ des discriminations interdites à la grossesse. L'article 225-1 du Code pénal est également élargi en conséquence.

Le droit communautaire interdit aussi le refus d'embauche en raison de l'état de grossesse (directive du 9 février 1976). Ainsi le droit communautaire s'oppose au refus d'engager une femme enceinte pour un emploi à durée indéterminée au motif qu'une interdiction légale attachée à cet état fait obstacle, pour la durée de sa grossesse, à ce qu'elle occupe, dès le départ, ledit emploi. La protection garantie par le droit communautaire ne saurait dépendre du point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise (CJCE 3 février 2000, *Mahlburg*). Dans le même sens, viole le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, l'employeur qui refuse d'embaucher une femme enceinte, jugée apte à exercer l'activité concernée, au motif que son congé maternité aura pour lui des conséquences financières dommageables (CJCE 8 novembre 1990, *Dekker*).

Dans la mesure où l'employeur ne peut prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher, il lui est interdit "de rechercher ou faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée".

En pratique sont donc prohibées :

- les questions, écrites ou orales, sur l'état de grossesse d'une candidate dans un questionnaire d'embauche ou lors de l'entretien d'embauche;
- tout examen en ce sens lors de la visite médicale d'embauche ou la transmission de renseignements sur ce point à l'employeur, notamment dans la fiche médicale établie par le médecin du travail à l'issue de la visite médicale d'embauche. (art R 241-48 C. trav.)

Bien plus, le texte ajoute que “la femme candidate à un emploi n’est pas tenue de révéler... son état de grossesse”, sauf dans les cas où elle demande le bénéfice des dispositions protectrices de la maternité. La dissimulation de la grossesse par une candidate ne peut constituer par la suite une cause réelle et sérieuse de son licenciement (*Cass. soc. 2 février 1994, n° 89-42. 778 p.*).

B. Mœurs et orientation sexuelle

Les mœurs constituent un motif interdit de discrimination depuis une loi du 12 juillet 1990. Les mœurs relèvent de la vie personnelle et plus particulièrement de l’intimité de la vie privée, pouvant inclure la sexualité mais ne s’y limitant pas. La sexualité bénéficie désormais d’une protection spécifique à travers “l’orientation sexuelle” qui est devenue depuis la loi de 2001 un motif discriminatoire autonome interdit par L. 122-45 C. trav. et 225-1 C. pén. Il s’agit ici de protéger la sexualité de l’individu contre des décisions patronales défavorables dont la discrimination fondée sur l’homosexualité.

C. Race, origine, ethnie, nationalité

Le droit prohibe la discrimination raciale dans l’emploi grâce à des instruments élaborés aux niveaux international ⁷, européen ⁸, et interne ⁹.

Le droit international et communautaire, comme le droit interne, utilisent pour évoquer les “discriminations raciales” une liste de critères tels que la race, l’origine, l’ethnie.

Le mot origine est souvent associé à la notion d’ethnie, elle-même non définie. Lorsqu’elle est mobilisée en jurisprudence, l’origine s’entend toujours de l’origine nationale et non sociale ou familiale (*Cass. soc. 8 avril 1992, RJS 5/92, n° 605*). La référence à l’origine a pour objet de se saisir de la situation des personnes notamment par rapport à leurs ascendants. Sont visés plus particulièrement les jeunes dits de la “deuxième génération”. À cet égard, la loi du 16 novembre 2001 apporte un complément important en érigeant le patronyme en motif discriminatoire. Que le critère puisse être classé dans plusieurs catégories juridiques n’a que peu d’importance, l’essentiel est d’avoir prévu suffisamment de catégories pour que chaque distinction jugée illégitime puisse être sanctionnée.

L’article L. 122-45 précise “l’appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race”. Cette rédaction du Code du travail, inspirée de l’ancien article 416 du Code pénal, est alignée sur celle du Code pénal (art 225-1). La formulation large qui a été retenue par le législateur permet de saisir des cas de figure plus nombreux y compris les représentations même erronées que l’employeur peut avoir de cette appartenance ou non appartenance.

7 La principale source est constituée par l’organisation des Nations Unies : déclaration universelle des droits de l’homme du 10 décembre 1948, plus les deux pactes de 1966, sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques et sociaux; Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Convention n° 111 de l’OIT du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d’emploi et de profession.

8 CEDH du 4 novembre 1950 révisée (art 14, protocole additionnel n° 12), art 6, 13 et 39 TCE.

9 En particulier, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que “Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances”.

La discrimination raciale à l'embauche était sanctionnée dans le Code du travail et le Code pénal bien avant la loi du 16 novembre 2001¹⁰. Pourtant les pratiques discriminatoires n'ont pas disparu. Malgré la difficulté des poursuites, elles aboutissent parfois à des condamnations au pénal grâce à l'action des groupements.

- C.A Paris 21 janvier 1988 Licra et autres : responsabilité d'une chargée du recrutement d'aides - ménagères pour s'agissant d'une offre d'emploi avoir rédigé et diffuser une note de service contenant la mention "éviter le personnel de couleur" (*Dr. ouv. 1988 p. 308. Confirmé par Cass. crim; 14 novembre 1989, Bull. n° 416*).
- T. corr. de Paris 19 décembre 1991 : a jugé discriminatoire l'offre d'emploi ainsi libellée "dentiste française sœur musulmane récemment diplômée recherche dentiste musulmane pour remplacement ou collaboration" (*GP 1996 1, somm, 51*).
- T. corr Grenoble 20 mars 2000 : Discrimination à l'embauche établie grâce au témoignage d'un agent de l'ANPE qui ayant téléphoné à un employeur ayant diffusé une offre d'emploi de menuisier lui avait expliqué son refus d'embauche par "je ne veux pas de bicot, pas de bougnoule, pas de pot de yaourt, je veux des "Paul" et des "Rémi", des bien français" (*confirmé par CA Grenoble 18 avril 2001, Dr. ouv. juillet 2003 p. 295*).
- T. corr. Versailles 2 avril 2001 : Discrimination raciale à l'embauche pour avoir diffusé par messagerie électronique le profil d'emplois à recruter à savoir "des étudiants et des personnes qui ne seraient pas de couleur" discrimination prétendument destinée à faciliter les contacts avec la clientèle. (*Dr. ouv. 2003 p. 292*)
- T. corr. Cambrai 23 février 1999 : Condamnation de l'employeur n'ayant pas recruté une personne, pharmacien assistant du fait de la clientèle qui ne semblait pas apprécier les origines étrangères du candidat (*inédit*).
- *T. corr. Montbéliard 7 février 2003 : Condamnation pour discrimination raciale dans l'embauche de conseillères de beauté consistant dans l'exclusion de candidats de couleur ou portant un nom à consonance étrangère plus particulièrement d'origine magrébine ou nord africaine (*Dr.ouv. 2003, p. 290*).
- T. corr. Paris 19 décembre 2003 : gérante condamnée à un mois d'emprisonnement avec sursis et 1000 euros de dommages et intérêts à la victime plus 500 euros à SOS racisme pour refus d'embauche d'une salariée de couleur dans un centre minceur parisien (*inédit*).
- C.A paris 17 octobre 2003, ass. du restaurant du bal du moulin rouge c/ ass. SOS racisme: Discrimination raciale à l'embauche. Condamnation à une amende 10 000 euros plus publication d'un résumé du jugement dans deux journaux de la presse nationale pour la personne morale et 100 jours-amende pour la personne physique –*condamnée pour complicité-*, pour avoir refusé d'embaucher 2 personnes à un poste de commis de salle en raison de leur ethnie ou de leur race, en l'espèce parce qu'elles étaient de couleur noire. Le motif apparent pour refuser l'embauche "motifs linguistiques" était manifestement injustifiés au regard du travail à accomplir et du recrutement récent d'un jeune néerlandais ne parlant que peu le français et pas l'espagnol. De plus le responsable du recrutement et de la gestion du personnel de salle interrogé par le conseiller à la mission locale a confirmé le réel motif du refus d'embauche des candidats. Qui plus est, l'examen du fichier personnel par l'inspecteur du travail a démontré qu'aucun commis de race noire n'était employé en salle à la différence des cuisines (RJS 2/04, n° 17).

10 Ainsi la loi du 1^{er} Juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme a doté la France d'une législation générale sur le racisme dont les discriminations au travail par la mise en place d'une répression pénale. Elle a été complétée au plan civil par la loi du 4 août 1982 qui a donné naissance à l'article L 122-45.

