**UNIVERSITE DE STRASBOURG**

Ecole doctorale de droit et de sciences politiques 101

Centre du droit de l'entreprise

# La politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche

Guy ESSOUMA MVOLA

Thèse dirigée par Madame Chantal CUTAJAR,

Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg

**Thèse pour l'obtention du doctorat en droit de l'Université de Strasbourg**

**Droit pénal**

*Soutenue publiquement le 14 septembre 2013*

**JURY :**

**- Monsieur Jean-François SEUVIC**

Professeur à l'Université de Lorraine, **rapporteur**

**- Monsieur François FOURMENT**

Professeur à l'Université de Lorraine**, rapporteur**

**- Monsieur Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE**

Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg

**- Madame Chantal CUTAJAR**

Maître de conférences HDR à l'Université de Strasbourg

*"L'Université n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs."*

# Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame Chantal CUTAJAR, ma Directrice de thèse, pour la qualité de son encadrement sans lequel le présent travail de recherche n'aurait jamais pu être, correctement, mené à terme.

Que ce travail témoigne également de ma reconnaissance à l'égard de toutes celles et ceux qui m'ont soutenu et utilement conseillé, tant sur le plan personnel que dans me recherches, tout au long de mon travail.

*A Marie-Antoinette et Rigobert Mvola Essouma, mes parents,*

*A Agnès, Andrée, Alexandra et Pascal, ma fratrie,*

*A Nayänn-Alexandrie, Chelsea-Raphaëlle et Mark-Yohann, mes neveux,*

*parce que l'on est rien sans les siens.*

# Liste des abréviations

| | |
|---|---|
| Aff. | Affaire |
| AJ | Actualité jurisprudentielle du recueil Dalloz |
| AJDA | Actualité juridique du droit administratif |
| AJFP | Actualité juridique de la Fonction publique |
| Al. | Alinéa |
| ANDRH | Association nationale des directeurs de ressources humaines |
| BIT | Bureau international du travail |
| *B.O.* | Bulletin officiel |
| *Bull.* | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation |
| C.A. | Cour d'appel |
| C.A.A. | Cour administrative d'appel |
| CARC | Cadre pour agir et rendre compte de la HALDE |
| Cass. | Cour de cassation |
| C.C. | Conseil constitutionnel |
| C.E. | Conseil d'Etat |
| CFDT | Confédération française démocratique du travail |
| CGT | Confédération générale du travail |
| Chron. | Chronique |
| Civ. | Chambre civile de la Cour de cassation |
| C.J.C.E | Cour de justice des Communautés européennes |
| C.J.U.E | Cour de justice de l'Union européenne |
| CNIL | Commission nationale informatique et libertés |
| Conv.EDH | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales |
| CODAC | Commission départementale d'accès à la citoyenneté |

| | |
|---|---|
| COMEDD | Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations |
| COPEC | Commission pour la promotion de l'égalité des chances et la citoyenneté |
| Cour EDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| C.P.H | Conseil de prud'hommes |
| Crim. | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| CV | Curriculum vitae |
| D. | Recueil Dalloz |
| DA | Droit administratif |
| DARES | Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques |
| DDHC | Déclaration des droits de l'homme et du citoyen |
| DGAFP | Direction générale de l'administration et de la Fonction publique |
| Dir. | Sous la direction de |
| *Dr.* | Droit |
| *Dr. Soc.* | Droit social |
| ECRI | Commission européenne contre le racisme et l'intolérance |
| éd. | Edition |
| G*az. Pal.* | Gazette du Palais |
| GELD | Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations |
| HALDE | Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité |
| HCI | Haut conseil à l'intégration |
| INED | Institut national d'études démographiques |
| INSEE | Institut national de la statistique et des études économiques |
| JCP | Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition générale |

| | |
|---|---|
| JCP A. J | Juris-classeur périodique, édition Administrations et collectivitésterritoriales |
| JCP E. | Juris-classeur périodique, édition Entreprise |
| JCP S. | Juris-classeur périodique, édition Sociale |
| J.O | Journal officiel |
| J.O.C.E | Journal officiel des Communautés européennes |
| J.O.R.F | Journal officiel de la République française |
| J.O.U.E | Journal officiel de l'Union européenne |
| JSL | Jurisprudence sociale Lamy |
| LGDJ | Librairie générale de Droit et de Jurisprudence |
| LPA | Les Petites Affiches |
| ONU | Organisations des Nations Unies |
| O*bs.* | Observations |
| OIT | Organisation internationale du travail |
| *Op. cit.* | Précité |
| OPOCE | Office des publications officielles des Communautés européennes |
| OPOUE | Office des publications officielles de l'Union européenne |
| TFUE | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne |
| PUF | Presses universitaires de France |
| QPC | Question prioritaire de constitutionnalité |
| RDP | Revue de droit public |
| RDT | Revue de droit du travail |
| *Rec.* | Recueil de la juridiction concernée : Recueil Lebon, Recueil des arrêtset des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, Recueil de la jurisprudence communautaire |
| RFAS | Revue française des affaires sociales |
| RFDA | Revue française du droit administratif |
| RFDC | Revue française de droit constitutionnel |

| | |
|---|---|
| RJS | Revue de jurisprudence sociale |
| *RS crim.* | Revue de science criminelle et de droit comparé |
| RTDC | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTDE | Revue trimestrielle de droit européen |
| RTDH | Revue trimestrielle de Droits de l'Homme |
| SSL | Semaine sociale Lamy |
| Soc. | Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation |
| t. | Tome |
| T.A | Tribunal administratif |
| T.C | Tribunal correctionnel |
| TCE | Traité instituant la Communauté européenne |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| UE | Union européenne |
| Vol. | Volume |

# Sommaire

**Introduction** ..... 11

**Première partie :** Volet répressif et d'aide aux victimes de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche ..... 25

Chapitre 1: Définition du délit de discrimination à l'embauche ..... 29

Section 1 : Cas de discrimination à l'embauche pénalement sanctionnés ..... 29

Section 2 : Différences de traitement légales ..... 72

Chapitre 2 : Droits des victimes de discrimination à l'embauche ..... 84

Section 1 : Accompagnement des victimes et accès au droit ..... 86

Section 2 : Voies d'action légales ..... 101

Chapitre 3 : Sanction des actes discriminatoires à l'embauche ..... 138

Section 1 : Déroulement des poursuites devant la juridiction répressive ..... 139

Section 2 : Déroulement des poursuites devant la juridiction civile ..... 156

**Deuxième partie :** Volet préventif de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche ..... 175

Chapitre 1 : Dispositif national de prévention de la discrimination à l'embauche ..... 178

Section 1 : Dispositif étatique ..... 179

Section 2 : Dispositif associatif ..... 221

Chapitre 2 : Pratiques préventives des employeurs publics et privés face à la discrimination à l'embauche ..... 233

Section 1 : Fonction publique et prévention de la discrimination à l'embauche ..... 233

Section 2 : Entreprises et prévention de la discrimination l'embauche ..... 245

Section 3: Pratiques communes aux entreprises et à la Fonction publique afin de prévenir la discrimination à l'embauche ..... 291

**Conclusion générale** ..... 319

**Bibliographie** ..... 322

**Index** ..... 363

**Table des matières** ..... 367

**Annexe** ..... 374

**« *Parce qu'elles nient la personne et portent atteinte à la dignité humaine, parce qu'elles interdisent l'accès aux droits fondamentaux ainsi qu'aux biens et aux ressources les plus précieux, tels que le travail, le logement, les loisirs ou la santé, parce qu'elles bafouent les compétences et les qualités de chacun, parce qu'elles sont source de souffrance et qu'elles sont inacceptables dans un Etat de droit, les discriminations doivent être combattues avec force*. »**

QUEYRANNE (J.-J.), *La Charte de lutte contre les discriminations et pour l'égalité de traitement*, Région Rhône-Alpes, Extraits, Lyon 2008. http://www.rhonealpes.fr/191-charte-de-lutte-contre-les-discriminations.htm

# Introduction

Si originellement, le vocable discrimination tel qu'issu du latin « *discriminare* »/ « d*iscriminatio,-onis* », ne traduisait que la simple action de séparer, de distinguer deux ou plusieurs êtres ou choses à partir de certains critères ou caractères distinctifs, comme par exemple le fait d'opérer la discrimination entre l'indispensable et le souhaitable, force est de constater que la représentation de la discrimination a beaucoup évolué. Ce concept ne traduit plus seulement une distinction élémentaire opérée entre deux voire plusieurs êtres ou choses. Il s'entend certes toujours comme le fait ou l'action de séparer ou de distinguer, mais aussi et surtout, de traiter, le plus souvent mal, quelqu'un ou un groupe de personnes par rapport au reste de la collectivité[1]. La critique du sexisme, dont la vocation première est de dénoncer les croyances, les valeurs et les attitudes fondées sur des modèles stéréotypés et intériorisés, la construction essentiellement genrée de la société dans laquelle les rôles, les habiletés, les intérêts et les comportements sont organisés en fonction du sexe, d'où un traitement différencié entre les hommes et les femmes au détriment de ces dernières, le peint comme un exemple concret de discrimination. C'est avec un sens restreint, éloigné de sa conception originelle renvoyant uniquement à une idée de séparation dénuée de toute connotation péjorative, que le terme discrimination s'est imposé dans le langage courant. En sciences sociales, la notion de discrimination se définit comme le traitement, inégal et défavorable, d'un ou de plusieurs individus. Elle consiste en une distinction opérée entre un individu ou un groupe social et d'autres individus ou d'autres groupes sociaux, en fonction de caractères extrinsèques[2] ou intrinsèques[3] afin de pouvoir leur appliquer un traitement spécifique, en général négatif. Pour constituer une discrimination, le traitement réservé à l'individu ou au groupe social qui sera alors considéré comme discriminé doit être perçu au minimum comme non légal, puisque la discrimination suppose un écart entre une égalité formelle et une inégalité réelle. Elle ne se résume aucunement à la négation de l'égalité ou à son absence. Tout comme la non-discrimination qui est son contraire[4], la discrimination

[1] Dictionnaire français Grand Larousse Universel, voir *Discrimination.*
[2] Par exemple l'éducation, le lieu d'habitation, la fortune.
[3] Par exemple le sexe, l'origine ethnique.
[4] Egalitarisme ou refus d'établir une différence dans le traitement de personnes, en fonction de leurs origines, leur race, leur sexe, leur religion, etc.

agrée l'idée d'une égalité préalablement constituée. Par ailleurs, la discrimination implique aussi un traitement spécifique appliqué à un individu ou à un groupe, lequel comportement doit se transcrire dans le fait et se traduire par un acte. Ceci semble exclure du champ de la discrimination les théories, les idéologies et certaines autres formes de pensées. Le sens du vocable discrimination, neutre à l'origine, a pris dès lors qu'il en est fait usage relativement à une question sociale, une connotation péjorative peignant l'action de distinguer de façon injuste ou illégitime comme le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal[5].

Dans son acception négative qui est son sens courant, l'utilisation du concept de discrimination est relativement récente. La discrimination revêt une connotation péjorative aux alentours des années 1950, peu de temps après la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dans un contexte où même si l'égalité de droit est loin d'être acquise dans les pays occidentaux[6], la volonté d'y parvenir, ne serait-ce que textuellement dans un premier temps, est bien marquée. Même si cela n'empêche pas les inégalités de fait de subsister, le mouvement est bien lancé. A la même époque un autre mouvement s'amorce : d'une part, la généralisation des mécanismes de concurrence avec notamment la signature du GATT[7] et d'autre part la signature du Traité de Rome visant l'établissement de la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux en Europe[8]. Lorsqu'au cours des années 1960 on assiste à la libéralisation des sociétés occidentales, les anciennes barrières sociales sont affaiblies. Dès lors, la conjonction entre le développement de l'égalité de droit et le libéralisme économique et social entraîne la généralisation de la concurrence entre les individus. C'est dans ce cadre que certains groupes se trouvent désavantagés par rapport à d'autres groupes et sont alors dits victimes de discrimination[9]. Du point de vue du droit, la discrimination ne consiste pas à léser un groupe, mais plutôt un individu. Elle ne semble s'appliquer qu'aux situations particulières dans lesquelles se trouve un individu. Néanmoins

[5] Dictionnaire Le petit Robert, voir *Discrimination*.
[6] Comme la ségrégation raciale aux Etats-Unis et l'inégalité dont les populations des colonies ou des anciennes colonies de pays européens sont victimes.
[7] General Agreement on Tariffs and Trade ou Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Signé en 1974 par 23 pays afin d'harmoniser leurs politiques douanières et faciliter le libre-échange commercial entre eux. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) lui succède en 1995.
[8] Signé par la France, l'Allemagne, l'Italie et les pays du Benelux à Rome le 25 mars 1957, le traité de Rome constitue l'acte fondateur de la CEE (Communauté Economique Européenne) marquant la volonté d'établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens.
[9] CALVES (G.), *La discrimination positive*, 2ème éd., Paris, P.U.F. « Que sais-je ? », 2008.

elle s'étend presque rapidement au groupe dans la mesure où c'est le critère permettant l'identification de ce groupe qui sert aussi de support à une discrimination individuelle. Un individu est considéré comme victime d'une discrimination lorsqu'il est, dans une situation tout à fait comparable à celle d'autres individus, traité différemment de ceux-ci sans aucun motif légitime. Une distinction ou une différence de traitement est une discrimination que lorsqu'elle est illicite. L'idée est alors que là où devrait prévaloir une égalité entre individus, l'un d'entre eux est traité différemment et plutôt mal, sur la base d'un ou plusieurs critères illégitimes. En ce sens, la discrimination est donc une violation du principe d'égalité.

Depuis son introduction dans la terminologie latine en 1881 et sa connotation péjorative acquise ultérieurement dans les années 1950, le concept de discrimination s'est beaucoup vulgarisé, devenant un véritable problème de société[10]. En France notamment, le constat est clair : tous les domaines de la vie courante sont propices à la survenance d'une discrimination. De nombreux rapports sur les discriminations en France révèlent que celles-ci sévissent. Les principaux domaines symptomatiques de cet état des choses sont, entre autres, celui de la recherche d'un logement, la recherche d'un emploi, le travail, l'accès à l'éducation, aux biens ou aux services publics et privés, le fonctionnement de ces derniers et l'application de certaines réglementations[11]. Avec 49,7 % de réclamations enregistrées pour l'année 2010 tel qu'il en résulte du rapport 2010 paru en 2011 de la HALDE[12] dont les 2/3 portent sur le déroulement de carrière et 1/3 sur le recrutement[13], sachant qu'environ 2/3 de ces réclamations interviennent dans le secteur de l'emploi privé contre 1/3 dans le secteur de l'emploi public[14], l'emploi est assurément le premier domaine de discrimination.

En raison de son importance quantitative, des risques qu'elle fait courir aux individus et à l'équilibre de la société dans laquelle ils évoluent, la discrimination dans l'emploi interpelle surtout lorsqu'elle est commise lors de l'embauche. Même si les discriminations portant sur

---

[10] BOUBAKER (N.), *La discrimination est un problème de société*, Interview réalisée en 2004 dans le cadre des journées intitulées "*Discriminations : de qui parle t-on ? Une journée contre les discriminations*", Extraits, *www.ressources-territoires.com/cd-rom.../4.../4pagesDISCRIM.pdf*

[11] Rapport annuel de la HALDE 2010, page 22. La moitié des réclamations concernent les discriminations dans l'emploi public et privé soit environ 49,7 %. Les biens et les services publics et privés sont en 2ème position, soit respectivement 11,5 % et 10,6 %. Viennent ensuite les réclamations concernant le domaine du logement soit 5 %, l'éducation 4,7 %, la réglementation 4,2 %, et autres environ 14,3 %.

[12] Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité.

[13] Sur un total de 6201 réclamations enregistrées dans le domaine de l'emploi, 5077 portent sur le déroulement de carrière et 1124 sur le recrutement.

[14] Sur ces 1124 réclamations portant sur le recrutement, 844 réclamations soit 6,8 % concernent l'embauche dans l'emploi privé contre 280 réclamations soit 2.2 % pour l'embauche dans l'emploi public.

le déroulement de carrière constituent en moyenne les 2/3 des réclamations enregistrées dans ce domaine, 1/3 de ces dernières portent sur le recrutement. C'est dire la gravité du phénomène d'autant plus que le recrutement demeure le passage obligatoire pour débuter et poursuivre une carrière professionnelle. Le recrutement est donc le premier moment où le candidat à l'emploi peut se trouver confronté à la discrimination sur le marché du travail. Lorsque l'accès à l'emploi, autrement dit l'entrée des demandeurs d'emploi dans le monde du travail, est obstrué par le refus d'un employeur, refus fondé sur des considérations non objectives, on se trouve face à une situation dite discriminatoire à l'embauche. En d'autres termes, sont caractéristiques d'une discrimination à l'embauche « *les circonstances précises dans lesquelles des chercheurs d'emploi sont traités de manière différenciée sur une base de critères sélectifs, lesquels manquent de justification objective et raisonnable à l'égard du poste de travail à pourvoir* »[15].

« *La discrimination à l'embauche s'aggrave en France* ». C'est la conclusion à laquelle est arrivée l'enquête nationale réalisée par l'Observatoire des discriminations sous la conduite du sociologue Jean-François AMADIEU[16]. Ce premier baromètre mesurant officiellement les

[15] PIGUET (E.), *Les approches méthodologiques de la discrimination à l'embauche sur le marché du travail*, in Migrations Société, vol. 18, n° 105-106, mai-août 2006, p.175-187.

[16] Résultats du premier baromètre national des discriminations à l'embauche en fonction de la taille des entreprises, des régions, des secteurs d'activité ou des catégories professionnelles. De l'automne 2005 à l'automne 2006, 6461 Curriculum Vitae avaient été envoyés en réponse à 1340 offres d'emploi. Les résultats des convocations à une entretien d'embauche qu'obtenaient un candidat de référence (homme de 28-30 ans, « *Français de souche* » par son nom et prénom, sans photo) et des candidats factices susceptibles d'être discriminés en raison de l'âge (un homme de 48-50 ans), du genre et du nombre d'enfants (une femme avec 3 enfants), de l'origine (nom et prénom du candidat), du handicap (reconnaissance cotorep), de l'apparence physique (visage disgracieux) ont été comparés et se sont révélés édifiants. D'une part dramatiques parce que révélant que : l'âge est la première forme de discrimination (un candidat de 48-50 ans reçoit 3 fois moins de réponses positives qu'un candidat de référence âgé de 28-30 ans) ; un candidat au patronyme maghrébin (sans photo) reçoit lui aussi 3 fois moins de réponses qu'un candidat au nom et prénom « *Français de souche* » ; un candidat en situation de handicap (reconnu cotorep), a 2 fois moins de chance de décrocher un entretien d'embauche ; une femme de 32 ans mariée et ayant 3 enfants ainsi qu'un candidat au visage disgracieux ont respectivement 37 % et 29 % de chances en moins d'être convoqués à une entretien d'embauche. Pour résumer, au seul stade du tri des Curriculum Vitae, 10 % de risques des entreprises de se trouver face à une plainte pour discrimination à l'embauche : dans 605 cas sur 6461 Curriculum Vitae envoyés, un candidat "susceptible d'être discriminé" n'a pas obtenu de réponse positive alors que le candidat de référence au Curriculum Vitae similaire en tout point, pour le même poste, a reçu une réponse positive. D'autre part toujours plus de discriminations : l'exemple du secteur commercial en Ile-de- France est frappant. Dans ce secteur en tension sur le marché de l'emploi où l'offre est pourtant supérieure à la demande, les discriminations s'aggravent pour quasiment tous les profils du testing. Ces résultats doivent effectivement être interprétés avec prudence car les précédents tests effectués deux années auparavant, c'est-à-dire en 2004, concernaient 258 offres de commerciaux en Ile-de-France contre seulement 100 offres en 2006. Néanmoins ils désignent sans aucun doute l'ampleur des discriminations à l'embauche pour ce type d'emploi. En deux ans, seule la situation des personnes handicapées a progressé. Les discriminations liées à l'origine et à l'âge sont nettement plus fortes. Le "candidat maghrébin" avait 5 fois moins de réponses positives que le "candidat de référence" (un homme de 28-30 ans, "Français de souche" par son nom et son prénom, sans photo). En 2006, il a 25 fois moins de chances d'avoir une réponse positive ! Le constat est le même pour le candidat "âgé". En 2006, il a 8 fois moins de chances de recevoir une

discriminations à l'embauche au niveau national interpelle sur l'ampleur du phénomène, dans un contexte social marqué par les émeutes, violentes par leur durée et leur intensité, qui ont secoué les banlieues françaises durant l'automne 2005. Au cœur de ce mouvement de révolte, les habitants des quartiers sensibles, comptant parmi eux les jeunes hommes d'origine maghrébine ou subsaharienne, ont manifesté leur écœurement et leur lassitude de ce sentiment amer d'injustice engendré par le chômage et la précarité, la ségrégation urbaine, scolaire et surtout les discriminations dont ils sont victimes principalement dans la recherche d'un emploi[17]. On comprend pourquoi une parution spéciale de 2007 émanant du Conseil de l'Europe[18], soulignait et rappelait une fois encore, l'importance de l'emploi pour établir des sociétés solidaires. Il est manifeste que le manque d'emploi non seulement prive le chômeur d'un revenu mais aussi occulte son rôle productif en tant qu'être humain dans la société. L'emploi est multidimensionnel : il confère en plus d'une légitimité et d'un statut social qui permet d'accéder au bien être matériel, une valorisation de l'être humain. L'emploi est porteur non seulement de dignité humaine, mais assure également à l'individu des droits économiques ainsi qu'une reconnaissance sociale essentiels au plein exercice de sa citoyenneté. Toutefois, il convient de noter que le terme d'"*aggravation*" du phénomène ne fait pas l'unanimité. D'autres sociologues estiment qu'il serait opportun de parler non pas d'aggravation des discriminations à l'embauche, mais plutôt d'une plus grande visibilité du phénomène. En effet d'après Juan Matas, « *les sociétés modernes, qui se caractérisent par une réduction progressive et notable du niveau de violence, sont de plus en plus hostiles aux comportements qui induisent cette violence. Il en découle que la capacité d'acceptation de la discrimination, parlant de ce phénomène précis, a diminué plus vite que le niveau de discrimination. Nous y sommes confrontés non pas tellement en raison de son aggravation, mais plutôt parce que la réduction de la capacité d'acceptation de la violence qu'engendre*

---

réponse positive que le candidat de référence. Les résultats de l'ensemble des tests confirment la situation très difficile dans laquelle se trouvent les seniors. Pour l'apparence physique les résultats sont un peu moins bons également… *Discrimination à l'embauche : les chiffres*. Baromètre de l'Observatoire des discriminations, novembre 2006. Article paru dans la revue Jobetic du 22 novembre 2006 (www.jobetic.net).

[17] *Comprendre les violences urbaines*, éditorial de la revue Regards sur l'actualité n° 319, La documentation française, 2006.

[18] Division pour le développement de la cohésion sociale, *Cohésion sociale : développements* ; Numéro spécial sur l'emploi, par Gilda Farell (Chef de la division cohésion sociale au sein du Conseil de l'Europe) et Robert Drake (Conseiller technique- Emploi, Service des politiques sociales dans la même institution), Conseil de l'Europe 2 mai 2007.

*la discrimination favorise la dénonciation sans cesse croissante d'un tel comportement. D'où sa plus grande visibilité et non son aggravation* »[19].

Sociologues, psycho-sociologues et juristes sont unanimes sur le caractère dangereux de la discrimination à l'embauche. Celle-ci affecte incontestablement le candidat discriminé et la société dans laquelle il évolue. Ses répercussions sont diverses, difficilement quantifiables mais indiscutablement néfastes pour la victime[20]. Suivant sa personnalité, chacun réagit différemment. Il n'en demeure pas moins que passés l'incompréhension, la frustration dues à la perte d'une chance d'obtenir un emploi malgré la pleine possession des qualifications requises pour le poste à pourvoir, l'éloignement d'un revenu substantiel indispensable pour son intégration dans la société, le discriminé adopte une attitude de renfermement ou de repli. En effet, certaines personnes sujettes à une discrimination prolongée peuvent arriver à un repli social. C'est un sentiment qui va se traduire chez l'individu par une sensation de vide, d'ennui ainsi que le désintéressement profond pour les activités habituelles. L'individu se laisse dériver. Il se met en quête de solitude, de calme. La mauvaise estime de soi qui en découle est un signe important : le sujet se décrit en des termes essentiellement négatifs[21]. Cette faible estime, qu'il a de lui, est complétée et accentuée par une culpabilité exagérée voire pathologique. A cette attitude de repli social succèdera l'autocensure : ne voyant pas dans leur environnement proche une prolifération de cadres à un haut niveau hiérarchique, certains désespèrent et vont alors jusqu'à s'autocensurer. Ils n'essaient plus de postuler au niveau de leurs compétences réelles, malgré qu'ils aient toutes les capacités exigées. Ils préfèrent postuler à un emploi sous-qualifié. Le repli social et l'autocensure vont favoriser une attitude d'agressivité des discriminés envers les employeurs, et tout le système social au final[22]. C'est justement au sein même de la société que les effets de la discrimination à l'embauche semblent les plus dévastateurs. L'agressivité dont font preuve les discriminés, à priori unique moyen "*efficace*" pour eux d'attirer l'attention sur leur détresse et de se faire

---

[19] MATAS (J.), *L'ampleur de la discrimination dans nos sociétés*, Extraits d'entretien, novembre 2011.