On remarque en outre que la discrimination raciale se fonde fréquemment sur le nom ou le prénom et que la nationalité française n'évite absolument pas d'être confronté à la discrimination (comme le lieu de résidence qui a été évoqué lors des débats parlementaires). C'est ce constat qui a conduit à l'inscription dans la loi du patronyme, même si le législateur a confondu un indice de la discrimination raciale et un motif nouveau de différenciation illicite.

Le principal apport de la loi de 2001 dans les discriminations raciales lors de l'accès à l'emploi réside dans l'extension de la protection à l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise.

À la différence du droit français, la directive communautaire 2000/43 du 29 juin 2000 qui entend lutter contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique admet, à l'image de l'égalité sexiste, les différences de traitement fondées sur ces caractéristiques "lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que cet objectif soit légitime et l'exigence proportionnée".

La directive communautaire envisage également l'adoption possible d'**actions positives** par les Etats membres. Elle prévoit que pour assurer la pleine égalité dans la pratique, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique. Cette conception a peu pénétré le droit français. Par ailleurs, dans le silence des textes, certains juges ne tiennent pas compte du caractère "positif" des mesures prises et les qualifient d'illicites alors même qu'elles viseraient à favoriser des catégories de personnes habituellement discriminées. Ainsi, la Cour d'Appel de Nîmes a jugé que la "convention pour l'emploi des jeunes" visant à recruter un animateur qui devrait appartenir à une famille issue de l'immigration constitue une offre d'emploi discriminatoire (*D. 2002 somm. com. p. 2920*).

D. L'apparence physique et le patronyme

L'apparence physique permet d'inclure à la fois les caractéristiques de la personne et sa tenue vestimentaire. Ainsi le fait d'écarter un candidat à l'embauche en raison d'une surcharge pondérale, de la couleur de sa peau, de sa taille est condamné à travers l'article L. 122-45 C. trav.

De même l'inscription du patronyme dans la liste des motifs discriminatoires de l'article L. 122-45 a pour but, comme on l'a vu, de mettre fin à certaines pratiques en matière de recrutement visant à écarter les candidatures de personnes dont le patronyme a une consonance étrangère ou considérée comme telle. De la même manière, la prise en compte d'un patronyme ridicule pourrait être pareillement condamnée.

E. Âge

Aux termes de L. 311-4, 1° du Code du travail, la mention d'une limite d'âge maximale dans une offre d'emploi ou de travaux à domicile est interdite. A l'origine n'étaient concernées que les offres d'emploi écrites publiées dans un journal, une revue ou un écrit périodique. Le texte a cependant fait l'objet d'une modernisation par la loi du 18 janvier 2005 qui en a étendu le champ à "tout autre moyen de communication accessible au public". Sont donc

désormais visées les annonces diffusées sur internet. En revanche, cette prohibition particulière n'affecte pas la prévision d'un âge minimum – qu'englobent au contraire L.12245 et son corollaire pénal 225-1. Par ailleurs, L. 311-4 précise que "l'interdiction ne concerne pas les offres d'emploi qui fixent des conditions d'âge imposées par les textes législatifs et réglementaires".

De manière plus générale, l'âge figure expressément, depuis la loi du 16 novembre 2001, parmi les discriminations interdites à l'embauche (L. 122-45 C. trav.). Il existe toutefois des exceptions à ce principe de non discrimination. Ainsi, la loi de 2001, afin d'éviter la remise en cause des politiques de l'emploi fondées sur l'âge, reprend en partie la dérogation à l'égalité de traitement autorisée par la directive du 27 novembre 2000.

Aux termes de l'article L. 122-45- 3 C. trav. "Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des objectifs de politique de l'emploi et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires".

L'article fournit des exemples, non exhaustifs de différences de traitement légitimes. Ces différences de traitement peuvent notamment consister en :

- l'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concernée ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite¹¹.

Dans ce cadre, afin de favoriser l'embauche des salariés de plus de 50 ans qui rencontrent des difficultés de réinsertion professionnelle, certains contrats de travail sont prioritairement réservés à ces catégories de demandeurs d'emploi. De même certains contrats de travail ne peuvent être conclus qu'avec des jeunes (contrat de professionnalisation, contrat d'insertion) afin de favoriser leur insertion ou réinsertion professionnelle. C'est ainsi que le législateur sans porter atteinte au principe d'égalité peut privilégier certaines catégories de salariés plus fragiles ou vulnérables mais ces mesures apparaissent plus comme des mesures de protection que comme des actions positives favorisant l'accès à l'emploi de travailleurs jeunes ou âgés. On notera que le Code pénal ne prévoit pas pour sa part de faits justificatifs à la violation de l'article 225-1.

F. État de santé et handicap

Le handicap désigne une insuffisance ou une diminution durable ou permanente des capacités physiques ou mentales. Selon l'article L. 323-10 C. trav. "est considérée comme personne handicapée toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite d'une insuffisance ou d'une diminution de ses capacités physiques ou mentales".

L'état de santé, quant à lui, est une notion plus large qui vise toute altération même temporaire de la santé, physique ou mentale d'origine professionnelle ou non.

L'article L. 122-45 C. trav. interdit toute mesure prise en raison de l'état de santé ou du

¹¹ Le troisième exemple donné par la directive n° 2000/78 et consistant à autoriser les Etats membres à fixer "des conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi" n'a pas été repris par le législateur français.

handicap tant dans l'accès à l'emploi que tous les aspects de la relation de travail. Même si le licenciement est en pratique la mesure la plus concernée par cette interdiction, il n'en demeure pas moins qu'aux termes de cet article "aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement" pour le motif d'état de santé ou de handicap.

La loi a par la suite précisé les contours du principe de non discrimination. Selon l'article L 122-45-4 du Code du travail inséré par la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées "Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du Titre IV du Livre II en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées". Du fait de cette nouvelle disposition, la loi modifie l'article L 122-45 en supprimant de cet article l'expression "sauf inaptitude constatée par le médecin du travail".

Exception : l'inaptitude physique L'inaptitude physique du salarié ou du candidat à l'emploi concerne les possibilités du salarié au plan médical d'exécuter sa prestation de travail. Si l'employeur ne doit pas prendre en considération de l'état de santé du candidat lors de l'embauche, il n'en est pas de même de l'aptitude physique au poste qui sera vérifiée par le médecin du travail lors de la visite médicale d'embauche. Cette compétence exclusive est rappelée par la jurisprudence. "Les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à l'emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin chargé, en application de l'article R 241-48 du Code du travail de l'examen médical d'embauche. Lorsque l'employeur décide que le salarié recruté avec une période d'essai prendra ses fonctions avant l'accomplissement de cet acte médical, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol que le salarié commettrait en ne lui révélant pas son état de santé ou handicap, que ce dernier n'a pas à lui révéler" (*Cass. soc. 21 septembre 2005, Dr. soc. 2005, p. 106; R.J.S. 12/05, n° 1163*).

L'inaptitude physique constatée par le médecin du travail peut fonder une différence de traitement ou une mesure défavorable tel qu'un refus d'embauche. Sur le terrain pénal, l'article 225-3 du Code pénal écarte du champ de l'incrimination, les "discriminations fondées sur l'état de santé lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité".

Handicap et actions positives Afin de garantir le principe d'égalité de traitement en faveur des personnes handicapées, la loi transpose le principe européen de non discrimination dans l'emploi en autorisant "l'action positive" et la prise de "mesures spécifiques" pour lutter contre les discriminations au travail en ce qui concerne les personnes handicapées (*art 7 directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*).

En droit français, on peut rattacher l'obligation d'emploi à ces actions positives qui ont pour objet de prévenir ou de compenser des désavantages liés au handicap. Depuis la loi du 10 juillet 1987 (précisée par la loi de 2005) les travailleurs handicapés tel que définis à l'article L 323-3 C. trav. sont bénéficiaires d'une obligation d'emploi à laquelle sont assujettis les employeurs du secteur privé d'au moins 20 salariés dans la proportion de 6% de l'effectif total. Si l'emploi direct de personnes handicapées est ainsi favorisé, d'autres possibilités pour

l'employeur de s'acquitter de son obligation sont prévues (sous-traitance, application d'accords collectifs ad hoc, contribution à l'AGEFIPH).