[20] COCQUEBERT (B.), *Pourquoi la discrimination à l'embauche : existe-t-il une tête pour l'emploi ? Quatrième partie : les conséquences de la discrimination à l'embauche*. Collection Mémoires, WESFORD (Ecole Supérieure de Commerce WESFORD), Grenoble, juin 2005, p. 20-23.

[21] BOURGUIGNON (D.), SERON (E.), YZERBYT (V.) et HERMAN (G.), *Perceived group and personal discrimination: differential effects on personal self-esteem*, European Journal of Social Psychology, 2007, 36(5), p. 773-789.

[22] BOURGUIGNON (D.) & HERMAN (G.), *La stigmatisation des personnes sans emploi : conséquences psychologiques et stratégies de défense de soi*, Etudes et Recherches sociologiques, 2005, p. 36, 53-78.

entendre[23], conduit à un excès de violence. Cette violence entrave indubitablement le bon fonctionnement du vivre ensemble[24] par la fragilisation, voire la destruction de la cohésion sociale pourtant fondamentale pour la survie et l'essor des sociétés modernes. Les émeutes des banlieues françaises de 2005 précédemment citées en sont la parfaite illustration[25].

Ce n'est donc pas le fruit d'un pur hasard si depuis quelques années maintenant, en France comme dans la plupart des autres pays développés[26], la lutte contre les discriminations est devenue une priorité. Le gouvernement français, conscient de l'importance du travail dans la réalisation de l'homme et le développement de la société, mais également soucieux de la garantie d'un ordre social juste et attentif au bien de tous, a décidé d'inscrire la lutte contre les discriminations vécues à l'embauche parmi les priorités de son action. Lutter contre les discriminations à l'embauche s'avère être une nécessité de premier ordre, un enjeu social et politique majeur[27]. L'allongement de la liste des discriminations prohibées et des motifs qui les fondent, le renforcement des mécanismes destinés à les combattre, la multiplication des textes et actions en ce sens dont les médias se font sans cesse l'écho, sont les éléments qui témoignent de la mobilisation de l'Etat français. Certains auteurs ont d'ailleurs identifié

---

[23] DEJOURS (C.), *Souffrance en France : la banalisation de l'injustice sociale,* Editions du Seuil, Paris 1998.

[24] MATAS (J.), *La lutte contre les discriminations : un élément du vivre ensemble*, in/BOURJA (Y.), comp. Regards croisés sur notre société : entre conflits et coexistences, Strasbourg, 2004, Université March Bloch éd., p. 13-26.

[25] Ces violences urbaines ont débuté à Clichy-sous-Bois le 27 octobre 2005 puis se sont répandues dans un grand nombre de banlieues à travers la France. L'Etat d'Urgence a été déclaré le 8 novembre 2005, puis prolongé pour une durée de trois semaines consécutives. Au 17 novembre, la police déclare être revenue à une situation normale après ce brutal déchirement du tissu social et culturel français. Malgré tout, des inquiétudes persistent. Quatre objectifs ont principalement été visés durant ces évènements : les forces de l'ordre, les transports publics (bus, aubettes), les zones franches (zones industrielles ou commerciales censées embaucher prioritairement dans les quartiers dits populaires), ainsi que les représentants de l'Education Nationale. Au total on dénombre environ 10 000 véhicules incendiés, des bâtiments publics de première nécessité calcinés, des écoles vandalisées (souvent des écoles maternelles), des maisons associatives pillées, des passagers d'autobus menacés de mort, plusieurs morts, des centaines de millions d'euros de dégâts, des dizaines de milliers de participants (et des milliers d'interpellations), sans interruption pendant trois semaines. « *Tout ceci a répandu un frisson à travers la France, affectant directement plus de 500 communes. Un évènement historique, avec un grand H. Du jamais vu dans l'histoire contemporaine. La plus grande émeute française depuis mai 1968. La fracture des banlieues et de la discrimination, la révolte multiethnique où prévalent les jeunes appartenant aux minorités s'impose aux yeux de tous* » d'après ROCHE (S.), Directeur de recherche au CNRS, dans *Le frisson de l'émeute. Violences urbaines et banlieues*, Paris, Le Seuil, 2006.

[26] La France n'a pas le monopole des discriminations. D'autres pays développés sont eux aussi confrontés à ce problème. Concernant la discrimination à l'embauche, une étude conduite sous les auspices de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et relative aux discriminations formelles et informelles sur le marché du travail européen révèle que dans des pays tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Espagne, la Belgique et le Danemark, un taux de discrimination à l'embauche de 35 % n'est pas rare. Cette situation est accentuée par la montée du chômage qui touche à divers degrés les pays européens. In Revue Hommes et migrations n° 1211, février 1998 p.100 et s.

[27] CHEVALLIER (J.), *La lutte contre les discriminations et les politiques de la diversité sociale*, Publications du Centre d'Etudes et de Recherches de Sciences Administratives et Politiques (CERSA), Université Panthéon Assas, Paris II. http://www.cersa.cnrs.fr/spip.php%3Farticle117.html.

la mise en place d'une politique pénale de lutte contre les discriminations à l'embauche. C'est le cas notamment de David DEROUSSIN qui, lors d'un colloque sur le thème « *Parquet et politique pénale depuis le XIXème siècle* »[28], reconnaît dans l'expression politique pénale lorsqu'on en fait usage parlant de la lutte contre les discriminations à l'embauche, l'action consistant, pour l'Etat considéré dans sa forme d'organisation actuelle, en l'élaboration des incriminations, la définition de l'infraction discriminatoire à l'embauche et les sanctions qui s'ensuivent et s'individualisent le cas échéant dans les sentences prononcées par la justice pénale. Pour qu'elle soit appliquée, la loi pénale qui vise la prohibition des discriminations à l'embauche tout en posant les principes généraux de leurs sanctions, n'est pas suffisante. D'autres auteurs voient plutôt dans la mise en place d'une politique pénale de lutte contre les discriminations à l'embauche, le renvoi à une forme d'agir, un ensemble de procédures, de circuits de communication. Elle consisterait alors plus en la mise en place de procédures et de schémas de décisions dans le but de sanctionner les auteurs des discriminations à l'embauche qu'en un contenu précis. Ce serait concevoir de manière trop restrictive la lutte contre ce phénomène, en la bornant à la définition légale des discriminations à l'embauche et leurs sanctions confiées aux juges. En effet, on ne saurait faire fi des différents travaux universitaires, des réflexions sociales, de l'engagement des acteurs socio-économiques, du vivier que constituent les nombreuses actions associatives militant dans ce domaine, ainsi que d'une multitude d'éléments autres, extérieurs à la pratique de politique pénale mais contribuant certainement à la lutte contre ce phénomène. D'où la question de savoir : où et comment classer ces éléments qui renforcent pleinement et dans une mesure certaine la lutte engagée les discriminations à l'embauche ?

Fixer et retenir comme objectif principal de la lutte contre les discriminations à l'embauche la réalisation de l'homme par le travail qui contribue au développement économique mais aussi au maintien de l'ordre social et public, implique d'inclure cette politique pénale dans un ensemble beaucoup plus vaste et forcément plus complet permettant la réalisation d'un tel objectif. La politique pénale constituerait dès lors elle-même un pan conséquent de cet ensemble, mais certainement pas l'unique. C'est ce système plus conséquent qu'on désigne sous l'appellation de politique criminelle. Mireille DELMAS-MARTY en donne une définition

[28] DEROUSSIN (D.), *Parquet et politique pénale depuis le XIXème siècle* ; Mission de recherche Droit et Justice/Colloque, Université de Lyon 3, Septembre 2002 ; http://www.gip-recherche-justice.fr/.

globale à savoir « *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses aux phénomènes criminels. Il s'agit d'une réflexion sur le phénomène criminel, une stratégie juridique et sociale, préventive et répressive, pour répondre avec pertinence, dans le respect des droits de l'homme, aux problèmes posés à toute société par le phénomène criminel, entendu comme l'ensemble des comportements de déviance et de délinquance* »[29]. Tout en relevant la difficulté de la définition de la politique criminelle, Christine LAZERGES souligne qu' « elle *résulte d'un équilibre entre les mesures préventives (…) et les mesures répressives qu'une société met en œuvre pour tenter de maîtriser la criminalité dans un sens général et les divers problèmes qui y sont liés. Son but essentiel étant le maintien de l'ordre social, elle consiste à la fois à réduire le plus possible les risques et les dommages engendrés par la criminalité, tout en limitant, au maximum, les effets pervers causés par la lutte contre cette dernière, en particulier les atteintes aux droits et libertés fondamentaux des citoyens. Les sciences criminelles à savoir la criminologie, la criminalistique, le droit pénal, la sociologie et la psychologie criminelle, constituent une base essentielle a partir de laquelle est édifiée la politique criminelle* »[30].

C'est justement dans la violation du principe d'égalité qu'il convient de situer les fondements de la politique criminelle de lutte contre les discriminations[31]. En effet, puisque l'idée même de discrimination suppose qu'une égalité soit préalablement constituée, le fait d'agir de façon discriminatoire traduit une violation de cette égalité. La pratique, le respect et assurément la promotion du principe d'égalité, dont la non-discrimination est le corrélat, justifient pleinement la lutte contre les discriminations qui le mettent à mal[32]. Lutter contre les discriminations dans l'emploi[33] n'échappe pas à cette logique. Sa raison d'être se trouve dans l'atteinte portée au principe général d'égalité dans l'une de ses formes traditionnelles d'expression qu'est l'égalité de traitement entre les personnes[34]. Valeur fondamentale de

---

[29] DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et Mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1983, p.13.
[30] LAZERGES (C.), *Introduction à la politique criminelle*, L'harmattan ; Traité de Sciences Criminelles, 2000, p.7.
[31] Conseil d'Etat, *Sur le principe d'Egalité*, extrait du Rapport public 1996, « Etudes et documents », n° 48, La Documentation française, 1996, p. 89-90.
[32] Recherches sous la direction de BORRILLO (D.), *Lutter contre les discriminations*, Editions La Découverte, Paris 2003, p. 5-8.
[33] Recrutement, rémunérations, promotion…
[34] BARTHELEMY (J.), *Le principe de l'égalité de traitement,* in Les Apartés de Jacques Barthélémy/Les cahiers du DRH, n° 157, Septembre 2009, p.32. La Cour de cassation a par ailleurs permis de dépasser le seul thème des salaires pour viser l'égalité de traitement entendue ici non au sens de rémunération (traitement des fonctionnaires), mais plus largement sans doute de l'ensemble des conditions de rémunération, d'emploi, de

la République française, l'égalité est, dans la vie sociale, un idéal visant la suppression des diverses inégalités de fait et à l'établissement d'une égalité formelle. Le principe d'égalité pose formellement que « *tous les individus ont sans distinction de personne, de race, de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit* »[35]. C'est l'un des principes généraux du droit français, un principe fondamental dont la valeur constitutionnelle a été consacrée en droit public d'abord, avant d'être étendue au droit privé, par le conseil Constitutionnel[36]. Il tient une place essentielle dans notre Etat de droit et ne s'applique que « *toutes choses égales par ailleurs* »[37]. En effet, l'idéal d'égalité formelle entre les personnes humaines qu'il postule ne saurait faire abstraction des particularismes sociaux et économiques de chaque individu dans la communauté. Une égalité absolue entre les hommes étant illusoire, sauf concernant leur humanité, le système se doit de prendre en compte ces différences pour établir une égalité réelle entre les hommes. Partant, le droit français distingue en quelque sorte l'homme abstrait auquel le principe d'égalité s'applique sans distinction, de l'homme concret dont les situations économique et sociale justifieraient un traitement différencié[38]. Ceci explique sans doute pourquoi certaines différences de traitement seront absolument interdites, tandis que pourront être acceptables cependant, celles qui se fonderont sur des différences de situations rationnelles et objectives, et celles qui seront justifiées par des motifs d'intérêt général[39]. En d'autres termes, la discrimination à l'embauche porte atteinte au principe d'égalité puisqu'elle désigne, à situation semblable, un traitement défavorable appliqué à des individus ou à des groupes en raison de critères subjectifs, illégitimes et illégaux. Le principe de non-discrimination et les mesures qui vont en découler viennent au secours du principe d'égalité. Il s'agit concrètement d'aller au-delà de l'égalité devant la loi

---

travail, de formation ainsi que des garanties sociales, c'est-à-dire tous les avantages individuels et collectifs objets de négociations collectives au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail.

[35] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 9ème édition, P.U.F - Quadrige, 2011.

[36] Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979.

[37] VEDEL (G.), Préface à la thèse de DEVOLVE (P.), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, 1969, p. XIII.

[38] RIVERO (J.), *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Travaux de l'association Henri Capitant ; Journées de Luxembourg, 31 mai-4 juin 1961, p. 343.

[39] Selon ce considérant classique, le juge constitutionnel estime en effet que le principe d'égalité « *ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* » ; cf. notamment les décisions n° 87-232 DC du 7 janvier 1988 (considérant 10) et 91-202 DC du 30 décembre 1991 (considérant 6). http://www.senat.fr/rap/l04-065/l04-0651.html.

garantie par les textes de lois[40] pour permettre une égalité réelle et effective et cette fois-ci par la loi.

Nombreuses sont les sources textuelles du principe d'égalité. Elles se retrouvent tant en droit interne avec un certain nombre de textes fondateurs de l'Etat français, qu'au niveau européen et international. En France, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 est le premier texte où il est expressément formulé. Elle dispose que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* »[41]et que « *la loi est la même pour tous* »[42]. Par ailleurs, le préambule de la Constitution de la 4ème République du 27 octobre 1946 énonce que « *tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. La France (…) assure l'égalité de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* »[43]. L'actuelle Constitution[44] se référant à ce préambule, dispose que : « *La République assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion*»[45] et retient que « *la devise de la République est Liberté, Egalité et Fraternité* »[46]. Au niveau européen et international, le principe de non-discrimination est énoncé au lendemain de la seconde guerre mondiale. En son article 14, la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales dispose que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, ou toute autre situation* ». De même, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 énonce d'abord que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* (…) »[47], et affirme ensuite que « *chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine*

[40] Egalité formelle.
[41] Article 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC).
[42] Article 2 de la DDHC.
[43] Article 1er al. 16 de la Constitution de la 4ème République, 27 octobre 1946.
[44] Constitution de la Vème République en date du 4 octobre 1958.
[45] Préambule de la Constitution de la Vème République du 4 octobre 1958, article 1er.
[46] Article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.
[47] Article 1er de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

*nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation (…)* »[48]. Puis les Pactes internationaux de 1966[49] sont venus compléter la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme pour bâtir la Charte Internationale des Droits de l'Homme interdisant « *toute discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance »*. Deux traités spécifiques[50] sont venus à leur tour parfaire la consolidation de la Charte internationale des Droits de l'Homme. Ces traités ont tous été ratifiés par l'Etat Français d'où leur directe invocabilité et applicabilité en droit français et devant les juridictions nationales.

**Aussi, réfléchir sur la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche, objet du présent travail de thèse, revient à se poser ainsi qu'à répondre à la question de savoir si l'ensemble des moyens mis en œuvre en France pour lutter contre le phénomène discriminatoire à l'embauche permettent, effectivement, d'y répondre avec pertinence. Autrement dit, la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche, telle qu'envisagée et conçue aujourd'hui dans notre pays, permet-elle de maîtriser, voire même d'enrayer, les pratiques discriminatoires à l'embauche ?**

Répondre à cette problématique, invite à identifier les acteurs de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche tout en déterminant les mesures prises et mises en œuvre à cette fin. Il appert important de poser un regard critique sur la consistance et l'effectivité des mesures en question, en termes de capacité à lutter contre le phénomène discriminatoire spécifié. La présente réflexion sur la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche ne se limite donc pas à un simple inventaire des différents moyens déployés par les acteurs intervenant en la matière. Elle consiste plus en une analyse, élaborée et critique, de leur pertinence à résoudre le problème que posent les pratiques discriminatoires à l'embauche dans notre pays. Elle s'organise par conséquent autour des deux axes communs à toute politique criminelle, la prévention et la répression.

**Analyser la répression de l'infraction de discrimination à l'embauche** conduit à interroger le droit, notamment le droit pénal, pour savoir avec exactitude comment le

[48] Article 2, al. 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.
[49] Le Pacte international relatifs aux droits civiques et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, du 16 décembre 1966.
[50] La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 et la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.

phénomène discriminatoire à l'embauche est appréhendé par la loi. L'étude de la définition de l'infraction de discrimination à l'embauche s'impose pour distinguer les situations ainsi qualifiées, de celles qui ne le sont pas. Il conviendra également de s'intéresser aux victimes de discrimination à l'embauche, afin de déterminer, avec précision, quels sont les moyens d'action, légalement reconnus et mis à leur disposition, pour faire valoir leur droit. A cet égard les pratiques d'accompagnement des victimes et leur accès au droit constituent un enjeu central du dispositif de lutte contre les discriminations à l'embauche. En effet, face à la complexité du phénomène discriminatoire d'une part, ainsi que la méconnaissance par la majorité des victimes du droit de la non-discrimination d'autre part, la simple mise en place de moyens d'action pour réagir contre l'atteinte portée au principe d'égalité de traitement, ne peut être suffisante. Encore faut-il que les victimes puissent être accompagnées dans leurs démarches, pour accéder à la connaissance du droit en la matière et, par conséquent, bien ou mieux choisir les moyens d'action pour se défendre. En ce sens, l'accompagnement des victimes de discriminations à l'embauche et leur accès au droit méritent une analyse toute particulière, puisqu'ils constituent une des conditions essentielles qui vont permettre d'assurer l'effectivité des moyens d'action contre le comportement spécifié. Enfin, l'analyse de la sanction des actes discriminatoires à l'embauche, nous permettra d'en déterminer la consistance mais aussi d'en évaluer l'efficacité. Toutefois, l'analyse de la sanction nécessite, au préalable, de déterminer le régime juridique de la preuve sans laquelle aucune sanction ne pourra évidemment être prononcée. Pour ainsi dire, la question de la preuve est donc un problème spécifique et, par ailleurs, incontournable dans le dispositif de lutte contre les discriminations à l'embauche, et invite, par conséquent, à ce que nous y portions aussi une attention toute aussi particulière. *In fine*, notre objectif sera non seulement de renseigner l'organisation et la consistance de la politique criminelle, mais aussi, et surtout, d'en relever ses limites ; ce qui nous permettra d'effectuer les préconisations qui pourraient concourir à la rendre plus efficace.

**L'analyse de la prévention de l'infraction de discrimination à l'embauche** sera l'occasion d'étudier les dispositifs mis en place dans le but de prévenir la survenance de ce comportement et, par conséquent, pour en limiter la récurrence. Deux aspects principaux nous paraissent essentiels à étudier : tout d'abord, le dispositif institutionnel de prévention des comportements discriminatoires à l'embauche, à savoir le dispositif mis en place par

l'Etat français d'une part et par la société civile d'autre part, pour prévenir la discrimination à l'embauche. Concrètement, il s'agit d'interroger la fonction préventive de la loi, qui nous permet *in fine* de mettre en exergue les différentes étapes de la construction et le contenu de l'arsenal législatif de lutte contre la discrimination à l'embauche où l'on note l'influence omniprésente du droit de l'Union européenne. Ensuite, c'est le rôle et l'action de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité[51] connue aujourd'hui sous le nom de Défenseur des droits, organe institutionnel spécialement créé à cette fin, que nous examinerons. Enfin, nous étudierons les actions préventives conduites par la société civile notamment par les associations de lutte contre les discriminations, qui sont des acteurs de proximité dans la lutte contre le phénomène spécifié. L'étude des pratiques de la Fonction publique et des entreprises publiques et privées afin de prévenir les actes discriminatoires à l'embauche constitue le second point de notre analyse de la prévention de l'infraction de discrimination à l'embauche. En effet, les employeurs et les recruteurs sont les premiers concernés, puisque la discrimination à l'embauche résulte presque exclusivement de leurs faits. Procéder de la sorte afin d'analyser de la prévention de l'infraction de discrimination à l'embauche, nous permettra d'une part de mesurer les avancées faites en la matière, ceci en déterminant les éléments-clés des dispositifs établis ainsi que leur efficacité, mais aussi de proposer, autant que faire se peut, d'autres méthodes à promouvoir qui confèreraient à la prévention davantage de pertinence en termes d'efficacité.

Dans le souci d'effectuer une analyse respectueuse de la chronologie de la construction de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche dans notre pays, où l'intérêt ainsi que le développement de la prévention, qui vient parer aux limites du droit, sont bien plus récents, nous étudierons d'abord le volet répressif et d'aide aux victimes de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche (**Première partie**), puis nous nous attacherons aux mesures relatives à la prévention (**Deuxième partie**).

[51] HALDE.

# Première partie

## Volet répressif et d'aide aux victimes de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche

En droit pénal, branche du droit dont les finalités sont la protection des valeurs fondamentales d'une société par la détermination et la sanction des comportements et des actes qualifiés d'infractions, la répression s'entend de l'action de réprimer. Elle est le fait de sanctionner les infractions. Dès lors, la répression intervient après la commission de l'acte interdit lorsque ce dernier est porté, soit par les victimes ou par les témoins, soit encore à l'initiative du ministère public[52], à la connaissance des autorités compétentes pour le faire. Encore faut-il que les comportements qualifiés d'infractions le soient par un texte juridique précis, et que les peines applicables aux auteurs de ces infractions soient expressément prévues par les textes de loi. On note là, non seulement la prise en compte de la nécessité d'éviter l'arbitraire, mais aussi le respect des droits et libertés fondamentales attachées à la personne humaine. C'est d'ailleurs dans cette optique que, le Code pénal français[53] dispose que « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement si l'infraction est une contravention* »[54]. Cet article découle du principe de la légalité des délits et des peines qui énonce qu'on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal clair et précis. Ce principe a été identifié, puis conceptualisé, par le pénaliste italien BECCARIA sous l'expression latine "*Nullum crimen, nulla pœna sine lege*"[55]. C'est là, l'expression même de l'intérêt porté à la garantie fondamentale des droits attachés à la personne humaine devant les juridictions répressives à l'origine et aujourd'hui devant toutes les autres juridictions[56].

Ainsi et dans cette logique, les articles 225-1 et 225-1-1 du Code pénal prohibent la discrimination qui est un délit dans la classification des infractions en droit pénal français. Ces mêmes articles 225-1 et 225-1-1 du Code pénal nous livrent également la définition légale de la discrimination. Dès lors, « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de*

[52] En droit français, le ministère public ou le parquet (ou encore les magistrats « *debout* » par opposition aux magistrats du siège, les juges) est l'autorité chargée de défendre l'intérêt de la collectivité et l'application de la loi.
[53] Pris en sa partie législative, dans son Livre 1er portant Dispositions générales ; de son Titre 1er De la loi pénale, précisément en son Chapitre 1er relatif aux principes généraux.
[54] Article 111-3 du Code pénal.
[55] BECCARIA (C.), *Dei delitti e delle pene*, texte italien établi par Gianni FRANCIONI, introduction, traduction et notes par Philippe AUDEGEAN, Lyon, ENS Editions, 2009.
[56] Civiles et administratives.

*famille, de leur grossesse*[57]*, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap*[58]*, de leurs caractéristiques génétiques*[59]*, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge*[60]*, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée . Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap*[61]*, des caractéristiques génétiques, des mœurs*[62]*, de l'orientation ou identité sexuelle*[63]*, de l'âge*[64]*, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales.* »[65]. De même, « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés.* »[66].

S'agissant précisément de la discrimination à l'embauche, c'est l'article 225-2 du même Code qui en fait état dans l'énumération détaillée des différentes situations dans lesquelles la discrimination, définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie. C'est le cas lorsque la discrimination consiste à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service[67] ; à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque[68] ; *à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une*

[57]Article 13 de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, JORF n° 71 du 24 mars 2006, p. 4440, texte n° 2.
[58] Article 1er de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n° 267 du 17 novembre 2001, p.18311, texte n° 1.
[59] Article 4 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p. 4118, texte n° 1.
[60] Article 1er de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *op .cit.*
[61] *Idem.*
[62] Article 4 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *op. cit.*
[63] Article 2 bis de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12991, texte n° 1.
[64] Article 1er de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *op. cit.*
[65] Article 225-1 du Code pénal.
[66] Article 225-1-1 du Code pénal.
[67] Article 225-2, 1° du Code pénal.
[68] Article 225-2, 2° du Code pénal.