Par ailleurs dans le droit fil du droit communautaire (art 5 de la directive précitée), la loi prévoit des aménagements possibles au bénéfice des personnes handicapées. Elle impose à tout employeur privé ou public, de prendre les **mesures appropriées** pour permettre à une partie des travailleurs handicapés d'accéder à un emploi (*cf.* L 323-9 C. trav.). Les employeurs prendront ces mesures en fonction des besoins dans une situation concrète. Une limite est toutefois posée : la mise en œuvre de ces mesures ne devra pas entraîner de charges disproportionnées. Pour apprécier une telle disproportion, il est tenu compte des aides qui peuvent compenser tout ou partie des dépenses supportées à ce titre par l'employeur concernant notamment l'adaptation de machines et outillages, l'aménagement des postes de travail, l'accès aux lieux de travail. De son côté l'article L 212-4-1-1 C. trav. prévoit au titre de ces mesures appropriées l'obligation pour l'employeur de faire bénéficier les travailleurs qui le demandent d'aménagements d'horaires individualisés propres à faciliter leur accès à l'emploi. Il est bien évident que pour bénéficier de ces aménagements prévus par la loi, l'individu doit révéler la nature de son handicap.

Les mesures appropriées au bénéfice des personnes handicapées visant à favoriser l'égalité de traitement prévues à l'article L 323-9-1 ne constituent pas une discrimination. En revanche le refus par l'employeur de prendre des mesures appropriées peut être constitutif d'une discrimination au sens de l'article L 122-45-4 C. trav.

G. Caractéristiques génétiques

La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé a enrichi l'article L 122-45 C. trav. et le Code pénal d'un nouveau motif de discrimination interdit. Dans l'état actuel de la législation, il est clair que l'employeur ne peut solliciter du candidat à un emploi des informations concernant l'état de santé du salarié non plus que ses caractéristiques génétiques car elles relèvent de sa vie privée. Reste que sous couvert de prévention, il peut se produire qu'un salarié soit écarté d'un poste de travail pour lequel il présente une contre-indication médicale révélée par un diagnostic génétique diligenté par le médecin du travail, même si ce dernier est soumis au secret médical.

§2. L'« agir » : l'exercice de libertés publiques

Ne sont visées par les textes que quelques libertés fondamentales.

A. Activités syndicales ou mutualistes

Tout militant syndicaliste, même non investi d'un mandat est protégé.

a) Interdiction des questions sur l'appartenance syndicale

Elle fait l'objet d'une protection renforcée par l'article L 412-2 C. trav.-l'article L.122-45 ne visant que les activités syndicales- en ce qui concerne notamment l'embauchage. Les questions posées à un candidat ne sauraient porter sur son appartenance à un syndicat. A par exemple fait l'objet d'une condamnation pénale pour discrimination syndicale le directeur d'une CPAM qui par note interne entendait subordonner les offres d'emplois d'été à des enfants d'agents n'appartenant pas au syndicat CGT (T. corr. Arras 18 mars 2003, *Dr. ouv.* 2004, p. 92). Le fait que l'employeur ait eu pour seule intention de déterminer le profil du candidat en comparaison de celui de l'emploi ne peut constituer une justification (*Cass. soc.* 13 mai

1969, *Bull. civ. V n° 314, D. 1969, note J. Savatier p. 528*).

b) Refus d'embauche fondé sur l'appartenance syndicale ou activités syndicales

L'article L 412-2 C. trav. condamne également la prise en considération de l'appartenance syndicale pour toute décision relative à la situation du salarié dans l'entreprise ou à la rupture des relations professionnelles. La discrimination à l'embauchage fondée sur les activités syndicales est aussi interdite par l'article L 122-45 C. trav., qui vise en outre les activités mutualistes.

L'essentiel du contentieux de la discrimination s'observe en matière de rémunération, avancement, déroulement de carrière, licenciement. On rencontre peu de cas jugés par les tribunaux de discrimination à l'embauche (*Cass crim 2 septembre 2003: non renouvellement d'un contrat de mission, cf. supra*).

B. Exercice du droit de grève

La discrimination motivée par l'exercice du droit de grève, révélée par le contentieux, se manifeste essentiellement par le biais de retenues excessives sur les rémunérations, ou par le biais de primes anti-grève. Le refus d'embauche fondé sur l'exercice du droit de grève apparaît très hypothétique dans la mesure où la personne n'est pas encore salariée de l'entreprise. Cependant un tel comportement de l'employeur pourrait constituer une mesure discriminatoire condamnée sur le seul terrain civil par les articles L 122-45 et L 521-1 du Code du travail.

C. Les discriminations fondées sur les opinions politiques et les convictions religieuses.

Les discriminations fondées sur ces motifs sont interdites par l'article L 122-45 du Code du travail. Les opinions politiques visent aussi bien le fait d'appartenir, ou non à un parti, que d'exprimer ses faveurs, ou refuser de les exprimer, pour telle ou telle organisation politique. Par exemple, a été jugée discriminatoire la diffusion, par une adjointe au maire d'un courrier soumettant la candidature des employés à une condition fondée sur leur appartenance politique ou sur leur absence d'appartenance politique par la mention "pourvoir les postes manquants soit par des employé(e)s sympathisants du FN soit par des employé(e)s totalement neutres" (*T. corr. de Toulon, 5 mai 1998, Dr. ouv. p. 420; D. 1999, jurisprudence, p. 162*).

Selon la directive du 27 novembre 2000 les Etats membres peuvent prévoir que dans le cas des activités professionnelles d'églises ou autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Le droit de ces organisations de requérir des personnes une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation n'a pas été consacré en tant que telle dans la législation française.

PARTIE II : LE RÔLE DES ACTEURS ET LES MOYENS DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS A L'EMBAUCHE

En dépit d'un arsenal juridique important, qui apparaît à certains égards d'une grande sophistication, on ne peut qu'être frappé par "la rareté et l'insuccès fréquent des recours", notamment de la voie répressive (Stasi, 2004; Thomas, 2005 ; Fauroux, 2005). En ce qui concerne la matière civile, le recul est encore insuffisant pour apprécier la portée de l'introduction de la notion de discrimination indirecte et de l'aménagement de la charge de la preuve, et dans quelle mesure ceux qui sont chargés de l'accompagnement des victimes se les sont appropriés. (Lanquetin, 2005) Certes, il ne saurait être question d'abandonner la voie judiciaire et pour certains, bien au contraire, elle doit être privilégiée. Pour SOS racisme, seule la multiplication des procédures judiciaires et la publicité qui en sera faite permettra d'endiguer les pratiques de discrimination à l'embauche. (Thomas, 2005) Moins convaincus, les auteurs du rapport Fauroux considèrent que "plus que le nombre de condamnations, la publicité qui leur sera donnée et peut-être l'exemplarité de certaines d'entre elles favoriseront la prise de conscience des interdits" (Fauroux, 2005). Tous s'accordent cependant à considérer la création de la Halde comme une voie complémentaire utile dans la lutte contre les discriminations.

Chapitre 1 : les actions en justice

La victime d'une discrimination, notamment à l'embauche, dispose de voies judiciaires multiples pour faire valoir ses droits et obtenir la sanction de son auteur. Les unes sont civiles, les autres pénales.

Section 1 - Fondements et sanctions

En France, deux phénomènes peuvent être relevés. D'une part, à la différence d'autres pays, on constate une nette préférence des demandeurs - pas seulement en matière d'emploi - pour la justice pénale. Le Rapport Stasi (2004) identifie un certain nombre de raisons susceptibles d'expliquer cette préférence "française" : "la conviction répandue qu'avant de léser des intérêts privés, les discriminations, qui mettent en cause l'exercice de droits et de libertés, sont d'abord des atteintes à l'ordre public; la volonté des associations de tirer parti de la dimension symbolique et de l'impact médiatique du procès pénal, notamment dans la lutte contre les discriminations raciales; enfin, l'attrait pour la procédure pénale inquisitoriale et gratuite". (Stasi, 2004; ég. Thomas, 2005 ; Fauroux, 2005). D'autre part, le faible nombre d'actions en justice.

§1. Au civil

Plusieurs articles du Code du travail peuvent servir de fondement à une action au civil en raison d'une procédure de recrutement discriminatoire. Certains sont spéciaux et ne visent qu'un type de discrimination; d'autres sont de portée générale. Tous peuvent fonder une action de la victime en vue d'obtenir des dommages et intérêts.

1° L'interdiction générale des discriminations à l'embauche

Sur le plan civil, le texte fondamental est l'article L.122-45. *Cf supra.*

La sanction des discriminations à l'égard d'un salarié est la plus importante qui soit en matière civile : la nullité. Il s'agit d'une mesure radicale, mais qui, s'agissant de protéger les droits fondamentaux des personnes, s'impose tout naturellement. Pour autant son application en

cas discrimination à l'embauche paraît devoir être écartée. En effet, L.122-45 ne prévoit cette sanction qu'au profit des salariés. Or, le candidat au recrutement se trouve dans une situation pré-contractuelle, il n'est pas salarié. De plus le droit français est hostile à l'idée d'un engagement forcé que le droit communautaire n'impose pas. (*CJCE 10 avril 1984 Von Colson et Kamann, aff 14/83 Rec p. 1891*). Le candidat à un recrutement victime d'une discrimination au sens de L.122-45 ne peut donc prétendre qu'à des dommages et intérêts.