*personne*[69] ; à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1[70] ; à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1[71] ; à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la sécurité sociale[72].

La répression des pratiques discriminatoires à l'embauche implique en premier lieu d'étudier, dans le détail, la définition du délit de discrimination à l'embauche pour distinguer les situations qui tombent sous le coup de la loi pénale de celles qui ne sont pas constitutives d'infraction (**Chapitre 1**). Ensuite, nous étudierons les droits des victimes de discrimination à l'embauche c'est-à-dire les voies d'action ou les possibilités de recours leur permettant de faire valoir leurs droits, ceci en s'intéressant particulièrement aux pratiques relatives à l'accompagnement des victimes dans l'accès à leurs droits (**Chapitre 2**). Enfin, il conviendra de s'attacher à la sanction des actes discriminatoires à l'embauche, qui exige au préalable la détermination du régime juridique de la preuve en la matière (**Chapitre 3**).

[69] Article 225-2, 3° du Code pénal.
[70] Article 225-2, 4° du Code pénal.
[71] Article 225-2, 5° du Code pénal.
[72] Article 225-2, 6° du Code pénal.

# Chapitre 1 : Définition du délit de discrimination à l'embauche

L'étude du délit de discrimination à l'embauche appelle au préalable à identifier les comportements qualifiés de discriminatoires et interdits par la loi lors de l'embauche, avant de préciser, le cas échéant, les différences de traitement qui pourraient être admises en la matière. Nous étudierons donc successivement les cas de discrimination à l'embauche pénalement sanctionnés (**Section1**) et les différences de traitement autorisées (**Section2**).

## Section 1 : Cas de discrimination à l'embauche pénalement sanctionnés

Une classification des différents cas de discrimination à l'embauche peut être entreprise si l'on prend en considération, tout d'abord les motifs ou critères prohibés par la loi et sur lesquels est fondée le délit, d'où une classification en fonction des motifs prohibés (**Paragraphe1**) et si l'on s'attache ensuite à la forme de la mesure discriminatoire, d'où une classification en fonction de la forme de la mesure discriminatoire (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Classification en fonction des motifs prohibés

Constitue une discrimination prohibée par la loi française, le fait d'opérer une distinction entre les candidats au recrutement ou entre les salariés, sur la base de motifs autres que les nécessités de l'emploi ou les qualités professionnelles. Sont particulièrement visées les discriminations qui se fondent sur l'un des dix neuf motifs prohibés par la loi que sont "*l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, la situation de famille, l'état de grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le patronyme, l'état de santé et le handicap*"[73]. En fonction de ces motifs de discrimination prohibés, deux regroupements qui correspondent alors à deux catégories de

[73] Article 225-1 du Code pénal.

discrimination à l'embauche, peuvent être effectués. Il s'agit des discriminations fondées sur le sexe (**A**) et les discriminations non sexuelles (**B**).

### A- Discriminations fondées sur le sexe

Traditionnellement, sous l'appellation de discriminations fondées sur le sexe on retrouve la discrimination sexuelle ou relative au genre (**1**) et la discrimination en raison de l'orientation ou l'identité sexuelle (**2**).

#### 1- Discrimination sexuelle ou relative au genre

Par discrimination sexuelle ou encore relative au genre, il faut entendre toute distinction, toute exclusion ou préférence fondée sur le sexe[74]. En matière d'embauche, il y a discrimination par rapport au sexe quand l'employeur préfère embaucher, à compétences égales, un homme plutôt qu'une femme[75]. Avec environ 12467 réclamations répertoriées pour l'année 2010[76], les discriminations fondées sur le motif/critère du sexe des réclamants constituent 4,5 % des saisines de la HALDE[77]. L'emploi est le premier domaine en termes de saisine de la HALDE avec 49,7 % des réclamations. Le secteur de l'emploi privé est celui où sont faits les deux tiers des réclamations. Le déroulement de carrière des salariés[78] où les discriminations s'identifient au niveau de la rémunération et la promotion, notamment l'accès des femmes à des postes de responsabilité, l'emporte largement sur l'embauche.

C'est à une disposition du préambule de la Constitution française de 1946 que l'on rattache très souvent les règles destinées à assurer l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. De nombreuses dispositions législatives sont venues, par la suite, définir les droits des femmes au travail. Si antérieurement le traitement différencié entre hommes et femmes dans l'emploi se fondait abusivement sur l'intérêt de la protection des femmes en raison de leur fragilité notamment, très vite cette idée a été battue en brèche

[74] Masculin ou féminin.
[75] Et inversement.
[76] Dont 1124 portent sur l'embauche dans les emplois privé (844) et public (280).
[77] Rapport annuel de la HALDE 2010, Rapport paru le 5 mai 2011, page 21.
[78] 75 % des réclamations contre 25 % portant sur l'embauche.

par la notion d'égalité entre les deux sexes en matière de travail. Ainsi en 1972, le principe d'égalité de rémunération « *pour un même travail ou un travail de valeur égale* » est posé par la loi relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes[79]. La loi du 4 juillet 1975 est venue interdire les offres d'emploi sexistes, sauf motif légitime[80]. Cette loi marque le commencement d'une longue série de conquêtes des droits pour les femmes, en termes d'égalité entre les hommes et les femmes dans le travail.

La transposition de la directive communautaire de 1976[81] aboutit en 1983 au vote de la loi ROUDY[82] qui apporte des modifications importantes dans ce domaine. Il s'agit principalement de l'extension de l'égalité de salaire à l'égalité professionnelle en matière d'emploi, de formation et de promotion; l'égalité des chances en plus de l'égalité des droits pour permettre aux femmes de rattraper leur retard considérable ; la notion de « *valeur* » qui se trouve dans la formule « *un travail à valeur égale* » est précisée[83] ; la mise en place d'outils d'analyse et de comparaison des différences entre salariés masculins et féminins et des mesures de discrimination positive à l'égard des femmes[84]. Le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, faisant partie intégrante de la politique sociale européenne, a beaucoup évolué depuis la disposition isolée sur l'égalité des rémunérations dans le Traité de Rome qui énonçait que : « chaque Etat membre (...) assure l'application de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail *»*[85]. En effet le traité d'Amsterdam l'a modifiée en édictant que *: « Le Conseil, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail»*[86]. L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en droit communautaire est ainsi

[79] Loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, publiée au Journal officiel de la République française du 24 décembre 1972, p. 13411.
[80] Loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale et publiée au Journal officiel de la république française du 5 juillet 1975, p. 6811.
[81] Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Voir Journal officiel des communautés européennes n° L 039 du 14/02/1976, p. 0040-0042.
[82] Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 dite "*loi ROUDY*" portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. JORF 14 juillet 1983, p. 2176.
[83] Travaux exigeant des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, des capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charges physiques ou nerveuses.
[84] Respectivement articles 2, 4, 5.-I, 10.-I et 18 de la loi ROUDY, *op. cit.*
[85] Article 119 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, *op. cit.*
[86] Article 141, paragraphe 3 du Traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 et modifiant le Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE) et le Traité sur l'Union européenne (ou Traité de Maastricht, traité UE).

passée d'un simple principe économique, perçu uniquement au travers de l'égalité de rémunération, à un principe fondamental de la personne humaine[87]. La loi GENISSON[88] est venue renforcer la loi ROUDY avec plusieurs chapitres modifiant les dispositions du Code du travail relatifs à la négociation collective sur l'égalité professionnelle, la représentation des différents sexes dans les élections professionnelles, l'encadrement du travail de nuit des hommes et des femmes, les allocations versées aux femmes enceintes alors dispensées de travail, ainsi que des dispositions relatives à la fonction publique. Il en ressort que : l'égalité professionnelle est un thème spécifique de négociation obligatoire dans les entreprises ; les négociations portant sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes revêt un caractère obligatoire et sont intégrées, au même titre que la négociation sur les salaires, la durée du travail et son organisation, dans la Négociation annuelle obligatoire[89]. La loi oblige les entreprises à « *engager chaque année une négociation sur les objectifs d'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi que sur les mesures permettant de les atteindre* ». Cela revient donc à négocier des mesures de rattrapage dans les domaines de l'embauche, de la formation, de la promotion et des conditions de travail. L'égalité professionnelle est aussi un thème transversal qui revient dans toutes les autres négociations annuelles obligatoires. Ces deux approches, spécifique et transversale, figurent parmi les thèmes imposés dans la négociation de branche. En effet les branches professionnelles doivent négocier, et ce tous les trois ans, les mesures tendant à assurer l'égalité professionnelle et celles de rattrapage tendant à remédier aux inégalités constatées. L'objectif d'égalité de traitement doit être pris en compte dans les négociations obligatoires.[90] Plus récemment, trois autres lois sont venues renforcer ce dispositif[91].

---

[87] TOUZET (C.) et LECOCQ (J.-F.), *L'égalité de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire*, Université de Lille, DEA de Droit social, 2002-2003, p. 6-7.

[88] Loi n° 2001-397 dite "*Loi GENISSON*" du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, JORF du 10 mai 2001, p. 7320, texte n°1.

[89] NAO.

[90] Les négociations sur les salaires interviennent tous les ans tandis que celles portant sur les classifications et la formation professionnelle interviennent tous les cinq ans.

[91] La loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (JORF n° 71 du 24 mars 2006, p. 4440, texte n° 2) prévoit la suppression des écarts de rémunération dans les 5 ans, à l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie professionnelle et familiale, à l'accès à la formation professionnelle et à l'apprentissage et à l'accès des femmes à des instances délibératives et juridictionnelles ; Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites-son article 99 prévoit que les entreprises de plus de 50 salariés non couvertes par un accord, ou à défaut, par un plan relatif à l'égalité professionnelle, risquent une pénalité financière pouvant aller jusqu'à 1 % de la masse salariale. Le décret n° 2011-8 22 du 7 juillet 2011 et la circulaire du 28 octobre 2011précisent les modalités d'application- (JORF n° 0261 du 10 novembre 2010, p. 20034, texte n° 1) et Loi n° 2011-103 dite "*COPE-ZIMMERMANN*" du 27 janvier 2011

La discrimination sexuelle à l'embauche comme dans le travail n'est pas facile à avouer ni même à cerner[92]et explique, en partie, les chiffres du chômage des femmes en France[93]. Seulement environ 7 % des françaises ont déjà eu le sentiment d'avoir été victime de discrimination à l'embauche. De plus, près d'une femme sur cinq a été interrogée lors d'un entretien d'embauche sur son souhait d'avoir prochainement des enfants ; question qui n'a été posée qu'à 9 % des hommes. Parallèlement, il a été demandé à 15 % de femmes de décrire la manière dont leurs enfants étaient gardés, soit deux fois plus fréquemment qu'à des hommes. Pourtant lorsqu'un candidat remplit un questionnaire d'embauche, il ne devrait normalement répondre qu'aux questions portant sur son état civil, sa qualification et son expérience professionnelle. Le cas échéant, il peut donner une réponse fausse aux questions qui sortent du cadre légal et peut omettre de fournir certains renseignements[94] sans devoir en subir un préjudice quelconque. De même s'il s'agit d'une femme enceinte, elle n'a pas obligation de le mentionner[95]. La question de la maternité et les problèmes de garde d'enfants qui en découlent semblent intéresser certains recruteurs. Il existe ainsi une forte probabilité pour que, à compétences égales, ces derniers marquent une préférence à employer un homme plutôt qu'une femme. Si lors du recrutement la discrimination relative au genre qui s'opère entre les individus de sexe masculin et féminin existe effectivement, en dehors bien entendu des considérations erronées portant sur les aptitudes physiques ou intellectuelles des femmes dans la plupart des cas, celle-ci semble être liée avant tout aux problèmes qu'engendrent les congés de maternité et les gardes d'enfants. C'est la raison pour laquelle la situation de famille et l'état de grossesse ont été inclus dans la liste des

---

relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle prévoit que les conseils des sociétés cotées et de celles employant au moins 500 salariés, présentant un chiffre d'affaires d'au moins 500 millions d'euros, devront compter au moins 20 % de femmes d'ici 2014 et au moins 40 % de femmes d'ici 2017 (JORF n° 0023 du 28 janvier 2011, p. 1680, texte n° 1).

[92] *Femmes et précarité*, Document voir : www.social.gouv.fr/femmes/gd_doss/pointsur/précarité.htm, page1.

[93] Depuis les années 1970, le taux de chômage des femmes en France a toujours dépassé celui des hommes. En 2009 et 2010, les taux ce sont rapprochés pour devenir équivalents : 9,4 % d'hommes et 9,7 % de femmes de la population active étaient sans emploi. Les femmes ont bénéficié des créations d'emplois dans les secteurs des services, de la distribution aux emplois domestiques, en passant par l'enseignement ou la santé. En 2011, l'écart entre les hommes et les femmes est reparti à la hausse : 9,5 % de femmes contre 8,7 % d'hommes étaient sans emploi. Il n'empêche que les femmes sont aujourd'hui plus présentes sur le marché du travail. Elles étaient 59 % à être active en 1990, 66 % en 2010 contre 75 % pour les hommes. Un marché du travail qui reste toujours très clivé. L'emploi non qualifié et à temps partiel est ainsi plus féminin. Les femmes salariées sont aujourd'hui 31 % à temps partiel contre 7 % d'hommes. Voir, *Femmes et hommes-Regards sur la parité*, Edition 2012, Collection Insee Références, http://www.insee.fr

[94] BOSSU (B.), *La protection des droits fondamentaux du candidat à l'emploi* voir *L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats*, Colloque Nancy 2, 5 décembre 1997, p.20.

[95] *Entretien d'embauche : les droits des candidats*, voir http://www.servicepublic.fr,

motifs de discrimination prohibés. Ils représentent, chacun, 2,5 % des motifs de saisine de la HALDE[96]. Aujourd'hui, la problématique des discriminations que subissent les femmes dans le travail, en se basant bien sûr sur les avancées notables qu'a connu la condition féminine ces dernières années, porte davantage sur l'évolution de leur carrière et leur promotion, que sur l'embauche. Une grande partie des femmes se retrouve peu à peu paralysées dans leur carrière, coincées par un « *plafond de verre* »[97] qui entrave leur carrière et, de fait, engendre leur raréfaction au sommet organisationnel des entreprises et à certains hauts niveaux de responsabilité dans toutes les professions. C'est le constat que fait Jacqueline LAUFER qui, au-delà d'y donner des explications, propose des solutions à ce problème[98].

Ainsi constitue une discrimination, le fait pour le directeur de l'Agence nationale pour l'emploi[99], qui est appelé par ses fonctions à employer des préposés pour autrui, de ne pas organiser le recrutement en se conformant à la loi du 11 juillet 1975[100], notamment en ne procédant pas à la modification d'un formulaire comportant une distinction fondée sur le sexe[101]. De même, le refus opposé par une compagnie aérienne à une candidature masculine pour un emploi d'hôtesse navigante même si c'est dans le souci de satisfaire aux préférences de la clientèle pour un personnel féminin[102] constitue une discrimination ; tout comme le fait pour un employeur de licencier une salariée dont l'emploi est supprimé en raison du seul fait qu'il est considéré comme étant spécifiquement féminin[103]. De même, tombe sous le coup de la loi pénale, le fait qu'une femme n'ait pas retrouvé, à l'issue de son congé parental d'éducation, un poste similaire à celui qu'elle occupait avant et soit affectée

[96] Voir *Rapport annuel de la HALDE 2010*, *op .cit.*, p. 21.
[97] Le "*plafond de verre*" (de l'anglais *Glass ceiling*) désigne l'ensemble des obstacles visibles ou invisibles qui peuvent rendre compte d'une certaine rareté des femmes en position de pouvoir et de décision dans les organisations publiques, dans les entreprises, mais aussi dans les associations ou les syndicats.
[98] LAUFER (J.) et FOUQUET (A.), *Effet de plafonnement des femmes cadres et accès des femmes à la décision dans la sphère économique*, Groupe HEC - Centre d'Etudes de l'Emploi, Service des droits de la femme, Novembre 1997& *A l'épreuve de la féminisation*, in P. BOUFFARTIGUE (Dir) Cadres : *la grande rupture*, La Découverte, 2001. Source : extrait du guide d'appui à la négociation-Agir pour l'égalité professionnelle-Service central aux droits des femmes et à l'égalité.
[99] ANPE.
[100] Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF du 12 juillet 1975, page 7171.
[101] T. corr. Saumur, 26 janvier 1979: D. 1979. 486, note BRILL.
[102] Sur le fondement du motif légitime au sens de l'article 416-3° du Code pénal applicable en la cause de sa rédaction antérieure à la loi n° 83-634 dite "*Loi Le PORS*" du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF 14 juillet 1983, page 2174.
[103] Cass. Soc. 9 juin 1998, n° 96-40.390 ; arrêt publié au bulletin numérique des arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1998.

à un autre poste, moins valorisant et avec une rémunération inférieure[104]. Il s'agit bien là, d'une situation générale d'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes qui est contraire au principe d'égalité professionnelle devant prévaloir entre eux dans le travail.

### 2- Discrimination en raison de l'orientation ou l'identité sexuelle

La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, s'entend de toute distinction, toute exclusion ou encore tout choix effectué en considération des préférences sexuelles d'un individu[105]. Elle se distingue de la discrimination fondée sur l'identité sexuelle, critère récemment introduit en droit français comme nouveau motif de discrimination prohibé[106]. La notion d'"*identité sexuelle*" n'a cependant reçue aucune définition précise, même si à la lecture de la loi, elle est présentée comme faisant référence aux personnes transsexuelles c'est-à-dire, les personnes ayant subit une opération chirurgicale afin de changer leur sexe. La discrimination en raison de l'identité sexuelle s'entend alors de toute distinction, opérée entre des individus, au détriment d'une personne transsexuelle. La discrimination en raison de l'orientation ou l'identité sexuelle traduit lors de l'embauche, la situation dans laquelle un employeur préfère à compétences égales embaucher un candidat hétérosexuel ou dont l'identité sexuelle correspond à son sexe biologique, plutôt qu'un candidat homosexuel ou transsexuel. L'orientation sexuelle avait été introduite parmi les critères de discrimination prohibés, par la loi relative à la lutte contre les discriminations[107]. Depuis lors on ne parle plus seulement de discrimination par rapport aux mœurs jugée peu précise et donc difficile à définir, mais plutôt de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La discrimination en raison de l'orientation sexuelle représente environ 2,5 % des réclamations adressées à la HALDE tous domaines de discrimination confondus.

---

[104] CA, Paris, 5 mai 2010, n° 08/08694- AC publié au répertoire général de la Cour d'appel de paris Pôle 6 - Chambre 6.

[105] La définition de l'orientation sexuelle a bien évolué avec le temps. Elle correspond, aujourd'hui, à l'une des principales composantes de l'identité sexuelle au même titre que le genre ou le rôle sexuel. Elle peut désigner alors le désir affectif et sexuel, l'attirance érotique pour les personnes de même sexe (homosexualité), de sexe opposé (hétérosexualité) ou indifféremment pour l'un ou l'autre des sexes (bisexualité). Elle peut porter sur le comportement sexuel, affectif ou sur l'identité servant à définir subjectivement la personnalité. Encyclopédie Larousse, voir *orientation sexuelle.*

[106] Article 2 bis de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, JORF n° 0182 du 7 août 2012, page 12921, texte n° 1.

[107] Loi du 16 novembre 2001, *op. cit.*

De la dépénalisation de l'homosexualité[108] à l'adoption du PACS[109], le seuil de tolérance s'est relevé. En effet, l'inscription de ce motif parmi les autres motifs prohibés de discrimination dans le Code pénal traduit l'évolution de la société et du Parlement français par la reconnaissance de la discrimination homophobe. L'homosexualité, longtemps restée tabou malgré des avancées législatives notables en la matière, reste quasi invisible dans le monde du travail qui semble étanche à ce mouvement. En effet, les inspecteurs du travail rencontrent très rarement des discriminations liées à l'homosexualité, les juridictions en connaissent très peu. Aucune enquête ni même aucune statistique ne cerne l'étendue de la discrimination homophobe. Ce n'est que par hasard, ou par le biais de l'anonymat, que remonte la violence homophobe se traduisant, dans le cadre de la présente analyse, par le refus d'embauche des candidats homosexuels. Au travail, l'homophobie se traduit par des insultes, le chantage, les carrières freinées, les promotions refusées, les licenciements[110]. La CNIL[111] a révélé un cas de discrimination à l'embauche en raison de l'orientation sexuelle dans un laboratoire du groupe pharmaceutique SERVIER à Neuilly[112]. En effet, sur un fichier concernant des candidats au recrutement était inscrit : « *N'a pas le profil : homosexuel* ». Après avoir constaté l'existence d'autres annotations incongrues dans ce fichier manuel comportant plus de 50 000 fiches relatives aux candidats, la Commission a décidé, par délibération du 8 juillet 1999, de dénoncer les faits au parquet de Nanterre. Constituant un motif de refus d'embauche à part entière et prohibé par la loi, la mention « homosexuel » est non seulement interdite par le Code pénal français, mais aussi par le Code du travail qui interdit d'écarter une personne en raison de ses mœurs ou de son orientation sexuelle. La fiche ayant été établie en 1995, ce délit tombait sous le coup de la prescription de trois ans prévue par le Code pénal. Cependant et fort heureusement, la collecte et la conservation de ces informations méconnaissaient la loi informatique et liberté[113] proscrivant le fichage de données nominatives sur les mœurs d'une personne sauf avec son accord ou pour un

[108] Loi n° 82-683 du 4 août 1982 portant abrogation de l'article 331al. 2 du Code pénal ; en conséquence, les actes impudiques ou contre nature commis avec un mineur du même sexe (homosexualité) ne seront plus punis de peines correctionnelles, JORF 5 août 1982, page 2502.

[109] Pacte civil de solidarité, voir Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n° 265 du 16 novembre 1999, page 16959 texte n° 1.

[110] Association L'Autre Cercle, Résultats de l'étude portant sur *La vie des LGBT au travail en 2011*, Paris, février 2011.

[111] Commission nationale de l'informatique et des libertés.

[112] *La CNIL dénonce un fichier discriminatoire appartenant aux laboratoires SERVIER*, Article du journal le Monde du 15 juillet 1999.

[113] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite "*Loi FOYER*" à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF du 7 janvier 1978, page 227.

motif d'intérêt public. Sur le fondement de cette loi, l'infraction ainsi caractérisée n'était pas prescrite. Les affaires relatives à l'homophobie dans l'accès à l'emploi et dans le monde du travail commencent, doucement mais sûrement, à être de plus en plus connues par les juridictions françaises même si les salariés discriminés ou insultés préfèrent se taire plutôt que de révéler publiquement leur homosexualité. Ils ne souhaitent pas saisir la justice dans afin de préserver leur vie privée. Les actions de associations de lutte contre l'homophobie sont par conséquent à saluer, puisqu'elles accompagnent les victimes et les exhortent à ne pas se murer dans le silence[114].

Très présentes dans le monde du travail, les discriminations fondées sur le sexe, à savoir les discriminations sexuelles ou relatives au genre et les discriminations en raison de l'orientation ou l'identité sexuelle, sont mieux appréhendées. Mais qu'en est-il de ces autres cas de discrimination qui n'ont aucun lien avec le sexe du candidat au recrutement ?

## B- Discriminations non sexuelles

Les discriminations fondées sur l'origine (**1**), l'activité syndicale (**2**), l'état de santé et le handicap (**3**), celles en raison de l'âge, l'apparence physique et le patronyme (**4**), ou les discriminations en raison des opinions politiques ou des convictions religieuses (**5**), représentent les discriminations non sexuelles.

### 1- Discrimination fondée sur l'origine

Désignant anciennement la discrimination dite raciale, la discrimination fondée sur l'origine traduit toute distinction, toute exclusion ou préférence fondée sur des critères morphologiques ou culturels sans aucune base scientifique et dont l'emploi fonde les divers racismes et leurs pratiques[115]. Le fait d'écarter une personne d'une procédure d'embauche, en raison de la couleur de sa peau ou de la consonance étrangère de son nom, constitue une discrimination fondée sur l'origine. Considérée comme l'une des discriminations les plus anciennes, sa pratique lors du recrutement semble encore très présente en France. En

[114] SOS HOMOPHOBIE, *Rapport sur l'homophobie*, Paris, mai 2011.
[115] Dictionnaire français Grand Larousse Universel, voir *Race*.

effet, elle représente environ 27 % des réclamations, tous domaines confondus, adressées à la HALDE[116].