2° Les textes spéciaux

Ils concernent l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale, l'état de grossesse, les motifs d'âge, de genre et la situation de famille. Il s'agit de :

- L.412-2 C.trav. : l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale.
Le texte prévoit que l'employeur qui arrête une décision en matière d'embauchage commet un abus ouvrant droit à dommages et intérêts au profit de la victime.¹²
- L.311-4 C. trav. : le motif d'âge.
- L.122-25, L.123-1 : l'état de grossesse, le sexe et la situation de famille.
- L.122-25 C. trav. concerne l'état de grossesse.
- L.123-1 C. trav. : l'état de grossesse, le genre et la situation de famille.
- L.323-9-1 C. trav.: le handicap.

Faute de disposition spécifique prévoyant la nullité de l'offre d'emploi ou du refus d'embauche, la victime peut seulement, demander, sur le fondement de ces dispositions, des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi.

§2. Au pénal

Les actions en justice se fondent, tantôt sur l'incrimination générale des discriminations par le Code pénal, tantôt sur des incriminations spéciales prévues dans le Code du travail. La coexistence de plusieurs textes répressifs pose la question de leur intérêt lorsqu'ils se superposent et de leur articulation dans le cas contraire.

1° L'incrimination des discriminations

Comme on l'a vu les textes incriminant les discriminations en général se trouvent dans le Code pénal. Il s'agit de l'article 225-1 qui, sous réserve de la grève, reprend la liste des motifs illicites de L.122-45, et l'article 225-2 qui réprime le refus d'embauche ou encore le fait de soumettre une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à l'un des motifs prohibés.

Les peines encourues par les **personnes physiques** ont été significativement aggravées par la loi dite Perben II du 9 mars 2004 : 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, peines doublées en cas de récidive. Aucune peine complémentaire n'est en revanche prévue.

Quant aux **personnes morales**, il convient de souligner que leur responsabilité était expressément prévue par l'article 225-4, avant même l'adoption de loi Perben II. Dès lors que la discrimination constatée a été commise dans les conditions définies à l'article 131-2

12 A noter que pour conférer une large portée à la sanction de la nullité prévue par l'article L.122-45, la Cour de cassation décide que les juges du fond doivent appliquer ce texte, et non l'article L.412-2, dès l'instant qu'une discrimination en raison de l'activité syndicale est constatée, même si cet article n'a pas spécialement invoqué par la victime (Cass. soc. 4 décembre 2001, RJS 2/02, n° 197). Cette jurisprudence ne présente cependant pas d'intérêt pour les candidats à un emploi pour lesquels la nullité ne s'applique pas.

C. pén. (pour son compte, par l'un de ses organes ou représentants), la personne morale peut être poursuivie.¹³ Elle encourt, d'une part, une amende dont le montant maximum correspond au quintuple du montant de l'amende encourue par les personnes physiques, d'autre part, les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 8° et 9° de l'article 131-39¹⁴, notamment l'affichage ou la diffusion de la condamnation (225-4). Il importe de souligner l'importance particulière de cette peine dans la mesure où, les analyses convergent sur ce point, "plus que la peur de la condamnation financière, c'est la condamnation morale que redoutent les employeurs français" (Thomas, 2005 ; Fauroux, 2005)¹⁵.

A côté de l'incrimination générale des discriminations par le Code pénal, il existe plusieurs incriminations spéciales situées dans le code du travail. Ainsi :

- le chef d'établissement, directeur ou gérant, qui, au mépris de L.412-2 C. trav., refuse d'embaucher une personne en raison de son appartenance à un syndicat ou de son activité syndicale s'expose à une amende de 3750 euros et, en cas de récidive, un an d'emprisonnement et/ou 7500 euros d'amende (L.481-3 C. trav.);
- la mention dans une offre d'emploi d'une limite d'âge supérieure en méconnaissance de l'article L.311-4 constitue une contravention de 3^e classe, soit 450 euros au plus. (R. 361-1 C. trav.)
- la prise en considération de l'état de grossesse d'une salariée lors de son embauche en violation de L.122-25 constitue une contravention de 5^eme classe (R 152-3 C. trav.);
- en ce qui concerne les discriminations en raison du genre, de la situation de famille ou de la grossesse visées à l'article L.123-1, elles constituent un délit faisant encourir à son auteur un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende, ces peines étant doublées en cas de récidive. A titre de peine complémentaire, "le juge peut ordonner, aux frais de la personne condamnée, l'affichage du jugement (...) et son insertion intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'il désigne sans que ces frais puissent excéder le maximum de l'amende encourue". (L.152-1-1 C. trav.) Par ailleurs, L.152-1-2 prévoit la possibilité pour le juge de décider de l'ajournement du prononcé de la peine dans les conditions des articles 132-58 à 132-62 du Code pénal sous réserve de conditions particulières. L'ajournement, dans cette hypothèse, comporte "injonction à l'employeur de définir, après consultation du CE ou, à défaut, des délégués du personnel, et dans un délai déterminé, les mesures propres à assurer dans l'entreprise en cause le rétablissement de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. L'ajournement peut, le cas échéant, comporter également injonction à l'employeur d'exécuter dans le même délai les mesures définies".

13 Pour un exemple de condamnation de la personne morale, cf l'affaire du Moulin Rouge.

14 2° L'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de 5 ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;

3° Le placement pour une durée de 5 ans au plus sous surveillance judiciaire ;

4° La fermeture définitive ou pour une durée de 5 ans au plus des établissements ou d'un ou plusieurs établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

5° L'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de 5 ans au plus ;

(...) 8° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;

9° L'affichage de la décision prononcée ou de la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

15 T. corr. Bastia 3 juin 1997, RCS 1998, 99, obs. Mayaud : condamnation à l'affichage de la condamnation sur les portes de l'agence et du siège social de la banque concernée.

A noter que depuis le 31 décembre 2005, la responsabilité pénale des personnes morales est généralisée à toutes les infractions, indépendamment des prévisions du texte d'incrimination. Les personnes morales sont donc responsables, de toute infraction commise dans les conditions de 121-2 du C. pén. Il résulte des articles 131-38, en matière correctionnelle, et 131-41, pour les contraventions, que le taux maximum de l'amende encouru est égal au quintuple du taux prévu pour les personnes physiques par le texte qui réprime l'infraction. Dans le silence des textes d'incrimination, n'est en revanche prévue aucune sanction complémentaire.

2° Utilité et articulation des différentes incriminations¹⁶

L'existence d'incriminations spécifiques dans le Code du travail, recoupant l'incrimination générale des discriminations du Code pénal, pose la question de leur utilité et de leur articulation éventuelle, alors de surcroît que les sanctions dont elles sont assorties sont sans commune mesure avec celles de l'article 225-2, qui de plus prévoit des sanctions complémentaires nombreuses à l'encontre des personnes morales. Ainsi, subordonner une offre d'emploi à une condition d'âge maximum tombe à la fois sous le coup de l'article R.361-1 C. trav. (au plus 450 euros d'amende) et 225-2 C. pén. (au plus 3 ans d'emprisonnement et/ou 45 000 euros d'amende)! De même, subordonner une offre d'emploi au sexe ou à la situation de famille ou refuser d'embaucher pour l'un de ces motifs constitue un délit dont les peines encourues varient de façon importante selon que l'on invoque le Code du travail ou le Code pénal. Ou encore, depuis la loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre hommes et femmes, le refus d'embauche d'une salariée en raison de son état de grossesse est incriminé par les articles R.152-3 et L.152-1-1 du C. trav., et 225-2 C. pén. Or, ici encore, les peines respectivement prévues sont loin d'être identiques!

Toutefois, il convient de souligner que, parfois, l'élément matériel incriminé par le texte spécial est, à certains égards, plus large que celui concerné par le Code pénal. Ainsi, par exemple, ne tombe pas sous le coup de 225-2, le fait de prévoir des critères de sélection différents en fonction du sexe des candidats. Il en résulte que si en ce qui concerne l'incrimination des offres d'emploi discriminatoires les textes du Code du travail ne présentent pas grand intérêt dans la mesure où leurs champs se superposent –si ce n'est toutefois qu'en matière de contravention l'élément moral n'a pas à être établi–, l'article L.123-1 conserve un intérêt dans la mesure où il couvre des agissements que ne vise pas l'article 225-2. Par ailleurs, en matière syndicale, le Code pénal et le Code du travail ne se recoupent pas parfaitement. Contrairement à L. 481-3 C. trav., l'article 225-1 C. pén. ne vise pas l'appartenance à un syndicat. Par conséquent, en application du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, dans ce cas, seul L.481-3 peut être invoqué. Plus compréhensif dans la définition de l'élément matériel de l'infraction, ce texte est plus restrictif en ce qui concerne les personnes responsables : sont visés les chefs d'établissement, directeurs ou gérants. Au contraire, 225-2 concerne toute personne. Parfois, c'est au niveau des peines que le texte spécifique peut présenter un intérêt : en ce qui concerne la violation de L.123-1, L.152-1-2 prévoit la possibilité de l'ajournement au prononcé de la peine et L.152-1-1 al. 2 prévoit en effet une peine

¹⁶ Si l'on sort du cadre du recrutement, on constate que le Code du travail incrimine des actes plus nombreux que le code pénal. C'est particulièrement vrai pour l'article L.412-2 C. trav. dont la liste des actes incriminés n'est pas limitative, mais aussi pour L.123-1.

complémentaire à l'égard des personnes physiques poursuivies—l'affichage ou la diffusion de la décision dans les conditions de 131-35 C. pén., inexistante en cas de violation de 225-2. Il est vrai que, dans ce cas, que cette sanction figure dans la liste de celles susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'une personne morale (225-4)¹⁷.

Section 2 - Le juge compétent

a) Au civil

La première difficulté qui se pose au candidat à un emploi victime d'une discrimination concerne l'identification de la juridiction compétente. En effet, les Conseils de prud'hommes connaissent des "différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail... entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient" (L.5111 C. trav.) Exclusive, cette compétence est également spéciale. Il en résulte qu'en l'absence de disposition particulière leur attribuant la connaissance des litiges entre candidats à un emploi et employeur potentiel, les conseils de prud'hommes sont incompétents. C'est le juge de droit commun, c'est-à-dire le TGI, qui doit en connaître. Or, l'accès au TGI est moins aisé et plus onéreux pour le demandeur qui doit se soumettre à un certain nombre de formalités dont la constitution d'avocat, même s'il est vrai que la victime n'est pas seule titulaire du droit d'agir. Le juge des référés, juge de l'urgence, peut également être saisi pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Même en présence d'une contestation sérieuse, il peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent. (809 al.1 NCPC)¹⁸ Toutefois, en matière de recrutement, l'hypothèse d'une saisine du juge des référés apparaît peu probable; il faudrait que le refus d'embauche soit manifestement discriminatoire, de plus, on voit mal quel type de mesures pourrait être ordonné...

b) Au pénal

Le refus d'embauche ou la rédaction d'une offre d'emploi discriminatoires constitue un délit qui en tant que tel relève du tribunal correctionnel.

A noter cependant que c'est le tribunal de police ou éventuellement le juge de proximité qui connaissent des contraventions.

La victime dispose de plusieurs voies pour saisir la justice :

- la citation directe, qui permet de saisir directement le juge, sans enquête de la police judiciaire... Il faut donc disposer d'éléments de preuve solides à l'encontre de la personne poursuivie. A défaut le demandeur s'expose au paiement d'une amende pour plainte abusive;
- porter plainte auprès du procureur de la République ou des services de police ou de gendarmerie, avec le risque de classement sans suite;
- se joindre à l'action du Parquet en se constituant partie civile pour obtenir des dommages et intérêts.

Le plus souvent, cependant, la victime hésitera à saisir les tribunaux pour trois types de raison : parce que la saisine du juge lui paraît compliquée ou/et onéreuse voire inutile, par

¹⁷ Cf. affaire du Moulin Rouge.

¹⁸ Il ressort d'une étude récente que peu sollicité en matière de discrimination, lorsqu'il est saisi, le juge des référés méconnaît trop souvent l'étendue de sa compétence et de ses pouvoirs. MT. Lanquetin et M. Grévy, La mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, rapport DPM déc. 2005 (à paraître); M. Grévy, Réflexion autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail, Dr. ouv. 2006, p.116.

crainte d'être stigmatisé sur le marché du travail ou de ne pas pouvoir apporter la preuve de la discrimination. C'est pourquoi le législateur a, d'une part multiplié les titulaires de l'action, d'autre part aménagé les règles de preuve.

Section 3 - Les titulaires de l'action

Outre la victime directe, et par exception au principe selon lequel "nul ne plaide par procureur", la loi accorde à certains groupements le droit d'agir en cas de discrimination à l'embauche, même si leur préjudice n'est qu'indirect voir inexistant. De ce point de vue, on constate que les associations de lutte contre les discriminations se voient reconnaître un rôle non négligeable, y compris dans les rapports de travail, leur implication apparaissant plus spontanée que celle des syndicats. Le rapport Fauroux souligne notamment la difficulté pour les organisations syndicales de conduire une politique de lutte contre les discriminations à l'embauche. Malgré l'engagement confédéral¹⁹ et le volontarisme du discours, elles ne parviennent guère à diffuser le message, y compris auprès de leurs militants et adhérents, "comme l'atteste par exemple, l'attachement à la préférence familiale pour de nombreuses embauches" (Fauroux, 2005).

Les associations apparaissent ainsi comme les acteurs privilégiés de la lutte contre les discriminations, y compris dans l'entreprise, même si leur intervention est loin d'être exclusive.

§1. Les syndicats

1° La recevabilité de l'action syndicale

En vertu de l'article L.411-11 du Code du travail, les syndicats professionnels "ont le droit d'ester en justice. Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent".

Encore faut-il pour la recevabilité de l'action que l'intérêt collectif affecté soit distinct de l'intérêt individuel de la victime et de l'intérêt général dont la défense incombe au ministère public²⁰. Tel est le cas en présence d'une discrimination syndicale²¹. En revanche, la violation de l'intérêt collectif est beaucoup moins évidente dans les autres hypothèses de discrimination et la jurisprudence ne s'est encore jamais prononcée sur la question.²² Certains auteurs relèvent cependant que "la tendance de la jurisprudence est de permettre aux syndicats de veiller au respect de la législation du travail..."²³ Doit-on en conclure que l'action syndicale est recevable lorsqu'elle se fonde sur un texte du Code du travail et irrecevable dans les autres cas? La distinction n'est guère pertinente en matière de discrimination.

19 La CFDT, la CFTC, la CGT et l'UNSA ont notamment signé, le 2 janvier 2005, une charte syndicale pour l'égalité de traitement, la non discrimination et la diversité.

20 Irrecevabilité de l'action civile d'un syndicat dans le cadre de l'ouverture d'une information des chefs de viol et harcèlement sexuel, même si les faits avaient été commis sur le lieu de travail et par le supérieur hiérarchique de la salariée. Cass. crim. 23 janvier 2002, RJS 2002, 448, n°592

21 Crim. 29 octobre 1996, Dr. ouv. 1997, 227, obs. Richevaux; TPS 1997, com.52; Soc. 19 octobre 1999, TPS 2000, com.22.

22 On notera cependant que dans une affaire de viol et de harcèlement sexuel d'une salariée par son supérieur hiérarchique, la Cour de cassation a refusé d'admettre l'atteinte à l'intérêt collectif représenté par le syndicat bien que les faits aient été commis sur le lieu de travail. Cass. crim. 23 janvier 2002, Bull. crim. n°12. Il faut dire que le viol, en effet ne concerne pas la réglementation du travail. La solution aurait-elle pu être différente si seul le harcèlement sexuel avait été invoqué?

23 Précis Dalloz, 22^e édition, n°578

2° L'action en substitution

Pour favoriser l'exercice des actions fondées sur L.122-45 C. trav., le législateur a prévu que les organisations syndicales représentatives au plan national ou dans l'entreprise²⁴, peuvent agir aux lieu et place notamment des candidats à un emploi, sans mandat de l'intéressé, à condition qu'il ait été informé par écrit et qu'il ne s'y oppose pas dans le délai de 15 jours à compter de la date à laquelle l'organisation lui a notifié son intention (L.122-45-1 C. trav.). Ces syndicats peuvent exercer en justice toutes actions qui naissent de L.122-45, sachant que la victime conserve toujours le droit d'intervenir à l'instance. En revanche, le texte ne précise pas qu'elle puisse y mettre fin.

Cette action n'existe pas en matière pénale.