L'une des premières lois intervenues en la matière est la loi relative à la lutte contre le racisme[117], modifiée par la loi tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe[118] qui condamne les discriminations raciales lors de l'embauche. La convention 111 de l'OIT[119] proscrit également toute discrimination en matière d'emploi et d'exercice professionnel[120]. Intervint ensuite La Déclaration de Grenelle[121], élaborée avec l'ensemble des partenaires sociaux, prohibant les discriminations dans le monde du travail en général en se limitant à quelques orientations certes utiles mais insuffisantes[122]. Mais c'est le droit de l'Union européenne qui a donné l'impulsion nécessaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations fondées sur l'origine par l'instauration de la libre circulation des travailleurs en Europe[123], qui impliquait l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité des travailleurs dans l'accès à l'emploi**,** la rémunération et les conditions générales de travail. Puis le Règlement 1612/68 de 1968[124] vint viser l'égalité de traitement entre les nationaux des différents Etats membres de l'ex Communauté**.** Enfin la directive européenne relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique vint élargir le domaine de prise en compte de l'interdiction de discrimination raciale à l'emploi, la protection sociale, la sécurité sociale, l'éducation, ainsi que l'accès et la fourniture de biens et services[125]. La

---

[116] Rapport annuel de la HALDE 2010, p. 21.

[117] Loi n° 72-546 du 1er juillet 1972 dite "*Loi PLEVEN*" relative à la lutte contre le racisme, JORF du 2 juillet 1972, page 6803.

[118] Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou Xénophobe, JORF n° 162 du 14 juillet 1990, page 8333.

[119] Organisation internationale du travail.

[120] HCI (Haut Conseil à l'Intégration), *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité/ Rapport au premier ministre*, Collection des rapports officiels, Paris : La documentation française, 1998, p.94.

[121] Déclaration de Grenelle sur les discriminations dans le monde du travail du 11 mai 1999, inspirée de la Déclaration de Florence du 21 octobre 1995.

[122] Cinq orientations furent retenues pour soutenir l'engagement des partenaires : développer la compréhension des mécanismes de discrimination, mobiliser et renforcer la formation de tous les acteurs publics et privés, développer le parrainage en faveur de l'emploi des jeunes, inscrire la lutte contre les discriminations dans les prochains contrats de ville et envisager des modifications législatives.

[123] Ancien article 48 du Traité de Rome portant création de la Communauté économique européenne (CEE), devenu article 39 du Traité sur la Communauté européenne (CE). Voir également *CJCE 15 décembre 1995, BOSMAN, affaire C 415/93, Recueil CJCE, p. 4921.*

[124] Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, Journal officiel n° L 257 du 19/10/1968, p. 0002-0012.

[125] Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000, p. 0022-0026.

référence à la notion de « *race* » apparaissait comme contradictoire avec le fait que seule existe la race humaine et qu'il ne saurait y avoir d'appartenance possible à une race ou une autre[126]. Cette notion dépourvue de toute valeur scientifique a été prise en compte par le droit international et le droit interne des Etats membres de l'Union aux seules fins d'être dénoncée et de servir de fondement à la législation antiraciste et antidiscriminatoire. Pour marquer une distance par rapport à l'emploi des termes de race ou origine ethnique, l'option a été prise de traduire cette préoccupation dans un considérant établissant que l'Union rejette les théories visant à établir l'existence de différentes races humaines et que l'emploi du mot *"race"* n'implique nullement l'acceptation de telles théories[127].

Deux types de population sont victimes, lors de l'embauche, de discrimination fondée sur l'origine. Il s'agit des étrangers[128] et des personnes de nationalité française mais d'origine étrangère. Les jeunes issus de l'immigration représentent la majeure partie des plaignants[129]. Si en raison de leur nationalité, ils ont une place à part entière dans la société française d'aujourd'hui, ils ne l'ont pas vraiment trouvée dans l'entreprise. Les différentes statistiques effectuées sur les situations des Français et des étrangers vis à vis du chômage, des dispositifs publics de formation et d'accès à l'emploi, transposables à celle des jeunes Français issus de l'immigration, confirment les difficultés qu'ils ont pour s'insérer dans la vie professionnelle et permettent de mesurer l'écart avec les Français de parents français[130].

Les législations interdisant les discriminations à l'embauche fondées sur l'origine ne seraient pas en contradiction avec le maintien, par le législateur français, des différences de traitement empêchant les étrangers non européens d'accéder et d'exercer des activités

---

[126] GIRARD (C.), *La discrimination à l'embauche*, DEA Droit social (ancien r.) sous la direction du Professeur BOSSU, 2003/Université Lille 2, Droit et Santé ; Ecole Doctorale des Sciences Juridiques, Politiques et de Gestion.

[127] Considérant 6 de la Directive 2000/43/CE.

[128] Non nationaux, c'est-à-dire les personnes n'ayant pas la nationalité française, ni celle d'un Etat membre de l'Union européenne.

[129] BRINBAUM (Y.), GUEGNARD (C.), *Parcours de formation et insertion des jeunes issus de l'immigration*, Net.Doc, n° 18, février 2011.

[130] Il en ressort globalement que l'ensemble constitué des étrangers originaires de pays ne faisant pas partie de l'Union Européenne restent constamment depuis 2001, trois fois plus en recherche d'emploi que les Français. Ce phénomène s'accentue chez les diplômés bac à bac + 5, où les étrangers hors Union Européenne sont, selon les niveaux, trois à quatre fois plus au chômage que les Français. Voir *Le dispositif public de lutte contre les discriminations raciales*, http://www.social.gou.fr/htm/pointsur/discriminations/dispositifpublic.htm. Voir aussi *Lourd bilan de l'insertion professionnelle des immigrés et descendants d'immigrés*, sur la base des enquêtes emplois de l'Insee et des Publications du Département des statistiques, des études et de la documentation, du Ministère de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, n° 31, janvier 2012.

professionnelles[131]. S'il est vrai que 5,3 millions d'emploi demeurent fermés aux étrangers non européens[132], il convient de souligner la propension du législateur français à effectuer quelques aménagements afin de pourvoir certains postes dans les domaines d'activités qui connaissent de véritables difficultés de recrutement[133]. La discrimination à l'embauche se fonderait sur la prise en compte d'un autre critère que serait celui du lieu de résidence du candidat à l'emploi. Dans cette hypothèse on parlera de discrimination fondée sur l'origine géographique. Même si ce critère n'est pas n'est pas listé par le Code pénal, il semble illégal

[131] Les principales raisons ayant présidé à la mise en place et au maintien de ces interdictions sont : la volonté de protéger l'activité économique des nationaux contre la concurrence étrangère et la logique politique de "*clientélisme*" pour répondre aux craintes de certaines catégories professionnelles vis-à-vis de la main d'œuvre étrangère ; la défense des intérêts vitaux du pays à l'égard de l'influence étrangère, voire "*ennemie*" ; la peur de l'étranger et de son influence jugée néfaste sur les travailleurs nationaux, avec pour corollaire, la stigmatisation du comportement des étrangers dont on dénonçait le défaut de moralité ; tout fonctionnaire est considéré comme participant à l'exercice de la souveraineté et de la puissance publique, et ne peut être que de nationalité française. Voir, *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers (secteur privé entreprises publiques, fonctions publiques,* GELD (Groupe d'études sur les discriminations), Mars 2000, p.7-8.

[132] En milliers, sur un total de 26 006 emplois en 2009, 5343 emplois étaient fermés aux étrangers en France (4553 emplois publics au 31/12/ 2008 et 790 emplois du secteur privé en 2009 et pour 2010).Voir, *Calculs de l'Observatoire des inégalités à partir des organismes privés et publics.* Dans le détail : sur les 4553 emplois publics fermés aux étrangers notamment les fonctionnaires titulaires et les statuts dérivés (1553 postes dans les administrations de l'Etat, 326 chez les militaires, 1072 dans les collectivités territoriales, 1035 dans les établissements publics - hôpitaux, universités, etc.- hors médecins hospitaliers et enseignants-chercheurs des universités, 149 dans l'enseignement privé, 246 chez les fonctionnaires des entreprises publiques-La poste, ONF, France-Télécom-, 172 pour les statuts dérivés), *voir, Calculs de l'Observatoire des inégalités à partir du rapport annuel sur la fonction publique 2009-2010, ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, Banque de France, Caisse de prévoyance et de retraite du personnel de la SNCF.* ; sur les 790 professions réglementées du secteur privé et fermées aux étrangers (260 postes chez les infirmiers hors hôpitaux, 207 chez les médecins, 74 chez les pharmaciens, 50 pour les avocats, 41 chez les chirurgiens-dentistes, 30 chez les architectes, 28 chez les buralistes, 26 chez les débitants de boissons, 19 chez les sages-femmes, 19 chez les experts comptables, 16 chez les vétérinaires, 9 chez les notaires, 5 chez les officiers de la marine marchande, 3 chez les huissiers de justice et 2 chez les géomètres-experts), *voir Irdes, Insee, ordres-syndicats professionnels*. 131 865 recrutements, repartis comme suit, sont fermés aux étrangers : 39 692 dans les recrutements de l'Etat en 2008, 32 680 dans les collectivités territoriales en 2010, 5624 dans l'enseignement privé en 2010, 49 179 numérus clausus (médecins, dentistes, sages-femmes) en 2010, 3450 à la SNCF en 2010 et 1240 pour les architectes en 2010. Voir, *Calculs de l'observatoire des inégalités à partir des organismes privés et publics, op. cit.* Observatoire des inégalités, Septembre 2011. http://www.inegalites.fr/spip.php?article1480.

[133] Rapport GOLDBERG (D.) sur la proposition de loi (n° 1450) adoptée par le Sénat et visant à supprimer les conditions de nationalité qui restreignent l'accès des travailleurs étrangers à l'exercice de certaines professions libérales ou privées. Le rapport présente dans son annexe n°1 (p.87), le tableau récapitulatif des conditions de nationalité pour exercer, en 2010, certaines professions privées et son annexe n° 2 (p.91) le tableau récapitulatif des conditions de nationalité pour exercer, en 2010, certaines fonctions publiques ou professions dans le secteur public. Rapport n° 2594/ juin 2010. http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r2594.pdf. Voir Annexe de l'Arrêté du 11 août 2011 relatif à la délivrance, sans opposition de la situation de l'emploi, des autorisations de travail aux étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'Espace économique européen ou de la Confédération Suisse (JORF n° 0186 du 12 août 2011 page 13867 texte n° 44). Il s'agit des métiers suivants : Cadre de l'audit et du contrôle comptable, Conduite d'équipement de fabrication de l'ameublement et du bois, Conception et dessins produits mécaniques, Inspection de conformité, Dessin BTP, Marchandisage, Ingénieur production et exploitation des systèmes d'information, Conduite d'équipement de transformation du verre, Téléconseil et télévente, Pilotage d'unité élémentaire de production mécanique, Conception et dessin de produits électriques et électroniques, Intervention technique en méthodes et industrialisation, Conduite d'équipements de production chimique et pharmaceutique, Intervention technique en ameublement et bois.

et donc serait donc punissable[134]. D'où l'intérêt de ne pas inscrire son adresse ou son lieu de résidence sur les candidatures[135] envoyées en réponse à une offre d'emploi, notamment lorsqu'on réside dans un quartier ou une banlieue réputés sensible. Les autorités françaises doivent se renseigner sur la pertinence de ce critère de discrimination afin de le prohiber le cas échéant.

Justifie sa décision, la cour d'appel qui condamne, sur le fondement du délit de discrimination prévu par l'article 225-2, 5° du Code pénal, des sociétés ayant recherché des animatrices en vue d'une opération de promotion de produits coiffants (…) en retenant que cette recherche s'est faite sur la base de critères d'origine -et a exclu les personnes non européennes ou de couleur alors même que les produits à promouvoir ne justifiaient pas leur exclusion -; ajoutant aussi que les personnes physiques ayant commis les agissements reprochés, dans leurs fonctions participant du pouvoir de direction au sein de ces sociétés, ont agi comme représentantes desdites personnes morales et pour leur compte, au sens de l'article 121-2 du même Code pénal[136]. De même, commet une discrimination fondée sur la nationalité, l'employeur qui diffuse une offre d'emploi subordonnée, pour le candidat, à la condition de fournir une carte d'électeur[137].

### 2- Discrimination fondée sur l'activité syndicale

Elle s'entend de toute distinction, toute exclusion ou préférence se fondant sur l'appartenance syndicale et l'exercice des activités qui en découlent[138]. A l'embauche, elle est matérialisée lorsqu'un employeur écarte, de la procédure de recrutement, un candidat à l'emploi en raison de son affiliation à un syndicat ou de ses activités syndicales. Est illicite, tout comme l'est la subordination de l'embauche d'un travailleur à la condition qu'il s'affilie à un syndicat ou qu'il cesse d'en faire partie, la prise en considération, lors de l'embauche, de l'affiliation ou de la non-affiliation du candidat à un syndicat, ou de l'exercice par celui-ci d'une activité syndicale. L'exemple type est celui de la municipalité qui indiquait dans une

[134] http://nondiscrimination.toulouse.fr/?post/Foire-Aux-Questions.
[135] Le CV et la lettre de motivation. Dans la pratique, au niveau de l'embauche, un numéro de téléphone suffit.
[136] Crim. 23 juin 2009, Bull. crim. n° 126; AJ pénal 2009. 408, obs. LASSERRE CAPDEVILLE.
[137] Crim. 20 janvier 2009, Bull. crim. n° 19 ; RSC 2009. 598, obs. MAYAUD.
[138] Appartenance à une association de personnes ayant pour but la défense d'intérêts communs, spécialement dans le domaine professionnel et exercice des activités de militantisme ou de représentation qui en résultent. Par exemple les syndicats de salariés.

note de service qu'elle a adressée aux directeurs, qu'ils devaient en cas d'embauche donner la préférence à des candidats membres ou sympathisants du parti politique correspondant aux options politiques de la majorité municipale ou, au « *moins* » neutres à son égard[139]. La discrimination fondée sur l'activité syndicale représente 5 % de l'ensemble des réclamations adressées à la HALDE tous domaines de discriminations confondus[140].

La lecture combinée des dispositions des Codes pénal et du travail[141] permet d'appréhender l'étendue de la prohibition des discriminations fondées sur l'appartenance syndicale. En effet, elles prohibent toutes les mesures discriminatoires résultant de la prise en compte de l'appartenance ou l'activité syndicale lors de l'embauche, l'organisation du travail, la rémunération, la promotion, les sanctions disciplinaires et le licenciement. Au cours de l'entretien pour le recrutement, l'employeur n'est pas censé poser des questions qui n'ont aucun lien, direct et nécessaire, avec l'emploi proposé[142]. Partant, l'employeur n'a pas à questionner le candidat à l'embauche sur son affiliation syndicale[143]. Le cas échéant, le candidat est libre de refuser d'y répondre. La pratique du recrutement en France autorise toutefois le nouvel employeur à interroger le précédent employeur, avant d'embaucher un candidat. Les renseignements alors recueillis doivent avoir un lien direct avec les capacités professionnelles du candidat. Tel n'est pas le cas lorsque, le précédent employeur fait état de l'appartenance ou la non-appartenance du candidat à tel ou tel autre syndicat. Dans cette hypothèse, l'ancien employeur commet une faute. Il devra donc réparer le préjudice éventuel qui en découlera pour le candidat à l'emploi[144]. Récemment encore, de nombreux candidats à l'emploi ignoraient le droit au silence et même celui de mentir dont il peuvent faire valoir lorsque la question que leur pose l'employeur porte sur leur vie privée ou n'a aucun lien avec les aptitudes professionnelles requises pour le poste à pourvoir. Avec la multiplication des informations sur leurs droits lors de l'entretien d'embauche, ils sont plus à même de distinguer les questions légales de celles qui ne le sont pas.

---

[139] TGI Toulon, 5 mai 1998, Dr. Ouv.1998, 421.
[140] Rapport annuel de la HALDE 2010, p. 21.
[141] Articles 225-1 du Code pénal et L. 1132-1, L. 2141-5 du Code du travail.
[142] Cass. soc.17 octobre 1973, pourvoi n° 72-40.360, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation- Chambre sociale arrêt n° 484, p.444.
[143] Cass. soc.13 mai 1969, pourvoi n° 68-12.206, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation- Chambre sociale arrêt n° 314, où furent accordés à la CFDT des dommages et intérêts à charge d'un employeur qui utilisait à l'embauche un questionnaire mentionnant la question suivante : « *avez-vous une affiliation syndicale ?* ».
[144] AVON (R.), *Lutte contre les discriminations : nouvelles dispositions sociales*, n° 51 de La chronique du droit du travail, Editions Tissot, janvier 2002, p. 8.

Ainsi, justifie sa décision, la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, statuant sur le pourvoir formé par la société STEELCASE STRAFOR, a confirmé la décision rendue en appel la condamnant pour discrimination syndicale à l'embauche[145] en retenant 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 du Code du Travail constitue un refus d'embauche au sens de l'article 225-2, 3 du Code pénal dès lors qu'il fait obstacle à l'embauche, par l'entreprise de travail temporaire, du salarié visé dans le contrat (...)*»[146]. De même, justifie sa décision au regard des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, la Cour d'appel déclarant constitutif du délit de discrimination, le licenciement d'un salarié à qui il était reproché d'avoir commis une faute lourde en quittant l'entreprise sans autorisation d'absence afin d'assurer les fonctions d'assistance et de représentation devant les juridictions prud'homales prévues par l'article L. 516-4 devenu L. 1453-4 du Code du travail, en se fondant sur le défaut de dispositions légales ou conventionnelles imposant des modalités d'utilisation du crédit d'heures accordé par la loi pour assurer les fonctions en question[147].

### 3- Discrimination fondée sur l'état de santé et le handicap

#### a- Critère de l'état de santé

Lorsqu'elle est en rapport avec l'état de santé, la discrimination peut se définir comme toute distinction, toute exclusion ou préférence fondée sur "*l'état de complet bien être physique, mental et social d'un individu*"[148]. A l'embauche, constitue une discrimination en raison de l'état de santé la prise en compte par l'employeur de la maladie d'un candidat à l'emploi pour l'écarter du recrutement. La discrimination en raison de l'état de santé est rattachée, dans les statistiques, à la discrimination fondée sur le handicap. Ces deux cas de discriminations constituent 19 % des réclamations adressées à la HALDE tous domaines de

[145] Chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Colmar en date du 30 mai 2002.
[146] Crim. 2 septembre 2003, pourvoi n° 02-86.048, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation-Chambre criminelle, arrêt n° 3884.
[147] Crim. 6 mai 2008: Bull. crim. n° 106 ; RSC 2009. 391, obs. CERF-HOLLENDER.
[148] Définition de la santé telle qu'issue du Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, adopté par la Conférence mondiale sur la Santé, New-York, 16-22 juin 1946 ; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n° 2, p.100) ; entré en vigueur le 7 avril 1948.

discrimination confondus[149]. Toutefois, la loi ne considère pas comme discriminatoire, le refus d'embauche d'un individu qui est fondé sur l'inaptitude médicalement constatée par le médecin du travail[150]. En d'autres termes, tant que la médecine du travail n'a pas déclaré une personne inapte au travail, l'employeur ne saurait refuser de l'embaucher sur le seul fondement de son état de santé.

Il en résulte que, les questions posées au cours de l'entretien d'embauche doivent avoir un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé. L'employeur doit s'abstenir de questionner le candidat sur son état de santé. Celui-ci n'est pas tenu d'y répondre. Toutefois, s'il refuse d'y répondre, il est certain que l'employeur pourrait en tirer des conclusions. Le candidat à l'embauche n'est pas non plus tenu d'informer l'employeur de la nature ou de la gravité de sa maladie : c'est l'application du principe de respect de la vie privée. La pratique courante de l'embauche impose au candidat de se soumettre à la visite médicale d'embauche, qui vise une double finalité. Il s'agit tout d'abord de rechercher si le candidat n'est pas atteint d'une infection contagieuse[151], et s'assurer ensuite qu'il est médicalement apte au poste de travail à pourvoir. Le dépistage des anticorps anti VIH n'est pas donc pas systématique et ne peut être imposé au candidat à son insu. La CJUE[152] a en effet jugé « *illégale la pratique de la Commission des Communautés européennes consistant à faire subir aux candidats des tests de dépistage des virus VIH-1 et VIH (...).* »[153]. Il serait donc discriminatoire de la part d'un employeur de refuser d'embaucher un candidat qui aurait passé le stade de plusieurs entretiens et qui refuserait de se soumettre au test de dépistage du VIH. Notons au passage que c'est le SIDA qui, dans les années 90, a révélé les discriminations fondées sur l'état de santé. Les employeurs avaient peur d'embaucher des personnes malades ou susceptibles de l'être.

Tenu par le secret professionnel, le médecin du travail ne peut communiquer que la seule fiche qui statue sur l'aptitude ou l'inaptitude du candidat au poste proposé. Cette dernière ne saurait faire mention de l'infection du candidat à l'emploi, même si le poste de travail

[149] Rapport annuel de la HALDE 2010, p. 21.
[150] Article 225-3 du Code Pénal.
[151] Ce qui n'est pas le cas de la séropositivité/SIDA qui est une infection transmissible et non contagieuse.
[152] Cour de Justice de l'Union Européenne, anciennement Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE).
[153] PERU-PIROTTE (L.), *La lutte contre les discriminations en droit du travail, approche critique*, Thèse Lille 2, 2000, p. 128. Voir aussi CJCE, 5 octobre 1994, X c/ Commission des Communautés européennes. Affaire n° C-404/92 P. Recueil de jurisprudence 1994, p. I-04737.

pourra ne pas lui être accordé, pour incompatibilité, sur recommandation du médecin du travail. L'employeur peut ainsi refuser d'embaucher un candidat lorsqu'il est déclaré inapte au poste à pourvoir ou lorsqu'il postule pour un emploi nécessitant une condition physique parfaite dont il ne saurait se prévaloir[154]. Hormis ces cas limitativement énumérés par la loi, l'employeur qui écarte un candidat d'une procédure d'embauche parce qu'il a connaissance par exemple de la séropositivité de ce dernier, commet une discrimination fondée sur l'état de santé de l'intéressé.

Le développement de la génétique a relancé le débat sur la discrimination en raison de l'état de santé. Il est certain qu'un avantage indéniable réside dans le fait qu'en établissant la carte génétique d'un individu on peut prévoir ses prédispositions à certaines maladies. Ceci permet de prendre les dispositions nécessaires pour en minimiser les risques de survenance surtout dans les secteurs d'activités propices à de tels risques. A l'inverse, cette médecine prédictive peut donner l'occasion à l'employeur de s'en servir pour refuser d'embaucher en raison justement du mauvais état de santé pouvant entraîner l'inaptitude au travail[155]. Pourrait-on refuser d'embaucher un postulant en raison du résultat des tests génétiques qu'on lui ferait passer lors de l'entretien d'embauche ? La loi commande d'y répondre par la négative. En effet, dans l'hypothèse où de tels tests seraient pratiqués, ils ne pourraient l'être qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. De plus, l'accord ou le consentement préalable du candidat à l'emploi est obligatoire. La santé faisant partie intégrante de la vie privée du candidat à l'embauche, si on peut lui proposer d'effectuer les tests en question, on ne peut nullement les lui imposer. Le Code civil énonce précisément que « *l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique* »[156]. Le médecin du travail, devant s'assurer de l'aptitude du candidat au poste qui lui est proposé, peut, d'après les dispositions du Code du travail[157], prescrire les examens complémentaires nécessaires notamment au dépistage des affections comportant une contre-indication à ce poste de travail. L'article L. 1132-1 du Code du travail interdit, quant à lui, les discriminations par rapport à l'état de santé sauf inaptitude médicalement constatée par le médecin du travail. La loi du 4 mars

[154] Chirurgien, pilote d'avion, etc.
[155] LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport, La Documentation française, 1992, n° 27.
[156] Article 16-10 al. 1du Code civil.
[157] Article R 4624-25 du Code du travail.

2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé[158] répond à ces questions par la modification de l'ancien article L. 122-45 du Code du travail en affirmant qu'on ne peut refuser d'embaucher quelqu'un en raison de ses caractères génétiques[159]. Cependant, des exceptions pourraient être envisagées. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'on est certain que la personne intéressée va forcément être malade. Même dans cette hypothèse, les tests ne sauraient être effectués en l'absence du consentement formel de l'intéressée.

La jurisprudence en la matière est d'ailleurs assez conséquente. L'ancien article L. 122-45 actuellement L. 1132-1 interdisant la discrimination s'applique en effet lorsque les faits, reprochés au salarié licencié pour faute grave, sont en rapport avec sa maladie[160]. Le licenciement, motivé par la déficience physique du salarié non constatée par le médecin du travail, se fonde sur la prise en compte de l'état de santé du salarié et est clairement constitutif d'une discrimination fondée sur l'état de santé[161]. De même, est caractéristique d'un licenciement discriminatoire celui prononcé par l'employeur qui a substitué son avis à celui écrit du médecin du travail en raison de l'état de santé du salarié qu'il a estimé, de son propre chef, incompatible avec les exigences du métier[162].