§2. Les associations de lutte contre les discriminations

1° L'action pénale dans l'intérêt collectif

Contrairement aux syndicats, les associations ne disposent pas d'une habilitation générale pour agir lorsque les intérêts qu'elles défendent sont affectés. Certaines associations bénéficient cependant d'un agrément légal spécifique qui leur est accordé sur la base de critères divers, qui varient en fonction de l'intérêt défendu. En général, l'association doit être déclarée depuis au moins 5 ans à la date des faits et son objet statutaire doit être en rapport étroit avec l'intérêt défendu devant le tribunal. De plus, les associations ne peuvent fonder leurs actions que sur certaines infractions précisées par le texte d'habilitation.

En droit du travail, le domaine privilégié d'intervention des associations est justement celui des discriminations.

Ainsi, le Code de procédure pénale octroie expressément à certaines associations le droit de se constituer partie civile, pour la défense des intérêts qu'elles représentent, sous réserve qu'elles aient été déclarées depuis au moins cinq ans. Certaines d'entre elles sont susceptibles d'agir pour lutter contre les discriminations à l'embauche. Plus précisément, sont habilitées à agir sur le fondement de l'article 225-2 du Code pénal, les associations de lutte contre le racisme ou les discriminations fondées sur l'origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, (art. 2-1 C. proc. pén.), les associations de personnes malades ou handicapées (art. 2-8 C. proc. pén.), les associations de lutte contre l'exclusion sociale ou culturelle des personnes en état de grande pauvreté ou raison de leur situation de famille (2-10 C. proc. pén.) dans ces deux derniers cas, l'accord de la victime est nécessaire ; les associations de lutte contre les discriminations fondées sur le sexe ou sur les mœurs peuvent en cas de discrimination sexiste, fondée sur la situation de famille ou les mœurs agir sur la base de l'article 225-2 mais également L.123-1 C. trav. (2-6 C. proc. pén.).

2° L'action en substitution

Depuis la loi du 16 novembre 2001, les associations de lutte contre les discriminations déclarées depuis au moins cinq ans, disposent d'une action de substitution similaire à celle des organisations syndicales représentatives pour exercer toutes actions qui naissent de L.122-45, sous réserve de conditions un peu plus restrictives. Elles doivent en effet justifier de l'accord écrit de la victime, laquelle a le droit d'intervenir à l'instance mais également d'y mettre fin. (L.122-45-1).

²⁴ Pour les départements d'outre-mer, la représentativité peut être départementale.

§3. Les délégués du personnel

Dans le prolongement de leur mission de gardien des libertés fondamentales inspirée du rapport de Gérard Lyon-Caen sur “Les libertés publiques et l’emploi”, les délégués du personnel se voient reconnaître un rôle essentiel dans la lutte contre les discriminations dans l’entreprise. Ils disposent en effet d’un droit d’alerte en cas d’atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles dans l’entreprise, que la loi de 2001 a étendu aux discriminations. Plus précisément : “Si un délégué du personnel constate (...) qu’il existe une atteinte aux droits des personnes (...) ou aux libertés individuelles dans l’entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l’employeur.” Le texte poursuit : “Cette atteinte (...) peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d’embauche...”. Dans ce cas, l’employeur ou son représentant, ainsi alerté, doit immédiatement procéder à une enquête avec le délégué et prendre les mesures qui s’imposent pour faire cesser l’atteinte. A défaut ou en cas de désaccord sur la réalité de l’atteinte ou sur les moyens à mettre en œuvre, le salarié ou le délégué si ce dernier ne s’y oppose pas, saisit directement le bureau de jugement du conseil de prud’hommes qui statue en la forme du référé et peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser l’atteinte et assortir sa décision d’une astreinte liquidée au profit du Trésor public (L.422-1-1 C. trav.). Toutefois, la loi n’autorise pas les délégués du personnel à saisir le TGI et n’envisage que l’hypothèse d’une atteinte aux droits des salariés et non des candidats à l’embauche.

Section 4 - La preuve des discriminations

La preuve représente un autre obstacle à l’exercice d’une action pour discrimination. Cette dernière est en effet particulièrement difficile à apporter, même si la voie pénale décharge en partie la victime de ce fardeau.

§1. La charge de la preuve

1° Dans le procès civil

Dans un premier temps, et par application du droit commun, il appartenait au candidat évincé de prouver que le motif de la décision est illicite, alors que l’employeur aura très bien pu le taire ou le dissimuler en invoquant un motif parfaitement licite. Puis sous la pression du droit communautaire, la jurisprudence (*Cass. soc. 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 126; Cass. soc. 26 avril 2000, Bull. civ. V, n° 151; Cass. soc. 4 juillet 2000, Bull. civ. V, n° 264*) amplifiée par le législateur (*loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, transposant la directive 97/80 CE du 15 décembre 1997*) est intervenue pour instaurer un régime de preuve, spécifique qui organise un partage de la charge de la preuve. Désormais, il appartient au salarié ou au candidat à un recrutement, un stage ou une période de formation dans l’entreprise, de présenter les éléments de fait laissant supposer l’existence d’une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à l’employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme alors sa conviction. Autrement dit, la victime d’une discrimination ne supporte plus seule le fardeau de la preuve.

Ce régime probatoire concerne les articles L.122-45 et l’article L.123-1 C. trav.

2° Dans le procès pénal

La procédure est ici inquisitoriale. La charge de la preuve incombe au Parquet, sauf hypothèse de la citation directe, même si le demandeur a tout intérêt à apporter des éléments de preuve.

§2. Les moyens de preuve

En ce qui concerne la preuve du refus d'embauche illicite, elle s'avère délicate à apporter. Plus précisément, l'intention délictueuse de l'auteur d'une discrimination est souvent difficile à établir. Pour faciliter cette preuve, la loi sur l'égalité des chances a validé la pratique du "testing", comme mode de preuve. (225-3-1 C. pén.) Ce faisant elle confirme la position de la Chambre criminelle (12 septembre 2000, *Fardeau*, et 11 juin 2002, *SOS Racisme*, *Bull. crim. n° 131*). Ainsi, le délit de discrimination peut être constitué quand bien même la victime aurait sollicité le droit ou le bien (en l'occurrence l'emploi) qui lui a été refusé dans l'unique objectif de démontrer l'existence de la discrimination.

Dans le cas d'une discrimination à l'embauche, le test consiste à répondre à des offres d'emploi en envoyant des candidatures qui sont relativement similaires et ne diffèrent que par une caractéristique incriminée et qui est la variable testée (âge, origine, sexe...) (Thomas, 2005). Très souvent c'est de l'intérieur que l'on peut avoir connaissance de faits discriminatoires. Les salariés sont sans doute les mieux placés pour détecter les pratiques discriminatoires. Cependant, ils peuvent hésiter à les dénoncer par crainte pour leur situation ou celle de leurs enfants²⁵. Pour vaincre ces réticences, le législateur confère aux témoins salariés une protection spécifique. En vertu de L.122-45 al.3 C. trav., aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné d'agissements discriminatoires ou pour les avoir relatés. Toute mesure de "rétorsion" contraire -notamment le licenciement- est frappée de nullité.

De même, l'inspecteur du travail se voit reconnaître un large accès aux documents établis dans l'entreprise pour détecter des faits de discrimination dans l'entreprise. En principe, la loi lui reconnaît le droit de se faire communiquer les documents dont le Code du travail impose la tenue. Toutefois, depuis 2001, dès lors qu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence d'une violation des articles L.122-45, L.123-1 et L.412-2 C. trav. ou 225-2 C. pén., l'inspecteur du travail peut demander que lui soient présentés tout document ou tout élément d'information utile, quel qu'en soit le support (L.611-9 C. trav.).

Chapitre 2 : la saisine de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (halde)

Dans son chapitre III, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique²⁶ demandait aux États de créer un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ces organismes doivent :

- apporter aux victimes une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination,

²⁵ Il semble en effet que la préférence familiale soit une pratique assez répandue (Fauroux, 2005).

²⁶ Avant elle, la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 formulait la même exigence et avait suscité la création du Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

- conduire des études indépendantes concernant les discriminations,
- publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations.

C'est en partie pour répondre à cette exigence communautaire que la loi du 30 décembre 2004 a donné naissance à une autorité administrative indépendante : la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde). Toutefois, comme le suggérait la commission Stasi (2004), la Halde a une vocation générale : son champ de compétence couvre toutes les discriminations, y compris indirectes, et tous les domaines d'activité. Récemment, la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006 est venue accroître ses prérogatives.

Section 1 - Composition

Composée de 11 membres nommés pour 5 ans, elle est actuellement présidée par Louis Schweitzer.²⁷ A noter qu'un certain nombre d'associations et de syndicats avaient manifesté le souhait d'être représentés dans l'instance et préconisaient la création de collèges différents pour les associations, les syndicats, les personnalités qualifiées et les administrations. Le rapport Stasi avait cependant souligné qu'une telle option aurait conduit à "un effectif pléthorique" et instauré "une logique représentative, en contradiction avec les principes régissant les autorités indépendantes". En revanche, le commission soulignait la nécessité de faire participer les associations et les syndicats au fonctionnement du dispositif, l'autorité ayant en effet besoin de "leur expérience et de leur fonction de relais avec la société civile". Elle préconisait que la Halde soit assistée d'un comité d'experts composé de représentants des associations, des syndicats, des organisations professionnelles ou de toutes autres personnes impliquées dans la lutte contre les discriminations ou pour l'égalité (Stasi, 2004). De ce point de vue, les auteurs ont totalement convaincu les pouvoirs publics.

Section 2 - Saisine

La Halde peut être saisie :

- par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un élu national (député, sénateur ou représentant français au Parlement européen).
- par les associations de lutte contre les discriminations, déclarées depuis au moins 5 ans, conjointement avec la victime et avec son accord.
- elle peut aussi se saisir d'office, à condition d'avoir informé la victime et si cette ne s'y oppose pas.

En revanche, la saisine par les syndicats n'est pas envisagée.

Section 3 - Missions

Les missions de la Halde sont induites par le droit communautaire. Elles sont de trois ordres.

§1. Traitement des réclamations individuelles

Sa mission essentielle consiste à traiter les réclamations individuelles et à soutenir les victimes de discriminations dans leurs démarches. Elle doit leur offrir "une expertise juridique et

²⁷ Le décret de nomination est intervenu le 8 mars 2005, JO du 9. La désignation des membres est répartie entre différentes autorités : le Président de la République (2), le Président du Sénat (2), celui de l'Assemblée nationale (2), le Premier ministre (2), le vice-président du Conseil d'Etat (1), le premier président de la Cour de cassation (1) et le président du CES (1).

technique” (Stasi, 2004), afin de les aider à la constitution des dossiers et, si nécessaire, à l’administration de la preuve (art.7). Elle est ainsi habilitée à les conseiller dans la constitution de leur dossier et peut leur indiquer les voies les plus pertinentes à suivre (médiation, recours pénal, civil ou administratif...). Ses pouvoirs d’investigation lui permettent de seconder la victime dans la recherche des éléments de preuve; elle peut présenter des observations au Parquet ou devant les tribunaux. Elle peut aussi avoir une fonction de médiation.

§2. Promotion de l'égalité, consultation et propositions auprès des pouvoirs publics

En application de l’art.15 de la loi de 2004, la Halde doit orchestrer “des actions de communication et d’information propres à assurer la promotion de l’égalité” et favoriser “la mise en œuvre de programmes de formation en ce sens” (al.1). Ces formations peuvent notamment être assurées auprès des syndicats, des associations, des fonctionnaires, des magistrats ou des cadres d’entreprises. Par ailleurs, elle “identifie et promeut toute bonne pratique en matière d’égalité des chances et de traitement”²⁸ (al.3).

En amont, elle peut recommander toute modification législative et réglementaire et doit être consultée par le Gouvernement “sur tout projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l’égalité”. Cette consultation obligatoire n’exclut pas la possibilité pour le Gouvernement de solliciter son avis “sur toute question relative à ces domaines” (al.4). Enfin, le Premier ministre peut lui demander, d’une part, de contribuer à “la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans le domaine de la lutte contre les discriminations”, d’autre part, de participer à “la représentation française dans les organisations internationales et communautaires compétentes en matière de discrimination et d’égalité” (al.5).

§3. Observation, étude et animation de la recherche

Le rapport Stasi met l’accent sur l’importance de cette dernière mission pour la compréhension des phénomènes de discrimination. D’une part, il importe que puissent être élaborés des indicateurs permettant d’identifier et de prendre la mesure des comportements discriminatoires, notamment liés à l’origine. D’autre part, les connaissances concernant les critères d’âge, de santé ou d’orientation sexuelle, comme celles relatives aux discriminations indirectes, doivent être développées. Il n’est cependant pas question pour la Halde de mener elle-même toutes les recherches dans le domaine: la loi précise qu’elle “conduit et coordonne des travaux d’études et de recherches (...)” (art.15 al.2). Comme l’indique le rapport Stasi, sa vocation est plutôt de rassembler, de favoriser et de susciter ces travaux, notamment en participant à leurs comités de pilotage.

A noter que la Halde “remet chaque année au Président de la République, au Parlement et au Premier ministre un rapport rendant compte de l’exécution de ses missions et énumérant les discriminations portées à sa connaissance” (art.16).

Section 4 - Les pouvoirs

La Haute autorité doit disposer de pouvoirs lui permettant d’accomplir efficacement ses missions, notamment, dans le cadre de la promotion de l’égalité, et de lui donner les moyens

²⁸ Elle peut ainsi aider à la mise en œuvre de programmes de promotion de l’égalité et de procédures d’évaluation périodique de leur application, à l’élaboration de “codes de promotion de l’égalité”...

de faire évoluer les comportements. Cependant, certains de ces pouvoirs semblent s'écarter des missions de l'institution, ce qui entraîne une certaine confusion quant au rôle qui doit être le sien. Cette situation est accentuée par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances qui lui reconnaît un pouvoir de sanction.

§1. Les moyens d'investigation

La Halde dispose d'importants pouvoirs d'investigation : enquête auprès des personnes privées, physiques ou morales, ou auprès des agents publics²⁹, mis en cause devant elle, droit de communication d'informations et de documents, quel qu'en soit le support, audition de toute personne "dont le concours lui paraît utile" (art.5). Pour préserver les droits des personnes mises en cause devant la Halde, la loi prévoit qu'elles peuvent se faire assister d'un conseil de leur choix. Par ailleurs, un procès-verbal contradictoire de l'audition leur est remis. Inversement, lorsque les personnes interrogées s'abstiennent de répondre, la Halde peut leur adresser une mise en demeure et fixer un délai de réponse. Si la démarche n'est pas suivie d'effet, le président de l'autorité peut saisir le juge des référés pour qu'il ordonne toute mesure d'instruction utile (art.9).

Lorsque c'est nécessaire, la Haute autorité peut "charger un ou plusieurs de ses membres ou de ses agents de procéder à des vérifications", notamment dans les locaux administratifs ou professionnels ; ils peuvent, à cette occasion, "entendre toute personne susceptible de fournir des informations". Il est nécessaire cependant que le responsable des lieux ait reçu un avis l'informant de la visite des agents de la Halde et qu'il ait donné son accord. A défaut, le président de la Halde peut demander au juge des référés d'autoriser ces vérifications ; celles-ci sont alors effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge qui peut se rendre dans les locaux durant l'intervention. Il peut à tout moment arrêter ou suspendre les vérifications.

Elle peut également organiser des "testing", ses agents étant habilités à constater les infractions ainsi mises à jour (art.2 al.7).

Enfin, il convient de préciser que les personnes tenues au secret professionnel qui auraient révélé des informations à la Halde, information entrant dans le champ de compétence de cette dernière, ne sont pas répréhensibles³⁰. A noter que pour leur part, les membres et agents de la Halde ainsi que les personnalités qualifiées auxquelles il est fait appel sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leur fonction, sous réserve bien sûr des éléments nécessaires à l'établissement des avis, recommandations et rapports. (art.10).

§2. Les pouvoirs de recommandation et de médiation³¹

La Halde peut formuler des recommandations afin qu'il soit remédié à tout fait ou pratique

29 L'article 6 de la loi prévoit que "les autorités publiques et les organismes chargés d'une mission de service public sont tenus d'autoriser les agents placés sous leur autorité à répondre à toute demande de la haute autorité. Ces agents sont tenus de déférer à cette demande".

30 226-13 C. pén. n'est donc pas applicable

31 Pour une critique du recours à la médiation en cas de discrimination, cf. M. Grévy, *op.cit.* : "... la médiation met en valeur une conception du droit comme simple instrument de satisfaction des intérêts privés. Dans cette conception, c'est en effet d'abord la résolution d'un conflit privé qui est en cause et donc la satisfaction ou la compensation du dommage. Mais si l'on considère que la violation de la loi doit être sanctionnée afin de rétablir l'ordre juridique dans son intégrité, l'intervention du juge et la sanction retrouvent toute leur place. Cette reconnaissance par le juge du caractère illicite d'un acte ou d'une situation est essentielle pour l'ordre juridique comme pour la victime qui peut alors être rétablie dans sa dignité".

discriminatoire ou afin qu'ils ne se renouvellent pas. Les autorités ou personnes incriminées sont alors tenues dans un délai fixé par elle de rendre compte des suites. A défaut ou si le compte rendu n'est pas satisfaisant, la Halde établit un rapport publié au JO (art.11).