**b- Critère du handicap**

Lorsqu'elle est fondée sur le handicap, qui est appréhendé au sens de l'article 2 de la loi du 11 février 2005[163] comme évoquant toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou un trouble de santé invalidant, la discrimination s'entend de toute distinction, exclusion ou préférence faite en considération de cette limitation. En matière d'embauche, il y a discrimination par rapport

[158] Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, page 4418, texte n° 1.
[159] Article 1132-1 du Code du Travail.
[160] Soc. 28 janvier 1998 : Bull. civ. V, n° 43 ; CSB 1998. 80, A.19.
[161] Soc. 13 janvier 1998 : Bull. civ. V, n° 9 ; D. 1998. IR 57
[162] Bordeaux, ch. Soc. 15 juin 2010 : RDT 2010. 578, obs. LARDY-PELISSIER.
[163] Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 février 2005, page 2253, texte n° 1.

au handicap lorsque l'employeur écarte, du recrutement, une personne en raison de son handicap moteur ou visuel. Elle représente, à proportion égale avec la discrimination par rapport à l'état de santé, 19 % de l'ensemble des réclamations relatives aux discriminations enregistrées par la HALDE tous domaines confondus[164].

Le candidat à l'embauche ne peut pas cacher son handicap, qui est pour le plus souvent visible, contrairement à sa maladie. Par la réforme de la législation sur l'obligation d'emploi des personnes handicapées, le législateur a favorisé l'insertion professionnelle de ces derniers. Toute entreprise ou établissement de 20 salariés ou plus, doit compter parmi ses effectifs au moins 6 % de salariés handicapés ou assimilés[165]. Lorsque le quota légal n'est pas atteint, l'entreprise doit verser une contribution à l'AGEFIPH[166] dont le montant annuel est égal, par unité bénéficiaire manquante, à 400 fois le Smic[167] horaire pour une entreprise de 20 à 199 salariés, 500 fois le Smic horaire pour une entreprise de 200 à 479 salariés et 600 fois le Smic horaire pour une entreprise comptant au minimum 750 salariés[168]. Les sommes ainsi collectées par l'AGEFIPH, lui permettent de les attribuer aux entreprises qui emploient des salariés handicapés, aux personnes handicapées, ainsi qu'aux organismes qui contribuent à leur insertion professionnelle. Il n'en demeure pas moins que malgré la réalité de ces mesures, le monde du travail est encore loin d'en faire totalement usage. Les travailleurs handicapés continuent à se déclarer victimes de discrimination à l'embauche, dans les promotions et le maintien dans l'emploi. Les Syndicats et les associations de lutte contre les discriminations fondées sur le handicap dénoncent toujours la faiblesse du taux d'emploi des travailleurs handicapés. Selon la DARES[169], ce taux continue de stagner à 4 % depuis le début des années 2000 dans les entreprises de plus de 20 salariés pourtant toutes assujetties à l'obligation d'emploi de 6 %[170].

---

[164] Rapport annuel de la HALDE 2010, p. 21.

[165] Loi n° 87-517du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés, JORF du 12 juillet 1987, page 7822.

[166] Association nationale pour la gestion du fonds d'insertion professionnelle des personnes handicapées. Elle collecte les contributions patronales des employeurs ne souhaitant pas embaucher des salariés handicapés.

[167] Salaire minimum de croissance.

[168] Montants de la contribution à l'AGEFIPH des entreprises qui n'emploient pas des personnes handicapées, http://www.agefiph.fr/Entreprises/Contribution-et-obligations/S-acquitter-de-la-contribution-Agefiph.

[169] Direction de l'animation, de la recherche, des études et statistiques.

[170] En 2008, 129 100 établissements privés étaient assujettis à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. On y recensait 284 000 travailleurs handicapés. Le taux d'emploi réel (part des travailleurs handicapés dans l'effectif total des établissements en équivalent temps plein) de travailleurs handicapés en 2008 dans le secteur privé sans accord spécifique travailleurs handicapés était de 2.6 %. En 2009, le taux d'emploi de travailleurs

### 4- Discrimination en raison de l'âge, l'apparence physique et du patronyme

La discrimination fondée sur l'âge, l'apparence physique ou le patronyme, se traduit par la distinction, l'exclusion ou la préférence faite au détriment d'une personne et motivée par la prise en considération de l'un de ces critères. A l'embauche, constitue une discrimination par rapport à l'âge, l'apparence physique ou le patronyme, la situation dans laquelle l'employeur refuse d'embaucher, en l'écartant de la procédure de recrutement, un candidat à l'emploi en raison de son âge[171], son apparence physique[172], son patronyme[173]. Elle représente en moyenne 8 % du pourcentage de l'ensemble des réclamations adressées à la HALDE tous domaines de discrimination confondus[174]. Elle constitue avec l'origine et le sexe, suivis de la santé et du handicap, le trio de tête de la discrimination en entreprise[175]. C'est à la faveur de l'application du traité d'Amsterdam et des directives en découlant, que la loi française a prohibé ces nouveaux motifs de discrimination.

#### a- Critère de l'âge

Du fait de son apparition et de son interdiction relativement récente en tant que motif de discrimination, contrairement à d'autres formes de discrimination vécues lors de l'embauche, la discrimination en raison de l'âge est une notion juridique ne s'imposant pas avec la force de l'évidence[176]. Ses manifestations courantes s'identifient aux travers des parcours professionnels rendus difficiles parce que la société et le monde du travail jugent qu'une personne est soit trop jeune[177] ou alors trop âgée[178]. Les conséquences de l'âge ne nécessitent elles pas des différences de traitement pour justement en contrer les méfaits ? Il en résulte alors une définition particulièrement flexible de cette forme de discrimination,

---

handicapés pour l'ensemble des employeurs publics était de 4 %. Voir, *Les personnes handicapées et l'emploi : Chiffres clés*, AGEFIPH et DARES. Mai 2011, p. 2-5.

[171] Trop jeune ou trop âgé.

[172] Taille, poids, cheveux longs, courts ou crâne rasé, piercing, gothique, etc.

[173] Nom "ridicule", nom à consonance étrangère, etc.

[174] Soit respectivement 6 % concernant l'âge, 2 % l'apparence physique.

[175] Baromètre CEGOS-Dauphine sur les pratiques de la diversité, *Age, apparence physique et sexe : le trio de tête de la discrimination en entreprise*, Paris, CEGOS, Fondation Paris-Dauphine, Université de Paris-Dauphine, 28 juin 2011.

[176] AMAUGER-LATTES (M.-C.), Université Toulouse 1, LIRHE-CNRS, *La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance*, Revue Retraite et Société, 2007, n° 51, Paris France, La Documentation française.

[177] Par conséquent pas suffisamment d'expérience

[178] Discrimination des seniors à l'embauche.

qui permet une adaptation aux circonstances mais présente le risque d'une marginalisation dans sa mise en œuvre. Certains soutiennent que la différence de traitement en fonction de l'âge serait la règle et la discrimination l'exception. Cependant, pour la Cour de justice de l'Union, « *les juridictions nationales doivent laisser inappliquées les dispositions d'une loi nationale contraire au principe de non-discrimination en fonction de l'âge, principe consacré par la directive 2000/78/CE*[179]*, alors même que le délai relatif à sa transposition n'est pas encore arrivé à échéance* »[180]. L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, réitérée par la directive 2000/78/CE, ne fait que refléter un principe général du droit européen[181]. Lequel principe exclut qu'elle soit trop aisément écartée[182]. Si son interdiction formelle est admise aujourd'hui, son application n'est pas des plus aisées devant les juridictions. La Cour d'appel de Paris a ainsi constaté que lors de la réunion d'un comité d'entreprise aux fins de licenciement économique, les déclarations de l'employeur selon lesquelles « *l'agence n'a pas vocation à être une maison de retraite* » se rapportaient aux créatifs de 50 ans et ne pouvaient concerner la demanderesse âgée de 40 ans au moment du licenciement, alors même que celle-ci avait été placée dans la catégorie d'emplois "*créatifs seniors*". D'après la Cour, « *"senior" se rapporte à la seule expérience et non pas à l'âge »*[183]. Pourtant le Code du travail prohibe la discrimination selon le critère de l'âge sans en indiquer de seuil et l'applique aux secteurs d'activité pratiquant le jeunisme, dans lesquels il n'est pas rare que l'on soit menacé dans son emploi dès l'âge de 40 ans[184].

**b- Critère de l'apparence physique**

La prise en compte du critère de l'apparence physique dans la discrimination à l'embauche, n'a pas été prévu dans les textes législatifs européens. C'est à la faveur des constats selon lesquels l'apparence physique est un critère de choix dans l'embauche pour certains métiers et dans le contexte prépondérant à la lutte contre les discriminations des

[179] Directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière de travail et d'emploi. Journal officiel des Communautés européennes du 2 décembre 2000, L 303/16.
[180] CJCE, 22 novembre 2005, W. MANGOLD c/ R. HELM (Aff. C-144/04).
[181] Le principe de non-discrimination.
[182] COTTE (O.), *Commentaire de la jurisprudence MANGOLD*, L'Europe des Libertés, Actualités des droits de l'homme, Université de Strasbourg, Octobre-Décembre 2005, 6ème année, n° 19, janvier 2006.
[183] CA Paris, 7 octobre 2008, S06/07858.
[184] Le Figaro-Entreprise, article du 17 novembre 2008. http://entreprise.lefigaro.fr/critere-rapport.html.

années 2000, qu'il fut inscrit dans les Code pénal et du travail.[185] Aussi, l'idée a été avancée de ne plus demander aux candidats postulant pour un emploi de joindre une photographie à leur Curriculum Vitae. L'idée étant de permettre à l'employeur d'occulter le choix de ses futurs salariés ou collaborateurs en fonction de leur "*tête*" ou leur "*look*", qui sembleraient primer sur les diplômes et les compétences professionnelles exigées. Actuellement, souffrir d'obésité, être de trop grande taille ou bien même avoir un visage disgracieux constituent bien des fois de véritables obstacles à l'embauche et plus tard à l'évolution dans la carrière. L'apparence physique se révèle être d'autant plus importante, que nos sociétés véhiculent des canons de beauté. Par exemple, une femme de corpulence forte aura beaucoup plus de mal à trouver un emploi de vendeuse, de représentante externe ou de cadre. Ce nouveau type de discrimination touche également la tenue ou le style vestimentaire, la coupe de cheveux ou encore le port de piercings et de tatouages. Certains employeurs sont parfois récalcitrants en raison de leur éducation ou de l'image qu'ils souhaitent véhiculer de leur entreprise[186]. Si la citation d'Aristote « *la beauté est un appui préférable à toutes les lettres de recommandations* » est plus que d'actualité[187], l'introduction du critère de l'apparence physique dans les motifs de discrimination à l'embauche permet sans doute d'encadrer et de limiter dans ce domaine la tendance qu'est qu' « *il faut être beau pour réussir »*[188]. Elle permet également de renforcer, comme le souligne justement Hélène GARNER-MOYER[189], l'affirmation selon laquelle « *toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail* » figurant dans l'article 23 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948.

**c- Critère du patronyme**

Le critère qu'est le patronyme et sur lequel peut être fondée une discrimination à l'embauche n'a pas non plus été initialement prévu par les textes européens. Intégré dans les dispositions du Code pénal[190], il a pour but d'empêcher les entreprises d'écarter, en se

[185] Article 225-1 du Code pénal et L. 1132-1 du Code du Travail.
[186] *L'apparence physique dans le travail*, Article sur www.juritravail.com/discrimination-physique.html.
[187] En témoignent la multiplication des cabinets de coaching en image personnelle et professionnelle et des entreprises spécialistes du "*relooking*".
[188] AMADIEU (J.-F.), *Le poids des apparences : Beauté, amour, et gloire*, Editions Odile Jacob 2005.
[189] GARNER-MOYER (H.), *Le poids de l'apparence physique dans la décision d'embauche*, Le journal des psychologues, n° 257, mai 2008.
[190] Article 225-1 du Code pénal.

fondant uniquement sur la consonance du nom de famille, les candidats à l'emploi lors du recrutement. L'analyse de ce critère renvoie incontestablement à d'autres critères comme l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race et aux origines du postulant. Il semblerait d'ailleurs qu'en l'inscrivant parmi les motifs de discrimination à l'embauche, le législateur français aurait confondu un critère nouveau et un indice de discrimination raciale. Depuis l'entrée en vigueur des lois relatives au nom de famille[191] et à la dévolution du nom de famille à l'enfant né[192], le patronyme s'entend du nom de famille, généralement celui du père, concourant à l'identification d'une personne. Lorsque la filiation d'un enfant né est établie à l'égard de ses deux parents, ils choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit celui de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre par eux choisi et dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ; en l'absence de déclaration conjointe, à l'officier d'état civil, mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père[193]. La discrimination, fondée sur la prise en considération du patronyme, interpelle. En effet, comment pourrait-on justifier une telle intrusion manifestement illégitime portée, par l'employeur, à cet attribut de la personnalité juridique ? Si pour des raisons telles que son caractère « *ridicule, drôle, trop populaire ou à consonance étrangère* », le patronyme peut causer un tel préjudice, on comprend aisément les motivations d'IKRAM préférant procéder au changement de son patronyme pour enfin obtenir un entretien d'embauche[194].

### 5- Discrimination en raison des opinions politiques ou des convictions religieuses

Lorsqu'elle est fondée sur les opinions politiques ou les convictions religieuses, la discrimination consiste en toute distinction, toute exclusion ou préférence opérée entre

[191] Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, JORF du 5 mars 2002, page 4159, texte n° 2.
[192] Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille, JORF n° 140 du 19 juin 2003, page 10240, texte n° 1.
[193] Article 311-21 de la loi relative au nom de famille, *op. cit.*
[194] Titulaire d'une licence en droit et d'un DUT Carrières juridiques, elle a postulé au poste de vendeuse chez AGA SHOP et a reçu une réponse négative sans aucune justification. Voulant en avoir le cœur net, sachant que son Curriculum Vitae correspondait aux attentes et au profil recherchés par l'employeur, elle a renvoyé le même Curriculum Vitae avec comme nom et prénom Nicole Martins, les mêmes coordonnées téléphoniques, la même adresse postale et le même parcours scolaire et professionnel. Elle a, dans la foulée, reçu un appel de l'employeur lui signifiant qu'il était intéressé par son profil et la conviant à un entretien. Voir, témoignage de KRAMOU du 27/09/2005sur le Forum France 2 » ENVOYE SPECIAL » *La discrimination à l'embauche.* http://forums.france2.fr/france2/envoyespecial/discrimination-embauche-sujet_5194_1.htm.

des individus par la prise en considération de l'un ou l'autre de ces critères. A l'embauche, cette discrimination existe lorsque l'employeur écarte, de la procédure de recrutement, une personne en raison de ses opinions politiques ou de ses convictions religieuses. Ce sont encore là de nouveaux motifs de discrimination prohibés par le législateur français pour éviter que les demandeurs d'emploi soient victimes de leurs opinions politiques ou de leurs convictions religieuses lors des procédures de recrutement, et ceci bien qu'ils satisfont aux exigences du poste de travail à pourvoir[195]. Elles représentent respectivement 1 % et 2 % de l'ensemble des réclamations enregistrées par la HALDE tous domaines de discrimination confondus[196]. Bien qu'en apparence peu invoquées, les discriminations résultant de la prise en compte des opinions politiques ou des convictions religieuses sont bien réelles[197].

**a- Critère des opinions politiques**

En effet, il est clair que pour un employeur, la convergence des points de vue de ses salariés avec sa propre conception de la politique générale ou de la politique de l'entreprise serait l'idéal. Elle réduit les risques de conflits et crée, de son point de vue, des conditions de travail "*optimales* "[198]. Or, il peut arriver que, dans la pratique, ce ne soit pas le cas. Chacun a des opinions et peut souhaiter les exprimer à travers des organismes tel un parti politique, un syndicat ou une association. Dans ce cas, soit qu'il n'approuve pas leurs idées, soit qu'il craint "*un mauvais climat*" au sein de son entreprise, l'employeur peut chercher à écarter certains de ses employés déjà présents au sein de son équipe ou éviter d'en embaucher. Cette façon de procéder est illégale. C'est ainsi qu'a été condamnée pour discrimination à l'embauche en raison des opinions politiques, l'adjointe au maire chargée du recrutement au sein d'une association, parce qu'elle a refusé de prendre la candidature d'une employée municipale au motif qu'elle fut la secrétaire particulière de l'ancien maire. L'adjointe au maire indiquait en effet, que les postes disponibles devaient être pourvus par des sympathisants de son parti. Dans ce cas d'espèce, il est établi que le refus d'embauche

[195] Diplômes, compétences, expérience.
[196] Rapport annuel de la HALDE 2010, p. 21.
[197] VICKERS (L.), *Religion et convictions : discrimination dans l'emploi-Le droit de L'Union européenne*, Réseau européen des experts en matière de non- discrimination, Commission européenne/Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.2. Juin 2007, p. 27-30.
[198] *Discrimination fondée sur les opinions politiques : l'avis de certains employeurs*, www.JuriTravail.com

n'est nullement fondé sur les capacités professionnelles de l'employée municipale, mais sur son adhésion, vraie ou supposée, aux idées politiques de l'ancien maire[199].

**b- Critère des convictions religieuses**

La liberté de religion désigne un droit subjectif fondamental des personnes leur reconnaissant le droit de choisir et de pratiquer une religion donnée. De nombreux textes juridiques, déclarations, pactes et conventions, des textes constitutionnels et des lois y font référence et permettent d'affirmer, d'étendre ou de limiter ce droit. Constitutionnellement garantie[200], la liberté de religion est un aspect de la liberté de conscience. La discrimination en raison des convictions religieuses à l'embauche représente donc la distinction opérée, entre des candidats au recrutement en raison de leur appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une religion déterminée. Le respect des croyances religieuses en lui-même ne semble pas poser de problème à l'employeur. Mais les pratiques qui en résultent, peuvent, au-delà des craintes entretenues par les préjugés face à la méconnaissance d'une religion, porter préjudice à son entreprise notamment par l'abus des absences répétées ou alors des refus de travail justifiés par des exigences religieuses[201]. Il ne faudrait donc pas que sous le couvert de pareilles considérations, les employeurs écartent de la procédure de recrutement, des candidats compétents. C'est ainsi notamment que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé constitutive d'une offre conditionnelle clairement fondée sur l'appartenance à une religion déterminée, l'annonce portant offre d'emploi ainsi libellée « *dentiste française sœur musulmane récemment diplômée recherche dentiste musulman(e) pour remplacement ou collaboration* » ; la réalité d'un choix discriminatoire, résultant des termes mêmes de l'annonce et fondé sur la religion par l'exclusivité accordée aux adeptes de l'Islam, caractérise l'élément matériel de l'infraction. Son élément intentionnel, qui est constitué de façon suffisante par l'indentification d'un fait volontaire et conscient, découle nécessairement des éléments délibérément insérés dans l'annonce religieuse[202].

---

[199] Aix-en-Provence, 11 janvier 1999 : JCP 1999.IV.3154.
[200] Article 1er de la Constitution française du 4 octobre 1958.
[201] CAHEN (M.-I.), Avocate au Barreau de Paris, sur *L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion*, Article Novembre 2006. http://www.murielle-cahen.com/newversion/p_religion.asp. ; Voir aussi, *Religion et Entreprise* http://www.murielle-cahen.com/publications/p_religion-entreprise.asp.
[202] TGI Paris, 19 décembre 1991 : Gaz. Pal. 1996. 1. Somm.51.

Le Code pénal et le Code du travail établissent une liste précise des différents critères servant de fondement aux discriminations intervenant à l'embauche[203]. Il s'ensuit donc qu'aucun de ces motifs ne doit être invoqué pour refuser d'embaucher, sanctionner, licencier une personne[204] ; subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprises[205] ; décider d'une mesure discriminatoire contre un salarié en matière de rémunération[206], de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat[207]. De même, aucun de ces motifs ne peut être avancé pour empêcher un salarié d'adhérer librement à l'organisation syndicale ou à l'organisation professionnelle de son choix[208]. Ces dispositions trouvent également application dans les situations où, parce qu'ils ont relaté ou témoigné de bonne foi des faits de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction, soit à leur employeur soit aux autorités judiciaires ou administratives, des salariés sont sanctionnés, licenciés ou font l'objet d'une mesure discriminatoire[209].

Graphique 1: La répartition des réclamations pour discrimination par critère en 2010

Légende : Origine, Santé-Handicap, Age, Activités syndicales, Sexe, Grossesse, Orientation sexuelle, Situation de famille, Convictions religieuses, Apparence physique, Opinions politiques, Autres (réclamations ne relevant pas de la compétence de la HALDE).

Source : Rapport annuel de la HALDE 2010, page 21.

Le paysage des motifs qui fondent les discriminations à l'embauche ainsi dressé, il serait intéressant maintenant d'analyser la seconde classification des différents cas de

[203] Articles 225-1 du Code pénal et L. 1132-1 du Code du travail.
[204] Article 225-2, 3° du Code pénal.
[205] Article 225-2, 5° du Code pénal.
[206] La rémunération étant le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum ainsi que tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèce ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de son emploi. Voir, Article L. 3221-3 du Code du travail.
[207] Article L. 1132-1 du Code du travail.
[208] Article L. 411-5 du Code du travail.
[209] Article L. 1131-1 du Code du travail.

discrimination à l'embauche. C'est la classification en fonction de la forme de la mesure discriminatoire. Elle s'intéresse non plus aux critères de discriminations, mais plutôt à la forme sous laquelle les discriminations se produisent. Procéder à la classification des cas de discrimination à l'embauche en fonction de leur forme invite à prendre pour objet d'étude la forme d'expression de la mesure discriminatoire. Toutefois, les différentes classifications des cas de discrimination à l'embauche[210] légalement consacrées, ne s'opposent pas. Bien au contraire, elles sont complémentaires et étroitement liées.

**Paragraphe 2 : Classification en fonction de la forme de la mesure discriminatoire**

La classification de cas de discrimination à l'embauche en fonction de leur forme d'expression est un apport des lois du 27 mai 2008[211] et du 6 août 2012[212]. Avant le vote de ces textes législatifs, le droit français ne distinguait les cas de discrimination à l'embauche qu'en fonction des critères sur lesquels ils étaient fondés. La discrimination directe (**A**), la discrimination indirecte (**B**) et le harcèlement (**C**) sont les notions permettant de procéder, en France aujourd'hui, à la classification des cas de discrimination à l'embauche en fonction de la forme d'expression de la mesure discriminatoire.

**A- Discrimination directe**

Le droit européen fut le premier, dans le contexte général de lutte contre les discriminations dans les pays membres de l'Union, à développer et introduire la notion de discrimination directe. Constitue une discrimination directe la situation où, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait, dans une situation comparable[213]. La définition de

[210] Classification en fonction des motifs prohibés et classification en fonction de la forme d'expression de la mesure discriminatoire.
[211] Loi n° 2008-946 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n° 0123 du 28 mai 2008, page 8801, texte n° 1.
[212] Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, JORF n° 0182 du 7 août 2012, p. 12921, texte n° 1. Voir article 3 de la loi.
[213] Article 2, paragraphe 2, point a), de la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022-0026.

la discrimination directe résulte de l'analyse juridique qui permet de déceler une différence de traitement s'opposant à l'égalité. Deux éléments caractérisent la discrimination directe : l'existence d'une différence de traitement défavorable pour une personne placée dans une situation comparable à celle d'une autre personne; différence fondée sur des raisons que la loi prohibe. Par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'il y avait discrimination directe en présence de versements de rémunérations différentes pour un travail de valeur égale ou encore en cas de licenciement d'une femme en état de grossesse. La Cour de justice est même allée plus loin, en jugeant que les déclarations publiques d'un employeur permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe à l'embauche, même en l'absence de victime identifiable[214]. En l'espèce, le directeur général d'une entreprise belge d'installation des portes de garage a déclaré, dans différents interviews accordées à des quotidiens et à la télévision nationale, que sa société n'embaucherait pas de travailleurs "*immigrés*" faisant notamment référence aux travailleurs marocains, en raison des réticences de sa clientèle à leur donner, pendant la durée des travaux, accès à leur domicile privé. L'organisme belge chargé de promouvoir l'égalité de traitement a alors saisi les juridictions nationales du travail afin de constater la pratique d'une politique discriminatoire à l'embauche. La Cour du travail de Bruxelles, saisie en appel, a décidé de surseoir à statuer et demander à la CJUE si ces déclarations publiques étaient constitutives de discriminations directes en l'absence de plaignant identifiable. Le législateur français s'est inspiré de cette définition de la discrimination directe pour l'inscrire dans la loi du 27 mai 2008[215] où elle représente la situation dans laquelle, pour des raisons prohibées par la loi, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

La discrimination directe à l'embauche est caractérisée dans la situation où le candidat à l'emploi est écarté de la procédure d'embauche, de manière claire et délibérée, par un employeur qui se fonde sur l'un des dix neuf motifs de discrimination interdits par la loi[216]. Comparer les situations entre des personnes ou des groupes constitués de personnes consiste à analyser leurs qualifications, leurs compétences et leurs expériences respectives.