Elle peut aussi désigner un médiateur ou même intervenir elle-même en tant que médiateur. Dans la médiation, l'intermédiaire propose une solution qui n'a pas force obligatoire. Par ailleurs, conformément au principe de neutralité de la médiation, le médiateur ne peut intervenir pour la même affaire devant le juge. Cette voie n'est donc pas adaptée à toutes les situations, d'autant les déclarations recueillies ou les constatations effectuées ne peuvent être utilisées dans les éventuelles instances civiles et administratives ultérieures qu'avec l'accord des intéressés. (art.7). Comme le souligne le rapport Stasi, la Halde dispose de plusieurs possibilités. "Si les manquements sont sérieux, elle s'orientera d'emblée vers la voie judiciaire... Si la médiation lui paraît opportune, mais qu'une suite judiciaire ne peut être pour autant écartée *a priori*, elle devrait pouvoir faire appel à des médiateurs extérieurs sélectionnés par elle en raison de leur réputation et de leur compétence (notamment des magistrats ou avocats en retraite) qu'elle formerait à cet effet... Enfin, pour les affaires ne présentant pas un caractère de gravité et donc peu susceptibles de déboucher sur un contentieux, il serait loisible à l'autorité d'assurer elle-même la médiation". (Stasi, 2004).

§3. La constatation et la sanction des discriminations

La loi pour l'égalité des chances confère aux agents de la Haute autorité, assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République, le pouvoir de dresser procès-verbal des délits de discrimination, notamment lorsqu'ils ont été révélés dans le cadre d'un testing (art.2 al.7).

Lorsqu'elle constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnés par le Code pénal (225-2 et 432-7c.pén) ou le Code du travail (L.122-45 et L.123-1), la Halde peut, si ces faits n'ont pas donné lieu à la mise en mouvement de l'action publique, proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle et, s'il y a lieu, l'indemnisation de la victime. Le montant de l'amende, qui ne peut excéder 3000 euros s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 euros pour les personnes morales, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. (art.11-1 al.1, issu de la loi du 31 mars 2006)³². La transaction proposée par la Halde doit être acceptée par l'auteur des faits et, s'il y a lieu, par la victime. Elle doit par ailleurs être homologuée par le procureur de la République (al.2). Enfin, "la personne à qui est proposée une transaction est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition de la Haute autorité" (al.3).

En vertu de l'art.11-2, cette dernière peut proposer que la transaction consiste dans :

- 1° L'affichage d'un communiqué, dans les lieux qu'elle précise et pour une durée ne pouvant excéder 2 mois;
- 2° La transmission, pour information, d'un communiqué au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel;
- 3° La diffusion d'un communiqué, par son insertion au JO ou dans une ou plusieurs autres

³² A l'origine, les montants prévus étaient plus élevés : respectivement 5000 euros et 25 000 euros pour les personnes physiques et morales. C'est le Sénat qui est à l'origine de cette révision à la baisse.

publications de presse, ou par la voie de services de communication électronique, sans que ces services de publication ou de communication puissent s'y opposer ;

4° L'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise.

Les frais d'affichage ou de diffusion sont à la charge de l'intéressé sans pouvoir toutefois excéder le maximum de l'amende transactionnelle prévue à l'article 11-1".

A priori, ces mesures seraient, non pas complémentaires au versement d'une somme d'argent, mais alternatives.

“Les actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la transaction sont interruptifs de la prescription de l'action publique.

L'exécution de la transaction constitue une cause d'extinction de l'action publique. Elle ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel. Le tribunal composé d'un seul magistrat exerçant les pouvoirs conférés au président, ne statue alors que *sur les seuls intérêts civils*.

En cas de refus de la proposition de transaction ou en cas d'inexécution d'une transaction acceptée et homologuée par le procureur de la République, la Haute autorité (...) peut mettre en mouvement l'action publique par voie de citation directe” (art. 11-3).

L'entrée en vigueur de ces dispositions est subordonnée à la parution d'un décret.

On relèvera le montant dérisoire de ces sanctions même si la publicité d'une condamnation est la plus redoutée des auteurs d'infraction en comparaison des peines de l'article 225-2 C. pén. et même si des hypothèses non visés par ce texte peuvent être concernées. On ne peut dans ces conditions que s'interroger sur la pertinence de la reconnaissance d'un pouvoir de sanction à la Haute autorité, pouvoir qui nous paraît en marge de ses missions, et qui donne l'impression désagréable d'un “bradage” des droits fondamentaux.

Section 5 - Les relations avec les institutions judiciaires

D'une part, la Halde a la possibilité d'intervenir devant les prétoires, d'autre part les parquets et le juge peuvent solliciter son avis.

Lorsque les faits portés à sa connaissance sont susceptibles de constituer des crime ou délit, la Haute autorité informe le procureur de la République ; elle lui indique éventuellement qu'une médiation est en cours. Celui-ci l'informe à son tour des suites qu'il entend donner à l'affaire (art.12 al.1 et 2). De même, si elle est saisie de faits donnant lieu dans le même temps à une enquête pénale ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites sont en cours, elle doit recueillir l'accord des juridictions pénales saisies ou du Parquet pour pouvoir exercer ses pouvoirs d'investigation, de médiation ou de transaction, résultant des articles 5 à 9 et 11-1 (art.12 al.3).

Inversement, les juges civils, y compris le juge de l'urgence, répressifs ou administratifs saisis d'une affaire de discrimination peuvent, d'office ou à la demande des parties, inviter la Halde à présenter ses observations. Cette audition semble pouvoir intervenir à tout moment de la procédure. Si l'autorité le demande, le juge doit l'entendre (art.13).

BIBLIOGRAPHIE

Textes :

Recommandation de l'OIT concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, R111,

Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique;

Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;

Directive 2002/73/CE modifiant la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et la promotion professionnelles, et les conditions de travail;

Loi 2004-1486 du 30 décembre 2004, portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde)

Décret 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

Rapports

Rapport Bébéar, « Des entreprises aux couleurs de la France »

Rapport du Conseil d'analyse de la société (CAS), « Pour une société de la nouvelle chance – une approche républicaine de la discrimination positive »

Rapport Dares, Offre d'emploi et recrutement, 2004

Rapport Dares, Discrimination et emploi : revue de la littérature, H. Garnier-Moyer, Document d'études, n°69, Mai 2003

Rapport Fauroux, « La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi »

Ouvrages et manuels

Dockès E. :

- Valeurs de la démocratie – huit notions fondamentales, Dalloz 2005, sp chap. 1 à 3

- Droit du travail, Relations individuelles, Dalloz, Hyper Cours, 2005, sp. n° 155 et s

Le Goff J., Droit du travail et société, Tomè 1, PUR, 2001, sp. 183 et s.

Pélissier J., Supiot A., Jemmaud A., Droit du travail, Dalloz, Précis, 2005

Pélissier J., Lyon-Caen A., Jemmaud A., Dockès E., Les grands arrêts de droit du travail, Dalloz, 2004, sp. n° 68-70

Articles

Langlois Ph., Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge?, Dr. soc. 2006, 155

Lanquetin MT :

- Le principe de non discrimination, Dr. ouv. 2000, 186

- Un tournant en matière de preuve des discriminations, Dr. Soc. 2000, 589

Liaisons sociales, Recrutement, numéro spécial 2005

Lochak D., La notion de discrimination, Dr. Soc. 1987, 778

Marchal E. et Torny Didier, Des petites aux grandes annonces : le marché des offres d'emploi depuis 1960, Travail et emploi, 2003, n°95, 59

Marchal E. et Rieucan G., « Candidat de plus de 40 ans, non diplômé ou débutant s'abstenir », Connaissance de l'emploi, n°11, janvier 2005

Miné M. :

- Migration et discrimination raciale dans l'emploi, ...

- La discrimination dans l'emploi, SSLamy, supp. N°1055, 2001

Moreau MA, Les justifications des discriminations, Dr. Soc. 2002, 1112

Richevaux Marc, Relations de travail et lutte contre les discriminations après la loi du 16 novembre 2001, Dr. Ouv. 2001, 290

Savatier J. Âge et travail, Études offertes à J. Pélissier, Dalloz, 2004, 469

Verkindt PY et Wacogne M., Le travailleur vieillissant, Dr. Soc. 1993, 932