[214] CJCE, 10 juillet 2008, Aff.-54/07, FIRMA FERYN NV, Liaisons Sociales Quotidien, 21/07/2008.
[215] Article 1 al. 1 de la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *op. cit.*
[216] Voir *supra*, *Paragraphe 1 : Classification en fonction des motifs prohibés*, p. 24.

La comparaison ne porte pas seulement sur des éléments actuels. En effet, la loi élargit le champ temporel des comparaisons possibles. Elle permet ainsi de comparer des situations présentes, des situations passées et même des situations hypothétiques. La jurisprudence retient cependant que la recherche de l'existence d'une discrimination directe ou indirecte n'implique pas nécessairement de procéder à une comparaison avec la situation d'autres salariés[217]. Autrement dit, devant les juridictions saisies d'un cas de discrimination directe à l'embauche, seules importeraient la caractérisation d'un comportement défavorable fondé sur des motifs interdits par la loi.

Sont par conséquent considérés comme directement discriminatoires : une offre d'emploi qui précise, sans raison objective, que les femmes ne peuvent pas postuler ; une offre d'emploi rédigée comme suit : « *Recherche 25/26 ans, fille ou garçon ; déjà pratique de la vente (si possible prêt à porter) TB présentation (BCBG). Pas Typé(e), pour un bac pro commerce ou BTS action commerciale, ayant BEP ou CAP VAC ou bac pro, bac G3* » ; le fait qu'un restaurateur embauche un togolais plutôt qu'un tunisien car l'équipe dans laquelle il sera amené à travailler se compose en grande majorité de personnes originaires d'Afrique noire. Ceci conduit à écarter un tunisien du recrutement en raison de sa nationalité, pour conserver une homogénéité dans l'équipe. De même, le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés d'une certaine origine ethnique ou raciale, est une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive n° 2000/43. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas qu'un plaignant ou une victime soient identifiées. Même en l'absence de plaignant ou victime identifiable, le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées pour transposer la directive n° 2000/43 doit être effectif, proportionné et dissuasif[218].

**B- Discrimination indirecte**

Parallèlement à la définition de la discrimination directe, le droit européen, très investi dans la lutte contre toutes formes de discriminations pouvant affecter la personne humaine, a développé le concept de discrimination indirecte. Une discrimination indirecte

[217] Soc. 10 novembre 2009 : D. 2010. Pan. 672, obs. PORTA.
[218] Voir *supra*, CJCE, 10 juillet 2008, FIRMA FERYN NV, Affaire C-54/07.

se produit à partir du moment où une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires[219]. C'est aux Etats-Unis que la notion de discrimination indirecte a été conceptualisée pour la première fois, suite aux tentatives de rééquilibrage entre les différents groupes de la population. La mesure de la représentation des différents groupes dans les multiples secteurs d'activités a alors permis de détecter des variations à la suite du développement de quelques pratiques apparemment irréprochables, qui pourtant lésaient un groupe en particulier[220]. Le repérage de la discrimination indirecte relève de l'analyse statistique. On la repère par "*ses effets et non par ses causes*"[221]. L'intention de l'auteur de la mesure n'est pas prise en compte. Seul importe le résultat. Les discriminations indirectes sont des discriminations déguisées. Pour déterminer si l'on se trouve en présence d'une discrimination indirecte, il faut procéder à une analyse comparative des situations des groupes humains déterminés. C'est le cas par exemple lorsqu'on compare la situation des femmes à celle des hommes dans le travail. A la différence de la discrimination directe à l'embauche[222], la discrimination indirecte fait référence à des critères apparemment neutres, mais dont les effets sont identiques à ceux auxquels aboutirait la discrimination directe : le rejet d'une candidature au recrutement[223].

Par la loi du 27 mai 2008, le législateur français a intégré la définition du concept de discrimination indirecte[224] dans le Code du Travail[225]. Les dispositions y relatives figurant dans le Code du travail sont encore plus précises. Elles donnent une liste plus conséquente des groupes de personnes pour lesquelles la discrimination indirecte lors de l'embauche est

[219] Article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022-0026.

[220] MINE (M.), *Les concepts de discrimination directe et indirecte*, Article paru dans ERA-FORUM, Volume 4, Numéro 3, 2003, pp. 30-44.

[221] CALVES (G.), *La discrimination positive*, 2ème édition, P.U.F/Collection « Que-sais-je ?», 2010, p. 46.

[222] Discrimination ouverte et apparente dans laquelle l'employeur a recours à des motifs prohibés par la loi pour rejeter une candidature.

[223] DELROISSE (S.), HERMAN (G.), COLLART (J.), *Au-delà de la législation sur la discrimination à l'embauche, une approche psychosociale*, CERIS-INFOS/université catholique de Louvain, n°21, juin 2008, p. 2.

[224] Article 1 al. 2 de la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *op. cit.*

[225] Article L. 1332-1 du Code du Travail.

susceptible d'entraîner un désavantage particulier[226]. Si le Code du travail pose le principe de non-discrimination et rend la discrimination à l'embauche illégale, il vise expressément, dans la rédaction de l'article L. 1132-1, la discrimination indirecte. Dans la même logique, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève[227]. De plus, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés[228]. En matière d'embauche, la discrimination indirecte est par sa forme l'une des discriminations les moins faciles à identifier.

Sont ainsi indirectement discriminatoires, le fait de demander à des candidats à l'emploi de satisfaire à des critères de taille parce que ces critères entraînent l'exclusion de beaucoup de femmes. Dans la mesure où l'auteur de l'exigence n'arrive pas à démontrer la nécessité d'une taille spécifique pour exécuter de manière convenable le travail proposé, nous sommes bien en présence d'une discrimination indirecte ; le fait d'exiger de toute personne postulant à un emploi donné de subir une épreuve dans une langue particulière, même s'il s'avère que cette connaissance linguistique n'est pas nécessaire pour l'exécution de l'emploi vacant à pourvoir, est un cas de discrimination indirecte puisque le test pourrait exclure toutes les personnes qui ont une autre langue maternelle ou qui ne parle pas la langue spécifiée. Constitue aussi une discrimination indirecte dans la gestion de carrière du salarié à temps partiel, le fait de lui refuser une promotion à cause de l'insuffisance de son temps de pratique professionnelle dès lors que l'employeur ne justifie pas cette mesure par des facteurs objectifs tenant notamment à la relation entre la nature de la fonction exercée et l'expérience que l'exercice de cette fonction apporte après un certain nombre d'heures de travail effectuées[229]. De même, un accord collectif ou une décision unilatérale, émanant de l'employeur, ne peut retenir, pour régulariser la rémunération indépendante des heures réellement effectuées chaque mois par le salarié, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation comme mode de décompte des jours d'absence pour cause de maladie durant

[226] Personnes relevant d'une orientation sexuelle, d'un âge, d'une situation de famille, d'une grossesse, d'opinions politiques, d'activités syndicales ou mutualistes, d'une apparence physique, d'un état de santé ou d'un handicap, en plus de la race et de l'origine ethnique auxquelles se limitaient la définition donnée par la directive 2000/43/CE.
[227] Article L. 1132-2 du Code du travail.
[228] Article L. 1132-3 du Code du Travail.
[229] Soc. 9 avril 1996 : Bull. civ. V, n° 146 ; Dr. ouvrier 1998, n° 593, p.1, note MINE.

la période de haute activité. Une telle modalité, malgré son caractère apparemment neutre constitue une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié[230].

La discrimination indirecte permet d'appréhender le concept sociologique de discrimination systémique[231]. La discrimination systémique n'est ni explicite, ni volontaire, ni consciente ou intentionnelle, mais relève souvent d'un système de gestion fondé sur des présupposés, très souvent implicites sur les divers groupes de personnes. Elle se matérialise par un ensemble de pratiques et de coutumes, qui perpétuent une situation d'inégalité à l'égard des membres de groupes ciblés[232]. Autrement dit, la discrimination systémique peut être considérée comme une situation d'inégalité de traitement cumulative, résultant alors d'un ensemble de pratiques, de décisions, de comportements individuels ou institutionnels. La discrimination, intégrée au système que constitue la société, se produit massivement. Ainsi, de nombreuses personnes vont discriminer sans s'en rendre compte ou discriminent en anticipant les comportements d'autres acteurs. Dans cette hypothèse précise, la volonté concertée de discriminer, sauf cas particulier, n'existe pas. C'est le cas par exemple lorsque certains intermédiaires de l'emploi, afin de "*protéger*" des jeunes, ne les adressent pas aux employeurs dont ils connaissent et anticipent les pratiques discriminatoires. Ce faisant, en voulant épargner à ces jeunes des échecs quasi certains, ils participent de fait à entretenir une discrimination à leur encontre. De même, une agence d'intérim peut avoir mis en place un logiciel permettant, après requête, d'établir la liste de l'ensemble des candidats pouvant être proposés en réponse à la demande faite par une entreprise. Toutefois, l'usage courant peut s'affranchir de la requête via ordinateur pour une sélection qui se fera essentiellement grâce à la mémoire de l'agent. Une telle mémoire, nécessairement sélective, peut conduire à écarter systématiquement certaines personnes[233].

Le droit de la fonction publique française, quant à lui, a consacré depuis bien des années déjà le principe d'égalité porteur de non-discrimination dans l'accès aux emplois de la fonction publique. Consacré par l'arrêt BAREL du Conseil d'Etat, il énonce que tous les

---

[230] Soc. 9 janvier 2007 : D. 2007. AJ 375, obs. FABRE.
[231] BOUAMAMA (S.), FOTIA (Y.), CORMONT (J.), *Les discriminations systémiques*, in Revue, *Les Figures de la Domination*, [en ligne], Octobre 2010. http://lesfiguresdeladomination.org/index.php?id=542.
[232] ISM Corum (Inter Service Migrants, Centre d'observation er de recherches sur l'urbain et ses mutations)/ Outil intersyndical de formation à la lutte contre les discriminations ; Diagnostics et Etudes. *La discrimination systémique : les exemples.* http://antidiscrimination-syndicat.org/definir_discrimination%20systemique.html.
[233] *Idem.*

citoyens français ont droit d'accès à la fonction publique et que seules leurs qualifications doivent permettre de les juger aptes ou non à accéder à la fonction publique française[234]. La capacité ou non pour un candidat d'accéder à la fonction publique doit être jugée en toute objectivité. En principe, il ne laisse place à aucune subjectivité. Les opinions politiques du candidat à l'emploi, comme ses croyances religieuses ou son appartenance syndicale, ne devraient pas conditionner son accès à la fonction publique. Le principe d'égalité était déjà, bien avant la jurisprudence BAREL, remarquablement ancré en droit de la fonction publique française. Sa particularité aujourd'hui est qu'il transcende les différentes générations de droits de l'homme puisqu'on le retrouve, selon des emplois variés, dans chacun des textes constitutionnels français formant aujourd'hui, pour l'essentiel, le droit positif. Il s'applique, sauf dispositions contraires, aux trois versants de la fonction publique française[235], tel qu'il figure dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789[236]. Avec la loi Le PORS[237], le législateur français a réitéré le principe de non-discrimination dans l'accès aux emplois de la fonction publique. La loi du 27 mai 2008 est venue, quant à elle, compléter la loi Le PORS en y intégrant expressément les termes de discrimination directe et indirecte prohibés dans le recrutement des agents de la fonction publique. D'où il ressort qu'aucune distinction, *directe* ou *indirecte* ne peut être faite entre les agents de la fonction publique[238] en raison d'une part de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, mais aussi de leur origine, de leur sexe, leur orientation ou identité sexuelle[239], de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race. Cette règle doit être respectée par l'administration lors du recrutement, durant la carrière ou l'exécution du contrat, et la mise en œuvre des procédures disciplinaires[240]. De même,

---

[234] C.E., Ass., 28 mai 1954, BAREL, Rec., Lebon p. 308, concl. M. LETOURNEUR ; GAJA, 17e éd., 2009, n° 70.

[235] La fonction publique d'Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière.

[236] Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. *Tous les Citoyens étant égaux* à ses yeux *sont également admissibles à* toutes dignités, *toutes places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*. D'où la non-discrimination par l'égal accès de tous aux emplois de la fonction publique.

[237] Article 6 de la loi n° 84-634 du 13 juillet 1983 dite "*loi Le PORS*" portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983, page 2174.

[238] Titulaires ou non titulaires.

[239] Article 4, VIII, de la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *op. cit.*

[240] Articles 6 et suivants de la loi portant droits et obligations des fonctionnaires, *op. cit.*

aucune mesure discriminatoire[241] ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire en prenant en considération le fait qu'il ait subi, ou encore, refusé de subir des agissements contraires au principe de non-discrimination ; le fait qu'il ait formulé un recours auprès d'un supérieur hiérarchique ou engagé une action en justice visant à faire respecter ce principe ; ou bien le fait qu'il ait témoigné d'agissements contraires à ce principe ou qu'il les a relatés.

[241] Concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation.

Graphique 2 : Distinguer la discrimination directe de la discrimination indirecte

**Nécessité de la distinction**
Si elles sont étroitement liées, la discrimination directe et la discrimination indirecte sont deux concepts juridiques différents, ce qui génère des conséquences dans leur application pratique (preuve, justification).

**Distinction au niveau de la nature de la mesure discriminatoire**
La discrimination directe et la discrimination indirecte peuvent être distinguées au niveau de la forme et de la substance de la mesure en question.

**Forme**
Apparence externe de la mesure qui peut être :
- soit explicitement discriminatoire ;
- soit apparemment neutre.

**Substance**
Effet de la mesure, qui peut :
- soit désavantager uniquement les membres d'un groupe, y compris lorsque cela est le fruit de la nature ou le résultat d'un règlement ayant force de loi ;
- soit désavantager les personnes des deux groupes, mais place celles de l'un des groupes dans une position particulièrement désavantageuse.

**Système**

| | **Mesure explicitement discriminatoire** | **Mesure apparemment neutre** |
|---|---|---|
| **Désavantage uniquement un groupe** | Discrimination directe ; exemple : Palacios de la villa (2007) | Discrimination directe ; exemple : Nikoloudi (2006), Maruko (2008) |
| **Désavantage les personnes des deux groupes, mais place celles de l'un des groupes dans une position particulièrement désavantageuse** | (non applicable) | Discrimination indirecte ; exemple : Bilka (1986), O'Flynn (1996) |

**Distinction au niveau de la justification**

La justification objective n'est généralement pas possible en cas de discrimination indirecte.

Source : Office des publications officielles de l'Union Européenne/Luxembourg 2008[242].

[242] TOBLER (C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Rapport thématique du réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, pour la Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances Unité G 2, 2008, Annexe, p. 95.

**C- Harcèlement**

Le harcèlement est la troisième forme d'expression de la discrimination. D'après le droit européen de la non-discrimination, le harcèlement traduit la situation dans laquelle un comportement indésirable, lié à la race ou aux origines ethniques, se manifeste, avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne, ainsi que de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant[243]. Dans le monde du travail, la relation existant entre les salariés et leurs employeurs peut se trouver minée par des intérêts en conflit. Ces situations conflictuelles peuvent porter atteinte à la dignité des salariés et de ce fait, constituer un harcèlement. Le droit français distingue pour sa part deux types de harcèlement, le harcèlement sexuel et le harcèlement moral, qui constituent des délits punis par le Code pénal. Est donc caractéristique du harcèlement sexuel, « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui, soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.»*[244]. De même, « *est assimilé au harcèlement sexuel, le fait , même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui soit recherché au profit de l'auteur des faits ou d'un tiers.* »[245]. Est caractéristique du harcèlement moral, « *le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.»*[246]. Il convient toutefois de préciser que si le harcèlement moral, qui ne se manifeste qu'au cours de l'exercice par le salarié de son activité professionnelle, et le harcèlement sexuel, dont pourrait être victime le candidat à l'emploi dès l'embauche et *à fortiori* pendant le déroulement de sa carrière, sont tous deux constitutifs d'un délit portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne, seul le harcèlement sexuel l'est, en plus, en tant qu'atteinte à la dignité de la personne d'où une discrimination[247]. Constitue dès lors une discrimination, « *toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont*

[243] Article 2, paragraphe 3, point b), de la directive n° 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000 p. 0022-0026.
[244] Article 222-33, I, du Code pénal.
[245] Article 222-33, II, du Code pénal.
[246] Article 222-33-2 du Code pénal.
[247] Article 225-1-1 (nouveau) du Code pénal.

*subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 ou témoigné de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'on pas été répétés. »*[248]. Dans ce cas précis, la discrimination est la résultante des faits de harcèlement sexuel[249].

A l'embauche, la discrimination résultant du harcèlement sexuel est caractérisée lorsque le recrutement d'un candidat à l'emploi n'intervient qu'après que l'employeur ou le recruteur ait obtenu de ce candidat, à son profit ou au profit d'un tiers, des actes de nature sexuelle. Autrement dit, l'obtention par l'employeur ou le recruteur de faveurs sexuelles de la personne du candidat à l'emploi conditionne l'embauche de ce dernier. Dans la relation de travail, elle s'entend du même comportement qui vient conditionner l'obtention, par le salarié, d'une rémunération plus conséquente, celle d'une promotion plus rapide, de divers autres avantages. Elle s'entend également des sanctions que pourrait subir le salarié qui s'y refuse ou qui en témoigne. La discrimination résultant de tels faits de harcèlement sexuel porte préjudice au candidat à l'emploi ainsi qu'au salarié, et crée, sur le lieu de travail, un environnement hostile, intimidant ou offensant. La prise en compte par le droit français de cette forme de discrimination résultant des faits de harcèlement sexuel, est récente et n'a été facile. En effet, si le droit européen de la non-discrimination reconnait le harcèlement qu'il soit sexuel ou moral comme une forme de discrimination, en droit français, ces notions existaient déjà sans lien avec la discrimination. Considérer le harcèlement sexuel comme une discrimination n'y est plus qu'une vérité historique d'avec laquelle la logique législative actuelle a bien rompu[250]. En effet, recherchant un fondement possible aux poursuites pour harcèlement sexuel, les tribunaux anglo-saxons avaient opté, au terme d'un raisonnement simple, pour celui de la non-discrimination[251]. En France, le déplacement géographique du texte relatif au harcèlement sexuel, du chapitre des discriminations à celui des agressions

[248] *Idem.*

[249] MOUREY (L.), *Les délits de harcèlement sexuel et de discrimination : retour sur une difficile association*, *(A propos de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel)*, in Petites Affiches, 24 septembre 2012, n° 191, p. 6.

[250] DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?*, Etude, La Semaine Juridique Edition générale n° 13, 31 mars 1993, I 3662.

[251] Le harcèlement est une conduite adoptée « en raison du sexe de la victime : si elle avait été de sexe différent, elle n'aurait pas été victime de tels comportements. Telle est l'optique de la recommandation de la Commission des communautés en date du 27 novembre 1991 JOCE n. L. 49.i, (sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, à laquelle est annexée un Code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel), largement inspirée par les jurisprudences anglo-saxonnes (Etats-Unis, Canada, Pays de Common Law).

sexuelles, indiquait bien que la dimension "*discrimination*" était définitivement délaissée[252]. En témoignait déjà, la rédaction de l'ancien article 222-33 du Code pénal, qui ne se référait nullement aux deux éléments constitutifs de la discrimination[253] . De même, l'article 225-1 du Code pénal, réprimant les discriminations sexistes, n'évoque pas le harcèlement sexuel. A l'inverse, les dispositions du Code du travail mentionnent la discrimination en évoquant la prohibition du harcèlement sexuel[254]. La discrimination résulte du choix professionnel fait par l'employeur, en considération de critères ou motifs déclarés non pertinents par la loi. La prohibition du harcèlement sexuel résulte, en France, de la loi relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail[255]. Toutefois , la logique législative semble avoir été "*repensée"*, suite à la décision du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité de l'ancien article 222-33 du Code pénal en date du 4 mai 2012[256], qui a eu pour conséquence l'abrogation de cet article et la création d'un nouvel article 222-33 définissant de manière plus précise les éléments constitutifs de l'infraction de harcèlement sexuel[257]. La loi du 6 août 2012 qui en a résulté définit certes mieux le harcèlement sexuel, mais reconnait surtout le lien pouvant existé entre ce délit et l'infraction de discrimination ; la discrimination pouvant effectivement découler des faits de harcèlement sexuel.

---

[252] Les raisons de ce décrochement sont nombreuses. Entre autres, le raisonnement présentant le harcèlement comme une discrimination peut paraître simpliste. La discrimination repose sur une conception abstraite du sexe, comme appartenance à une catégorie, à un groupe. Or, le harcèlement est une conduite individuelle : ce n'est pas seulement en raison de son sexe que la victime est harcelée, ce peut être en raison de son aspect physique, de son sex-appeal, voire de qualités morales et/ou intellectuelles. Pour qu'il existe vraiment une discrimination, il faudrait supposer que toutes les personnes "du sexe" soumises à la même autorité sont indistinctement poursuivies. De plus, la notion de discrimination inclut celle de dimension économique : elle laisse hors de son champ tous les harcèlements qui ne se traduisent par aucune conséquence matérielle.

[253] La distinction entre les sexes, et le préjudice économique.

[254] Article L. 1153-2 et suivants du Code du travail.

[255] Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 (JORF n° 257 du 4 novembre 1992, page 15255), elle-même modifiée par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JORF du 18 janvier 2002, page 1008, texte n° 1) pour en élargir l'incrimination. Dans le Code pénal, le délit de harcèlement sexuel a été introduit à l'article 222-33 par la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes (JORF n° 169 du 23 juillet 1992, page 9875).

[256] Depuis le 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a abrogé cet article 222-33 du Code pénal au motif « *qu'il permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution* ». Il en est résulté un vide juridique très important avec pour conséquence l'annulation des procédures en cours. Voir, *Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012 au JORF du 5 mai 2012, page 8815 (@ 150.*

[257] Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soient portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soient créent à son encontre un situation intimidante, hostile ou offensante. Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. Voir, *article 3, I, de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. JORF n° 0182 du 7 août 2012, page 12921, texte n° 1, ou article 225-1-1 nouveau du code pénal.*

Sont des faits de harcèlement sexuel, les menaces verbales ou physiques[258], les propos déplacés ou obscènes[259], les gestes déplacés[260], ou encore faire des compliments à une salariée, sur sa poitrine et ses jambes, lui poser des questions intimes, se livrer à des attouchements et lui faire des propositions à caractère sexuel[261]. Est également constitutif de harcèlement sexuel discriminatoire lors de l'embauche, la situation dans laquelle une ingénieure en informatique se présentant à un entretien d'embauche, s'entend dire par le Directeur qui agite une pile de curriculum vitae devant elle : « *Bien entendu, vous n'êtes pas la seule candidate. Êtes-vous disponible ? Il va vous falloir un petit plus* »[262]. Le harcèlement sexuel peut se manifester lors de la procédure d'embauche. Dans le travail, le harcèlement sexuel semble plus courant. Caractérise ainsi un harcèlement sexuel, le comportement d'un directeur financier dont le licenciement a été validé, parce que résultant du harcèlement sexuel sur la personne d'une subordonnée qui l'a dénoncé. Ledit comportement consistant, pour le cadre, à tenter de l'embrasser contre son gré et sur son lieu de travail, à l'emmener à son domicile tout en renouvelant à cette occasion des avances sexuelles, et en l'appelant fréquemment par téléphone pour dénigrer la relation affectueuse que celle-ci entretenait avec un tiers ; ce qui avait fini par provoquer une angoisse et même une dépression chez la jeune femme[263].

Le harcèlement moral s'entend de tous les agissements répétés, qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail du salarié. Cette dégradation est susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel[264]. Force est ainsi de constater que le harcèlement moral suppose, pour être reconnu, des agissements répétés et n'est en lui-même assimilable à aucune autre forme de discrimination. Mais la définition nouvelle du harcèlement moral telle qu'issue de la loi du 27 mai 2008 est beaucoup plus large que celle antérieurement prévue par le Code du travail car elle vise « *tout agissement* », admettant ainsi qu'un acte isolé puisse caractériser un harcèlement. De plus, la nouvelle loi définit le

[258] Paris, 1er décembre 1997 : Dr. ouvrier 1999. 2050, note MINE (menaces verbales) : Paris, 18 janvier 1996 : Dr. ouvrier 1997.76.
[259] Rennes, 26 juin 1997 : Juris-Data, n° 04660.
[260] Chambéry, 18 janvier 2000 : RJS 4/2000, n° 371.
[261] Paris, 11ème chambre. B, 25 avril 2001 : Juris-Data n° 144505.
[262] AVFT, Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail, dotée du statut consultatif spécial auprès du Conseil Economique et Social de l'ONU ; www.avft.org.
[263] Soc. 24 septembre 2008 : JCP S 2008. 1537, obs. LEBORGNE-INGELEARE.
[264] Articles 222-33-2 du Code pénal et L. 1152-1du Code du travail.

harcèlement moral par rapport à des motifs exprès tel que l'âge ou l'apparence physique. De manière générale, les comportements hostiles ou ressentis comme tels par les salariés dans une entreprise revêtent différentes formes. Il s'agit par exemple des comportements méprisants[265], des atteintes dégradantes[266], du déni de reconnaissance de travail[267] et de "*mises au placard*" ou conditions de travail dégradantes[268]. En France aujourd'hui, 1 salarié sur 6 s'estime victime de comportements hostiles dans le cadre de son travail. Ce qui vient confirmer les résultats de l'enquête Sumer 2003[269] où, sur 25 000 salariés interrogés, 1,9 % ont déclaré subir des atteintes dégradantes de la part d'une ou de plusieurs personnes dans leur travail ; 8,9 % ont déclaré être confrontés au déni de reconnaissance de leur travail et 6,5 % ont déclaré être concernés par des comportements méprisants. Ces données, qu'on pourrait cumuler aux nombreux cas de suicides dans les grandes entreprises comme France Télécom[270] dus aux conditions de travail extrêmement stressantes[271], renvoient, au devant de la scène, le problème du harcèlement moral dans le monde du travail. Comme pour le harcèlement sexuel, le Code du travail énonce qu' « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés »*[272]. Le cas échéant, l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.

Constituent des faits caractéristiques de harcèlement moral en raison de leur conjonction et leur répétition, le retrait sans motif à une salariée de son téléphone portable à usage professionnel, l'instauration d'une obligation nouvelle et sans justification de se présenter tous les matins au bureau de sa supérieure hiérarchique, l'attribution de tâches

[265] Propos désobligeants ou calomnieux, sarcasmes, mises à l'écart.
[266] Insinuations tendancieuses ou avilissantes, humiliations ou brimades, insultes obscènes, comportements à connotation sexuelle.
[267] Critiques injustifiées, attributions de tâches dénuées de sens ou de missions inadaptées aux compétences du salarié.
[268] *Harcèlement et violences au travail* ; Extrait de l'article paru sur le site www.inrs.fr 04/08/2009.
[269] BUE (J.), SANDRET (N.), *Sumer 2003 : un salarié sur six estime être l'objet de comportements hostiles dans le cadre de son travail*, Etudes et enquêtes. TF 174. Paru dans DMT n° 115, 2008, 9 p.
[270] DE LA BROSSE (J.), *Le harcèlement moral au travail*, Article in L'express ; www.lexpress.fr; 14/09/2009.
[271] La politique du chiffre et le management par la peur.
[272] Article L. 1152-2 du Code du travail.

sans rapport aucun avec ses fonctions, faits générateurs d'un état dépressif médicalement constaté et nécessitant des arrêts de travail. La conjonction et la répétition de ces faits constituent un harcèlement moral[273]. Peuvent également constituer un harcèlement moral des agissements ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail, susceptibles de porter atteinte aux droits, à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre sa vie professionnelle[274]. De même, le fait d'installer une salariée avec une de ses collègues dans un bureau aux dimensions restreintes, qu'elle ait été laissée pour compte et que le travail qui lui était confié se limitait à l'archivage et à des rectificatifs de photocopies, est caractéristique du harcèlement moral[275] ; ou, des méthodes de gestion consistant pour un supérieur hiérarchique à soumettre ses subordonnés à une pression continuelle, des reproches incessants, des ordres et contre-ordres dans l'intention de diviser l'équipe, se traduisant pour le salarié par sa mise à l'écart, un mépris affiché à son égard, et l'absence de dialogue caractérisé par une communication par l'intermédiaire d'un tableau, ayant pour conséquence un état dépressif, quand bien même l'employeur aurait pu prendre des dispositions en vue de les faire cesser[276]. Le harcèlement moral est caractérisé dès lors que l'employeur impose à un salarié de manière répétée, au mépris des prescriptions du médecin du travail, d'effectuer des tâches de manutention lourde qui avaient provoqué de nombreux arrêts du travail puis, au vu des avis médicaux successifs, avait proposé des postes d'un niveau inférieur[277].

La discrimination directe, la discrimination indirecte et le harcèlement entendu comme la discrimination résultant de faits de harcèlement sexuel, sont les trois notions qui permettent de définir le délit de discrimination à l'embauche par la prise en compte de la forme d'expression de la mesure discriminatoire. Il convient de noter que le droit européen de la non-discrimination prohibe également l'injonction discriminatoire, comme étant une quatrième forme de discrimination, même s'il n'en donne pas une définition juridique[278]. L'injonction discriminatoire peut néanmoins être appréhendée comme la situation où une

[273] Soc. 27 octobre 2004 : Bull. civ. V. n° 267 ; Dr. soc. 2005. 100, obs. ROY-LOUSTENAU.
[274] Soc. 24 septembre 2008 : D. 2009. Pan. 590, obs. WOLMARK.
[275] Soc. 10 novembre 2009 : D. 2009. AJ 2857, obs. MAILLARD
[276] Soc. 10 novembre 2009 : RJS 2010. 17, n° 8 ; RDT 2009. 109, obs. RADE.
[277] Soc. 28 janvier 2010 : D. 2010. AJ 447 ; RDT 2010. 239, obs. PIGNARRE.
[278] Voir, *article 2 de 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 ethnique.* Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000, p. 0022-0026.

personne enjoint une autre de pratiquer une discrimination directe ou indirecte, ou encore un harcèlement sur une tierce personne. L'injonction discriminatoire, pouvant se traduire lors de l'embauche à travers l'incitation ou l'ordre donné par l'employeur, qui se fonde sur l'un des motifs discriminatoires énumérés dans le paragraphe 1er de cette section, à toute personne intervenant dans le processus de recrutement de ne pas embaucher un candidat à l'emploi, est prohibée. Toutefois, nous n'en ferons pas le développement dans le présent développement parce que bien qu'elle soit prohibée et sanctionnée en droit pénal français, l'injonction discriminatoire ne l'est pas au titre du délit de discrimination. Elle constitue, en droit pénal français, deux autres infractions bien précises. La première est la *provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence,* constitutive d'une infraction de type contravention de 5ème classe contre les personnes[279] ; la deuxième est *la provocation publique à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale,* constitutive d'un crime ou d'un délit, selon les circonstances de l'espèce[280]. Qu'elle soit directe ou indirecte, qu'elle résulte des faits de harcèlement sexuel, la discrimination à l'embauche est prohibée dans notre pays. Toutefois, il existe quelques cas, qui sont limitativement énumérés par la loi et pour lesquels des différences de traitement sont autorisées. Quels sont-ils exactement?

[279] Article R 625-7 du code pénal.
[280] Articles 23 et 24 al. 6 et 8 de la loi sur la liberté de la presse. JORF du 30 juillet 1881 page 4201.

Graphique 3 : Les différentes formes de discrimination

**Une seule forme de discrimination**

Au départ, le terme « discrimination » signifiait « traitement inégal de situations comparables fondé explicitement sur un critère interdit ».

**D'après la jurisprudence de la Cour de justice européenne : discrimination directe et discrimination indirecte**

Ensuite la Cour a établit une distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte : voir par exemple les arrêts Ugliola (1969), Sabbatini (1972), Sotgiu (1974), Bilka (1986), et O'Flynn (1996).

**Dernière génération de directives : quatre formes de discrimination**

Directive 2000/43/CE (directiverelative à l'égalité raciale), Directive 2000/78/CE (directive sur l'égalité de traitement en matière d'emploi), Directive 2002/73/CE (amandement de la directive 76/207/CEE sur l'égalité des sexes, Directive 2004/113/CE (directive sur l'égalité des sexes dans l'accès aux biens et aux services), directive 2006/54/CE (refonte de la directive sur l'égalité des sexes).

| Discrimination directe | Discrimination indirecte | Harcèlement | Injonction de discrimination |
|---|---|---|---|
| Exemple : article2, paragraphe 2, point a), de la directive 2000/43/CE : « lorsque, pour des raisons de race ou d'origine, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ». | Exemple : article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/43/CE : « lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette dispostion, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires. | Exemple : article 2, paragraphe 3, point a), de la directive 2000/43/CE : « lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou aux origines ethniques se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».<br>NB : La loi sur l'égalité des sexes fait la distinction entre le harcèlement et le harcèlement sexuel. | Mentionnée par exemple à l'article 2 , paragraphe 4, de la directive 2000/43/CE, mais sans définition : « situation dans laquelle une personne enjoint une autre de pratiquer une discrimination directe ou indirecte ou un harcèlement sur une tierce personne ». |

| Définition juridique | Pas de définition juridique |
|---|---|

Source : Office des publications officielles de l'Union Européenne/Luxembourg 2008[281].

[281] TOBLER (C.), *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte, op. cit.* Annexe, p. 92.

## **Section 2** : **Différences de traitement légales**

S'il est de principe que la discrimination à l'embauche, fondée sur les critères énumérés par la loi, est prohibée en droit français[282], le principe d'égalité de traitement qui justifie ces interdictions n'exclut pas pour autant certaines différences de traitement. Pour cela, ces différences de traitement dites légales doivent être objectivement, pertinemment et réellement justifiées. En ce sens, la législation française s'inscrit dans le même sillage que la législation européenne. Elle autorise des différences de traitement entre les candidats à l'emploi, mais aussi entre les salariés, à la double condition qu'elles soient justifiées par *une exigence professionnelle essentielle et déterminante* d'une part, et d'autre part *pour autant que l'objectif alors recherché soit légitime et l'exigence proportionnée*[283]. L'idée étant de ne surtout pas voir, dans tout refus d'embauche, la manifestation d'un acte discriminatoire. C'est en raison de l'âge ou de l'apparence physique (**Paragraphe 1**), de l'état de santé ou du handicap (**Paragraphe 2**) et du sexe (**Paragraphe 3**) que ces différences de traitement sont admises.

### **Paragraphe 1 : Différences de traitement admises en raison de l'âge ou de l'apparence physique**

Le Code pénal énonce que les dispositions qui déterminent les situations dans lesquelles la discrimination, lorsqu'elle est commise à l'égard d'une personne physique ou morale est punie[284], ne s'appliquent pas lors de l'embauche aux discriminations fondées sur l'âge ou l'apparence physique. Il en est ainsi lorsqu'un tel critère constitue *une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée*[285]. Le Code du travail[286] reprend dans sa rédaction les dérogations prévues par la directive 2000/78/CE [287] relatives aux différences de traitement autorisées

[282] Articles 225-1, 225-1-1, 225-2, 3° du Code pénal et L. 1132-1 du Code du travail.
[283] Article 225-3 du Code pénal et article L. 1133-1 du Code du travail.
[284] Article 225-2 du Code pénal.
[285] Article 225-3, 3° du Code pénal.
[286] Article L. 1133-2 du Code du travail.
[287] Articles 4 et 5 de la 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. Journal officiel n° L 303 du 02/12/2000 p. 0016-0022.

en matière de lutte contre les discriminations à l'embauche fondées sur l'âge[288]. En effet, il dispose que : « *les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réalisation de ce but sont nécessaires et appropriés* ». Ces différences peuvent 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[289]. Elles peuvent également résulter de la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou sur la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite[290]. L'interdiction de discriminer une personne en raison de son âge n'avait été acceptée qu'en deuxième lecture à l'Assemblée, du fait de la demande du Sénat et des amendements de certains députés. Cette inscription dans le Code du travail a été assortie de dérogations afin d'éviter la remise en cause des politiques d'emploi fondées sur l'âge.

La pertinence de cet ajout ne fait aucun doute notamment en considération du débat actuel sur le prolongement de la vie active. De plus cette référence à l'âge avait déjà été recommandée par le droit social international dans les recommandations de l'OIT[291]. Le droit interne était alors très limité, n'évoquant que l'interdiction de faire publier, dans un journal, une offre d'emploi comportant la mention relative à une limite d'âge supérieure exigée du postulant[292]. Toutefois cette interdiction ne concernait pas les offres fixant les conditions relatives à l'âge imposé par des textes législatifs et réglementaires. En revanche, aux Etats-Unis depuis 1967, certains Etats ont une législation contre la discrimination des salariés âgés[293]. Les différences de traitement fondées sur l'âge sont ainsi autorisées et ne constituent pas une discrimination dans la mesure où elles sont objectivement justifiées par un but légitime et lorsque les moyens de le réaliser sont nécessaires et appropriés. Le du Code du travail reprend les caractéristiques, édictées par le droit européen, que doivent

[288] MUIR (E.),*L'interdiction des discriminations fondées sur critère d'âge en matière d'emploi : une révolution culturelle ?*, Document de travail/Fondation pour l'innovation politique. Décembre 2008. www.fondapol.org.
[289] Article L. 1133-2, 1° du Code du travail.
[290] Article L. 1133-2, 2° du Code du travail.
[291] Organisation international du travail, voir recommandations n° 122 de 1964 et n° 162 de 1980.
[292] Ancien article L. 311-4 du Code du travail.
[293] Salariés de plus de 40 ans. Voir, MINE (M.), *op. cit.*, p. 14.

revêtir toutes les justifications[294]. Elles ne sont actuellement précisées dans la loi, que pour le critère de l'âge[295]. Il ne saurait y avoir de discrimination à l'embauche fondée sur l'âge du salarié, du moment où la décision prise par l'employeur a pour but de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs ou lorsqu'une telle mesure s'inscrit dans le cadre de la politique de l'emploi. Cette formulation permettait d'ailleurs de ne pas qualifier les contrats réservés aux jeunes[296] comme de la discrimination. En réalité, sous prétexte de favoriser leur accès à l'emploi, ils les confinaient dans des emplois précaires. Il n'est pas certain d'ailleurs que la Cour de justice de l'Union européenne[297] eut admis, dans l'hypothèse où elle en fut saisie, cette justification parce que les emplois en question créaient surtout du sous-emploi et de la précarité sans leur donner la possibilité d'accéder réellement à l'emploi[298]. La liste des travaux interdits aux salariés de moins de 18 ans, en raison du danger qu'ils présentent, est inscrite dans le Code du travail aux articles R. 234-11 et suivants. D'autres travaux, comme le port de charges et l'emploi aux étalages extérieurs, sont aussi réglementés en raison de leur pénibilité.

La jurisprudence européenne fait de ces différences de traitement autorisées un *principe général du droit de l'Union Européenne*[299]. En effet, les conditions de cessation d'une relation de travail en raison de l'atteinte de l'âge légal de départ à la retraite entrent dans le champ d'application de la directive du 2000/78/CE qui prohibe les discriminations fondées sur l'âge. Des motifs légitimes peuvent justifier une telle discrimination à condition que la mesure prise soit nécessaire et proportionnée. L'Etat n'a pas l'obligation d'expliciter, dans la norme de transposition, le contenu de ces motifs ni d'en établir une liste limitative ; il revient au juge de vérifier si la discrimination en cause se rattache à un objectif légitime de politique sociale ; la prise en compte des intérêts particuliers de l'employeur ne saurait

[294] Article L. 1131-1 du Code du travail.
[295] MOREAU (M.-A.), *Les justifications des discriminations* ; droit Social, n° 12 décembre 2002, p 1120.
[296] CNE (contrat de travail nouvelles embauches) créé par ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail "nouvelles embauches", JORF n° 179 du 3 août 2005 page 12689 texte n° 25 et CPE (contrat première embauche) créé par l'article 8 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. JORF n° 79 du 2 avril 2006 page 4950. Contrats abrogés respectivement par ordonnance n° 2007-329 du 27 mars 2007, article 12, 25° au JORF du 13 mars 2007 et par la loi n° 2006-457du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise. JORF n° 95 du 22 avril 2006 page 5993 texte n° 1.
[297] CJUE.
[298] GIRARD (C.), *op. cit*, p.46.
[299] LAULOM (S.), *Non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit de l'UE*, Article Forum- REFLEXIONS, Semaine sociale Lamy, n° 1432, 8 février 2010, p. 6.

suffire[300]. Selon l'article 6 § 1er de la directive n° 2000/78/CE, les Etats membres de l'Union peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime dans le cadre du droit national. Notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ; Il appartient alors aux juges du fond de rechercher si la cessation des fonctions de pilote à l'âge de soixante ans était nécessaire à leur réalisation[301]. Ou, s'agissant d'une salariée de l'Opéra de Paris engagée en qualité de régisseur de production puis de chef du service patrimoine[302]. L'article 4 § 1er de la même directive doit être interprété comme ne s'opposant pas à une règlementation nationale dès lors qu'en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions relatives à son exercice, la caractéristique de l'âge qui est en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Tel est le cas de la règlementation nationale qui fixe à 30 ans l'âge maximal pour le recrutement dans le cadre du service technique intermédiaire des pompiers[303], ou celle qui fixe la limite d'âge à 68 ans pour les dentistes conventionnés, limite justifiée par les compétence de ces dentistes et la préservation de l'équilibre financier du régime légal d'assurance maladie[304]. Il incombe alors à la juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, d'assurer le respect du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, principe général du droit de l'Union consacré par la directive 2000/78/CE[305], en laissant inappliquée toute disposition contraire de la réglementation nationale[306].

Lorsque les différences de traitement, qui se fondent sur l'âge, représentent une exigence professionnelle essentielle, déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime et que les moyens de le réaliser sont nécessaires et appropriés, celles-ci sont admises. Qu'en est-il alors des autres différences de traitement également admises ?

[300] CJCE 5 Mars 2009:RDT 2009. 385, obs. SCHMITT; JS Lamy, 2009, n° 245-3; JCP S 2009. 1188, obs. CAVALLINI.
[301] Soc. 11 mai 2010. Actu. 1357 ; RDT 2010. 587, obs. MERCAT-BRUNS.
[302] Soc. 11 mai 2010 : D. 2010. Actu. 1358.
[303] CJUE 12 janvier 2010. 237, obs. SCHMITT ; Sem.soc. Lamy, 2010 n° 1432, page 5, note LAULOM.
[304] CJUE 12 janvier 2010 : RDT 2010. 237, obs. SCHMITT *op. cit.*
[305] Portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *op. cit.*
[306] CJUE 19 janvier 2010, KÜCÜKDEVECI. Affaire C-555/07.

**Paragraphe 2 : Différences de traitement admises en raison de l'état de santé ou du handicap**

Le Code pénal énonce que les dispositions de l'article 225-2 ne s'appliquent pas « *aux 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 ; Toutefois, ces discriminations sont punies lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie »*[307]. De même, les dispositions de l'article 225-2 ne sont pas applicables « *aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du Code du travail*[308]*, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique* »[309]. Le Code du travail vient, à son tour, préciser que les différences de traitement, lorsqu'elles sont fondées sur l'inaptitude médicalement constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé, du handicap, ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées[310]. De plus, les mesures prises en faveur des personnes handicapées pour favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination[311].

Dans le but de garantir le respect principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés notamment, les employeurs ont l'obligation de prendre, en fonction des besoins dictés par une situation concrète, les mesures appropriées pour leur permettre d'accéder à un emploi ou d'en conserver un qui correspond à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser, et, pour qu'une formation adaptée aux besoins qui sont les leurs leur soit dispensée. Sous réserve que les charges consécutives à la mise en œuvre de ces mesures ne soient pas disproportionnées, compte tenu des aides qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par les employeurs. Les dites mesures appropriées prises au profit des seules personnes handicapées et qui visent ainsi à favoriser l'égalité de

[307] Article 225-3, 1° du Code pénal.
[308] Titre IV du livre II du Code du travail.
[309] Article 225-3, 2° du Code pénal.
[310] Article L. 1133-3 du Code du travail.
[311] Article L. 1333-4 du Code du travail.

traitement, ne constituent aucunement une discrimination. C'est au contraire le refus par l'employeur de les prendre qui serait constitutif d'une telle discrimination[312].

**Paragraphe 3 : Différences de traitement admises en raison du sexe**

Le Code pénal dispose de manière trop succincte que les dispositions relatives aux comportements discriminatoires, ne sont pas applicables, en matière d'embauche, aux discriminations qui se fondent sur le sexe. Notamment lorsque ce critère du sexe constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée[313]**.** Les articles du Code du travail sont eux davantage conséquents dans les développements relatifs à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. De façon plus détaillée, ils reprennent les prohibitions existant en termes de discrimination fondée sur le sexe du candidat en disposant que sous réserve de dispositions particulières nul ne peut : mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe du candidat recherché[314] - cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé - ; refuser d'embaucher, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe[315]; prendre en considération du sexe, toute mesure liée à la rémunération, la formation, l'affectation, la qualification, la classification, la promotion professionnelle ou la mutation[316]. En relevant que : lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, ils précisent en plus les conditions dans les quelles les différences de traitement en raison du sexe sont admises[317].

Par la même occasion, le législateur renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer, après avis des organisations d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national, la liste des emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante. Cette liste, qui

[312] Article L. 5213-6 du Code du travail.
[313] Article 225-3, 3° du Code pénal.
[314] Article L. 1142-1, 1° du Code du travail.
[315] Article L. 1142-1, 2° du Code du travail.
[316] Article L. 1142-2, 3° du Code du travail.
[317] Article L. 1142-2 du Code du travail.

est révisée périodiquement, retient pour exemples d'emplois et d'activités professionnelles pour lesquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue une condition déterminante[318] les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, les mannequins chargés de présenter vêtements et accessoires ainsi que les modèles masculins et féminins. Certains travaux considérés comme dangereux ne peuvent en général être pourvus que par des candidats de sexe masculin. Il s'agit des travaux souterrains des mines et des carrières, en raison de l'exposition à l'action de la silice.

Les salariés, dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont pas en reste. En effet, « *est nulle, toute clause d'une convention ou d'un accord collectif de travail ou d'un contrat de travail qui réserve le bénéfice d'une quelconque mesure, à un ou à des salariés, en considération du sexe. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque la clause a pour objet l'application des dispositions relatives : à la protection de la grossesse et de la maternité*[319] *; à l'interdiction d'emploi prénatal et postnatal*[320] *; à l'allaitement*[321] *; à la démission de la salariée en état de grossesse médicalement constaté*[322] *; au congé de paternité*[323] *et au congé d'adoption*[324] *»*[325]*.* Cependant, les dispositions qui précèdent[326] ne font pas obstacle aux mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes pour établir l'égalité des chances entre les hommes et elles, notamment en remédiant aux inégalités de fait affectant leurs chances. Lesdites mesures résultent soit de dispositions réglementaires prises dans le domaine du recrutement, de la formation, de la promotion, de l'organisation et des conditions de travail ; soit de stipulations de conventions de branches étendues ou d'accords collectifs étendus ; soit de l'application du plan relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes[327].

La jurisprudence est assez fournie sur le sujet. Lors de l'embauche, l'existence d'un questionnaire hommes et d'un questionnaire femmes suffit à caractériser le caractère

[318] Article R. 1142-1, 1°, 2° et 3° du Code du travail.
[319] Articles L. 1225-1 à L. 1225-28 du Code du travail.
[320] Article L. 1225-29 du Code du travail.
[321] Articles L. 1225-30 à L. 1225-33 du Code du travail.
[322] Article L. 1225-34 du Code du travail.
[323] Articles L. 1225-35 à L. 1225-36 du Code du travail.
[324] Articles L. 1225-37 à L. 1225-45 du Code du travail.
[325] Article L. 1142-3, 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, et 6° du Code du travail.
[326] Article L. 1142-1 et L. 1142-3 du Code du travail, *op. cit.*
[327] Article L. 1142-4, 1°, 2° et 3° du Code du travail.

discriminatoire de l'épreuve[328]. Un employeur viole directement le principe d'égalité de traitement énoncé par la directive 76/207/CE du 9 février 1976 s'il refuse de conclure un contrat de travail avec une candidate qu'il avait jugée apte, lorsque ce refus est fondé sur les conséquences dommageables éventuelles qui résulteraient pour lui de l'engagement d'une femme en état de grossesse. La circonstance qu'aucun candidat de sexe masculin ne se soit présenté étant indifférente[329]. Le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes s'oppose à une réglementation nationale privant une femme du droit d'être notée, par conséquent d'une promotion, parce qu'elle a été absente en raison d'un congé maternité[330]. Une salariée, pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, ne peut se la voir refuser en raison de la survenance d'un congé maternité ; l'employeur se rend coupable de discrimination illicite[331]. Est contraire à la directive 76/207/CE du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement, la rupture du contrat de travail d'une danseuse de l'Opéra pour survenance de l'âge conventionnel de la retraite, alors que l'âge est de quarante-cinq ans pour les hommes et quarante ans pour les femmes[332]. La directive 76/207/CE du 9 février 1976 s'oppose également au licenciement, pour motif lié à la conversion sexuelle, d'un transsexuel[333]. De même, n'est pas conforme à la directive 76/207/CE du 9 février 1976 la disposition d'une règlementation nationale énonçant qu'à compétences égales une priorité de recrutement est accordée aux candidats féminins dès lors que les femmes ne représentent au minimum la moitié des effectifs dans les services considérés[334]. Le droit européen, primant sur les législations nationales des pays membres de l'Union, autorise la juridiction prud'homale a jugé qu'une disposition du statut personnel d'un établissement ne peut faire obstacle à l'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes résultant des textes européens[335].

Il importe donc de retenir que faire référence au critère du sexe dans une offre d'emploi ou alors prendre en considération l'appartenance, du candidat au recrutement, à

[328] T. corr, Paris, 13 mars 1991 : Dr. ouvrier 1993. 35, obs ALVAREZ-PUJANA.
[329] CJCE 8 novembre 1990 : D. 1992. Somm. 288, obs. LANQUETIN.
[330] Soc. 16 juillet 1998 : Bull. civ. V, n° 392 ; Dr. soc. 1998. 947, note LANQUETIN.
[331] Soc. 16 décembre 2008 : D. 2009. AJ 171, obs. PERRIN.
[332] Paris, 26 septembre 1996 : Gazette du Palais, 1997. 1. 21, concl. BONNET.
[333] CJCE 30 avril 1996, P. c/ S. et Cornwall County Council: D. 1997. Somm. 212, obs. RIDEAU.
[334] CJCE 17 octobre 1995, KALANKE : D. 1996. 221, note CLERGERIE.
[335] Soc. 18 décembre 2007 : RJS 2008. 251, n° 319; JS Lamy 2008, n° 226-5; Dr. soc. 2008, 246, obs. RADE.

l'un ou l'autre sexe[336], comme critère d'embauche, est par principe prohibé. Cependant, la référence à l'appartenance à l'un ou l'autre sexe du candidat recherché est admise lorsque celle-ci est une condition déterminante pour l'exercice de l'emploi proposé. Par conséquent certains emplois peuvent être réservés ou alors interdits aux candidats de l'un ou l'autre sexe en raison notamment de leur dangerosité, pénibilité ou spécificité. C'est uniquement lorsque l'âge ou l'apparence physique, l'état de santé ou le handicap, et l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répondent à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, que la prohibition des discriminations fondées sur ces différents motifs dans le travail[337] n'est plus opérante. Les différences de traitement sont alors admises. Notons que le Code pénal admet également les différences de traitement constituées par les refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsque ceux-ci résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la Fonction publique[338].

## Conclusion

Définir le délit de discrimination à l'embauche a été un préalable indispensable à l'étude de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche. L'étude nous a permis de déterminer les cas de discrimination à l'embauche[339] en fonction d'abord du critère prohibé sur lequel ils se fondent[340], et ensuite selon la forme par laquelle ils se manifestent[341]. De plus, la distinction a pu être opérée entre ces cas de discrimination à l'embauche sanctionnés en droit pénal et les différences de traitement qui sont légales[342]. La nécessité de déterminer avec précision les différents comportements discriminatoires à l'embauche et les distinguer des différences de traitement qui sont admises, contribue aux exigences de clarté et de précision de la loi pénale qui permet ainsi d'éviter l'arbitraire dans la qualification des cas d'espèce que l'on pourrait rencontrer. Il convient, selon nous, de louer cet effort de précision dans la définition des différents cas constitutifs de l'infraction

[336] Masculin et féminin.
[337] Recrutement, rémunération, gestion de carrière, licenciement.
[338] Article 225-3, 5° du Code pénal.
[339] Voir *supra*, *Section 1 : Cas de discrimination à l'embauche pénalement sanctionnés*, p. 29.
[340] Voir *supra*, *Paragraphe 1 : Classification en fonction des motifs prohibés*, p. 29.
[341] Voir *supra*, *Paragraphe 2 : Classification en fonction de la forme de la mesure discriminatoire*, p. 55.
[342] Voir *supra*, *Section 2 : Différences de traitement légales*, p. 72.

discrimination vécus lors de l'embauche. Cependant, certains points dans la définition du délit de discrimination soulèvent des interrogations. C'est le cas à propos de l'identification des critères de discrimination prohibés par l'article 225-1 du Code pénal. Certes, on peut saluer la reconnaissance d'un 19ème critère de discrimination dans la liste des critères de discrimination établie par l'article 225-1 du Code pénal. L'intégration du critère de l'identité sexuelle dans cette liste, critère de discrimination qui n'a pas reçu de définition juridique mais qui renvoie à la transsexualité, témoigne de la prise en compte par la société française de la réalité discriminatoire qui résulte de la transphobie. Mais, il semble curieux que le gouvernement ait refusé d'amender « *l'identité sexuelle* » par « *l'identité de genre* » au motif que cette notion n'est pas définie dans le droit, alors même que l'identité sexuelle n'est pas non plus définie dans notre droit positif. Et pourtant, on ne saurait nier les évidences de la réalité discriminatoire que vivent les personnes dites transgenres, entendues comme celles qui gardent le sexe biologique de naissance mais prennent l'apparence du sexe opposé. De plus, c'est bien la notion d'identité de genre qui est reconnue par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans « *Droits de l'homme et identité de genre* »[343]. C'est encore l'identité de genre qui est au cœur de la résolution 1728 du Conseil l'Europe de 2010, dite « *discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre* »[344] et signée le 29 avril 2010 par la France. Le gouvernement aurait pu, à l'occasion de la loi du 6 août 2012, inscrire le critère de l'identité de genre parmi les critères de discrimination et, de la sorte, commencer à légiférer sur ce sujet dont il ne nie pas la réalité discriminatoire dans notre société actuelle. Néanmoins, la France peut se réjouir d'avoir effectivement l'un des systèmes les plus fournis concernant la définition des comportements discriminatoires interdits lors de l'embauche.

Il ne semble pas en être de même chez nos voisins européens, eux aussi engagés dans la lutte contre les discriminations dans l'emploi[345]. En effet, seuls le Danemark et les Pays-Bas disposent d'une loi générale prohibant toutes les discriminations sur les lieux de

[343] HAMMARBERG (T.), *Droit de l'homme et identité de genre*, Document thématique du Commissaire aux droits de l'homme, juillet 2009, 51 p.

[344] Stipulant que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre peut être exacerbée en raison du sexe et du genre, les femmes lesbiennes, bisexuelles et transgenres, en particulier, courant un risque accru de violence. Voir, *Discussion par l'Assemblée le 29 avril 2010* (Doc. 12185, rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme et Doc. 12197, avis de la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes). Texte adopté le même jour, 17 e séance.

[345] Service des Affaires européennes du Sénat français, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, Etude de législation comparée, décembre 2000. http://www.senat.fr/lc/lc82/lc82.html.

travail. La législation danoise prohibe toute différence de traitement[346] fondée la race, la couleur de la peau, la religion, l'opinion politique, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, sociale ou ethnique[347]. En Hollande, la loi sur l'égalité de traitement[348], s'appliquant à tous les domaines de la vie sociale, prohibe toute différence de traitement, directe ou indirecte, fondée sur la religion, les convictions personnelles, les opinions politiques, la race, le sexe, la nationalité, l'orientation sexuelle ou l'état civil. Les discriminations à l'embauche, dans les conditions de travail, pour l'avancement, pour l'admission à une formation ou lors de la rupture du contrat de travail, sont expressément prohibées[349]. En Belgique et en Grande-Bretagne, seules certaines discriminations sont interdites. La législation belge sanctionne toute personne auteure d'une discrimination fondée sur la race, l'ascendance, l'origine et la nationalité. Cette interdiction s'applique à l'offre d'emploi, au recrutement, au placement, à la formation professionnelle, à l'exécution du contrat de travail et au licenciement[350]. Le législateur anglais a, pour sa part, procédé par touches successives : après l'adoption de la loi sur la discrimination sexuelle[351], il a légiféré sur les discriminations raciales[352], puis sur les discriminations fondées sur le handicap[353]. La loi sur les discriminations raciales de 1976 se subdivise en plusieurs parties dont l'une d'elle est consacrée au domaine de l'emploi où elle interdit aux employeurs « *toute discrimination, directe ou indirecte, aussi bien à l'égard des candidats à un emploi que des salariés déjà recrutés* ». Ces interdictions sont reprises actuellement par la loi sur l'égalité[354]. Les législations allemande et espagnole recourent à des dispositions éparses du droit du travail. En Allemagne, outre le principe général de non-

[346] A l'embauche, à l'occasion d'une mutation, d'une promotion, d'un licenciement, ou dans le cadre de la formation professionnelle.
[347] Articles 1, 2, 3, 4 et 5 de loi du 12 juin 1996 portant interdiction de toute discrimination sur le marché du travail.
[348] Loi du 2 mars 1994 sur l'égalité de traitement.
[349] Article 90 quater du Code pénal néerlandais.
[350] Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Elle a été compétée par la loi du 12 avril 1994 qui introduit d'une part, une définition de la discrimination et, d'autre part, un article relatif a la discrimination raciale en matière d'emploi.
[351] *Sex Discrimination Act* ou loi sur la discrimination sexuelle du 12 novembre 1975.
[352] *Race Relations Act* ou loi sur les discriminations raciales du 22 novembre 1976.
[353] *Disability Discrimination Act* ou loi relative à la discrimination à l'égard des handicapés du 8 novembre 1995.
[354] L'Equality Act ou loi sur l'égalité du 8 avril 2010 vise la simplification de la législation relative à la lutte contre les discriminations en Grande-Bretagne. Elle regroupe en un seul texte de loi, l'*Equal Pay Act* de 1970, le *Sex Discrimination Act de 1975*, le *Race Relations Act* de 1976, le *Disability Discrimination Act* de 1995, l'*Employment Equality Regulations (sexual orientation)* de 2003 et l'*Employement Equality Regulations (Age)* de 2006.

discrimination[355], certaines dispositions législatives interdisent explicitement les pratiques discriminatoires en matière d'emploi[356]. Par ailleurs, les juridictions du travail appliquent méticuleusement le principe d'égalité de traitement, lequel principe interdit à l'employeur *toute différence de traitement reposant sur des motifs subjectifs ou arbitraires.* En Espagne, les dispositions interdisant les pratiques discriminatoires dans l'entreprise sont également dispersées. Cependant, les victimes se trouvent dans une situation beaucoup plus favorable qu'en Allemagne parce que le principe constitutionnel interdisant toute discrimination jouit d'un niveau de protection très élevé. L'article 14 de la Constitution espagnole interdit toute discrimination « *pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion, ou pour n'importe quel autre facteur ou circonstance, personnel ou social* ». Sa violation justifie que la victime entame une action en justice. Celle-ci est fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire. La victime peut ensuite s'adresser, le cas échéant, au Tribunal constitutionnel. En outre, la législation du travail comporte plusieurs dispositions destinées à protéger les salariés contre les discriminations. Elles sont essentiellement contenues dans la loi portant statut des travailleurs salariés[357], ainsi que dans la loi relative aux infractions et sanctions en matière sociale[358].

Le délit de discrimination à l'embauche étant ainsi légalement défini, il convient maintenant de se questionner sur les moyens effectifs dont disposent les personnes qui en sont victimes, pour faire valoir leurs droits et par là faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

[355] Article 3, alinéa 3, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 8 mai 1949.
[356] Articles 7 de la loi-cadre sur les fonctionnaires, 7 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux, 75 de la loi sur les conseils d'établissement, 36 du livre III du Code social et 2-1 de la loi sur la promotion de l'emploi.
[357] Articles 4-2-c) et 96-12 de la loi n° 8/1980 du 10 mars 1980 portant statut des travailleurs salariés.
[358] Article 28 de la loi n° 8/1988 du 26 décembre 1988 sur les infractions et sanctions en matière sociale.

## Chapitre 2 : Droits des victimes de discrimination à l'embauche

Face à la rupture du principe de l'égalité de traitement entre les personnes que cause la discrimination à l'embauche, le droit français accorde des garanties aux personnes qui en sont victimes. Ces garanties consistent en des moyens d'action dont l'usage permet de faire "*cesser*" le comportement discriminatoire spécifié et de réparer le préjudice qui en découle pour la victime. Mais qu'est-ce d'abord qu'une victime au sens général du terme ? Le droit pénal ne nous en donne pas de définition. Le Code de procédure pénale livre une approche de définition de la victime lorsqu'il énonce que, « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à toux ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* »[359]. Est ainsi couramment qualifiée de victime d'une infraction, « *toute personne en souffrance(s). De telles souffrances doivent être personnelles*[360]*, réelles*[361]*, socialement reconnues comme inacceptables*[362]*, et de nature à justifier une prise en compte des personnes concernées par la nomination l'acte ou de l'évènement*[363]*, par des soins médicaux, psychothérapeutiques, un accompagnement psychologique, social, et une indemnisation* »[364]. Juridiquement, est qualifiée de victime, la personne qui subit personnellement un préjudice. A partir de quel moment peut-on dire d'une personne qu'elle est victime de discrimination à l'embauche ? La lecture du Code pénal révèle qu'une telle situation implique forcément la caractérisation des éléments constitutifs du délit de discrimination à l'embauche. « *Toute personne ayant subi un refus d'embauche*[365] *conséquence de la distinction opérée, entre les personnes physiques ou morales, à raison des motifs prohibés par la loi*[366] *et à la condition toutefois que ce refus d'embauche ne soit pas légalement justifié* [367] *»* sera considérée comme une

[359] Article 2 du Code de procédure pénale.
[360] Que la victimisation soit directe ou indirecte, individuelle ou collective, atteigne une personne physique ou morale.
[361] C'est-à-dire se traduire par des blessures corporelles, des traumatismes psychiques ou psychologiques, des dommages matériels et/ou sociaux avérés.
[362] Transgression d'une valeur sociale essentielle, évènement catastrophique.
[363] Par l'autorité judiciaire, administrative, sanitaire ou civile.
[364] CARIO (R.), *Victimologie* ; *De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale,* Vol. 1, 3ème éd., Paris, L'Harmattan, Traité de Sciences criminelles, 2006, p. 33 et s.
[365] Article 225-2, 3° du Code pénal.
[366] Articles 225-1 et 225-1-1du Code pénal.
[367] Article 225-3 du Code pénal.

victime de discrimination à l'embauche[368]. Il en résulte que le statut juridique de victime découle directement de la reconnaissance par le tribunal d'un préjudice subi. Est-ce à dire qu'en l'absence d'une telle reconnaissance par le juge, une personne ne peut en aucun cas être victime de discrimination à l'embauche ? C'est par la négative qu'il convient d'emblée de répondre à cette question. En effet, la discrimination à l'embauche relève d'abord d'une expérience personnelle, d'un ressenti qu'il convient d'objectiver pour savoir s'il est question ou non d'un cas de discrimination à l'embauche. D'où l'importance d'une conception élargie de la notion de victime de discrimination à l'embauche, renvoyant à la personne s'estimant lésée par le comportement discriminatoire spécifié, ou encore le réclamant.[369]. C'est cette conception large de la notion de victime que nous retiendrons dans notre développement, puisque le statut juridique auquel elle renvoie n'intervient qu'aux termes du parcours de la victime de discrimination à l'embauche. Le parcours de la victime vers cette reconnaissance juridique, qui la rétablira dans ses droits, est impacté par de nombreuses contraintes. D'où l'importance d'un réel accompagnement de la victime de discrimination à l'embauche pour qu'elle puisse d'une part accéder à la connaissance du droit de la non-discrimination c'est-à dire connaître ses droits et obligations en la matière, et d'autre part bien choisir les moyens qui lui permettront de faire valoir ses droits grâce à l'intervention de professionnels.

S'intéresser aux droits des victimes de discrimination à l'embauche revient donc à se poser la question de savoir quelles sont concrètement les moyens légaux que la loi leur reconnaît pour faire valoir "*le droit légitime d'être traité de manière égale* "? Cette question en induit une autre, incontournable, qu'est celle de l'accompagnement des victimes et leur accès au droit de la non-discrimination dans l'emploi à savoir, dès l'accès à l'emploi et dans travail. L'accompagnement des personnes victimes de discrimination à l'embauche et leur accès au droit est donc un enjeu majeur du dispositif de lutte contre les discriminations à l'embauche dans la mesure où face à la complexité du phénomène discriminatoire spécifié, toute défaillance dans l'accompagnement des victimes impacte forcément sur l'effectivité des droits que leur confère la loi. D'où l'intérêt d'y porter une attention toute particulière dans notre réflexion.

---

[368] LASSERRE CAPDEVILLE (J.), *L'identification de la victime : aspect juridique*, Colloque sur le traitement de la victime de discrimination, Conseil de l'Europe, Strasbourg, Mars 2011.

[369] Observatoire Régional de l'Intégration et de la Ville (ORIV), *"Réflexion autour de la notion de "victime de discriminations"*, in *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations*, Septembre 2011, p. 13.

Pour répondre à ces questions, nous analyserons d'abord l'accompagnement des victimes de discrimination à l'embauche et leur accès au droit (**Section 1**). Ce qui nous permettra d'identifier les acteurs et de saisir la consistance des pratiques y relatives tout en relevant les éventuelles difficultés rencontrées en la matière. Ensuite, nous déterminerons et étudierons les voies d'action qui permettent aux victimes du phénomène discriminatoire à l'embauche de faire valoir leurs droits, c'est-à-dire de réagir contre ce comportement qui leur porte préjudice (**Section 2**).

## Section 1 : Accompagnement des victimes et accès au droit

Pour que les victimes de discrimination à l'embauche soient accompagnées dans leurs démarches, qu'elles puissent ainsi accéder au droit régissant la matière et de la sorte identifier les moyens permettant de faire valoir leur droit, il faut d'abord qu'elles en fassent la demande auprès des différentes structures intervenant en la matière. Les études menées sur la question de l'accompagnement des victimes et l'accès au droit, au niveau régional[370] et national[371], s'accordent sur deux points. Le premier point est l'inégale répartition de la demande d'accompagnement des victimes auprès des structures (**Paragraphe 1**). Le second point porte sur les pratiques mêmes d'accompagnement des victimes, variant notamment en fonction de la structure sollicitée (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1: Inégale répartition de la demande d'accompagnement des victimes auprès des structures

Les demandes d'accompagnement effectuées par les victimes de discrimination à l'embauche sont reparties de manière inégale entre les structures qui sont chargées de le faire, conséquence non seulement de l'objet des structures à cette fin sollicitées (**A**), mais aussi de leur proximité (**B**).

[370] Deux exemples d'études réalisées au niveau local (Alsace) : MOUREY (L.), *Le traitement répressif des victimes de discrimination*, Novembre 2010, 52 p. ; ORIV, *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations*, Septembre 2011, 51 p.

[371] BOGALSKA-MARTIN (E.), PREVERT (A.), *Parcours institutionnels de victimes de discriminations : la discrimination comme fait incertain et le recours aux dispositifs de lutte contre les discriminations*, Grenoble 2012, 198 p.

### A- Différences liées à l'objet des structures d'accompagnement

Deux types de structures d'accompagnement sont à distinguer. En effet, à côté des structures mises en place spécifiquement par rapport aux discriminations ou structures spécialisées (**1**), on retrouve d'autres structures agissant dans le domaine plus vaste qu'est l'aide aux victimes. Ces dernières structures sont qualifiées de structures généralistes (**2**).

#### 1- Structures spécialisées

Les structures d'accompagnement dites spécialisées sont celles qui ont été créées avec pour objet spécifique la lutte contre les discriminations. Elles sont identifiées comme des acteurs référents et des interlocuteurs compétents sur les questions de discriminations. La HALDE, aujourd'hui le Défenseur des droits, est l'un des acteurs les plus connus dans ce domaine en raison de ses actions de communication menées à l'échelle nationale. D'autres structures spécialisées sont également identifiables au niveau local. En Alsace par exemple, on peut citer l'Association de Lutte contre les Discriminations en Alsace[372]. Ces structures ont en commun leur caractère indépendant des pouvoirs publics. Mais leur positionnement est différent puisque l'ALDA est un acteur associatif se définissant comme militant alors que le Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante. L'ALDA fut créée à Mulhouse, dans le Bas-Rhin, avec pour objectif de porter la lutte contre les discriminations en dehors, et indépendamment, de la politique municipale de la ville. Son positionnement historique sur la question des discrimination se répercute ainsi dans l'accompagnement des victimes, pensé comme actif et engagé. Les correspondants locaux de la HALDE se trouvant dans le Haut-Rhin et le Bas-Rhin, ont quant à eux une implication à la fois professionnelle et personnelle antérieure à leurs fonctions de correspondants spécialisés dans le domaine des discriminations puisque la plupart de ces correspondants en ont déjà eu une approche dans les domaines de l'embauche, du contrat de travail et du droit des salariés. C'est justement à cause du fait qu'elles sont spécialisées, que ces structures reçoivent la majeure partie des demandes d'accompagnement faites par les victimes de discrimination. Les correspondants locaux de la HALDE tiennent d'ailleurs une comptabilité précise du nombre de personnes reçues. On peut ainsi noter qu'une soixantaine de réclamants s'adressent au correspondant

[372] ALDA, localisée dans le Bas-Rhin.

haut-rhinois chaque année, contre 186 en moyenne pour le correspondant bas-rhinois[373]. Cette différence entre la sollicitation des correspondants locaux de la HALDE dans le Bas-Rhin et le Haut-Rhin s'explique par le fait que dans le Haut-Rhin, L'ALDA, qui propose aussi un accompagnement spécifique pour les victimes de discrimination, est sollicitée. L'ALDA reçoit quant à elle en moyenne une soixantaine de personnes par an.

**2- Structures généralistes**

Les structures d'accompagnement dites généralistes sont les associations d'aide aux victimes. Ces structures, subventionnées par le Ministère de la justice, ont pour mission d'accueillir les victimes d'infractions, de les informer des démarches à effectuer pour faire valoir leurs droits, et de les accompagner tout au long de la procédure judiciaire. Elles sont conventionnées par les Cours d'appel qui participent à leur financement en partie et aident au développement de leurs différentes activités. Ces structures agissent donc globalement dans le domaine de l'aide aux victimes et proposent un accompagnement généraliste pour les victimes d'infractions pénales. Par extension, les structures généralistes prennent aussi en charge les personnes qui pensent avoir été victimes, même si elles ne relèvent pas du champ pénal. Contrairement aux structures spécialisées, les structures généralistes ne sont pas positionnées historiquement sur la discrimination. L'infraction de discrimination a été intégrée de façon logique dans leur champ de compétence lorsque qu'elle est apparue dans la loi et lorsqu'elles ont été sollicitées par les victimes. La prise en compte de la question des discriminations par les structures généralistes résulte donc davantage de leur réponse suite à la sollicitation des victimes et non d'un positionnement volontaire de l'offre. C'est le cas par exemple en Alsace des structures telles que Espoir et Accord 67. Toutefois, d'autres structures généralistes, comme Thémis, identifient clairement la discrimination dans leurs axes d'actions comme une problématique à part entière et proposent une prise en charge des victimes. D'autres structures généralistes encore ne proposent pas d'accompagnement des victimes de discrimination, mais ont développé un axe prévention de cette infraction. C'est la cas notamment des associations telles que SOS aide aux habitants et Viaduq dans la région Alsace. Ainsi, de part leur objet somme toute généraliste consistant en une aide aux

[373] ORIV, *Réflexion autour de la notion de "victime de discriminations"*, in *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations*, *op. cit.*, p. 17.

victimes, les personnes victimes de discriminations telle la discrimination à l'embauche sont beaucoup moins nombreuses à solliciter les structures généralistes que celles qui viennent pour d'autres types d'infractions comme les violences conjugales ou encore les atteintes à la personne, etc. C'est ce qui explique sans doute l'absence de chiffres ou alors des chiffres approximatifs donnés par les structures généralistes. En effet, l'infraction de discrimination en général, et la discrimination à l'embauche en particulier, ne ressort pas de façon précise dans les statistiques ou même les rapports d'activités de ces structures. Elle rentre dans des catégories types « *infraction pénale : victime* »[374]. Les structures généralistes sont surtout identifiées comme des points d'accès au droit.

**B- Différences liées à la proximité des structures d'accompagnement**

Le second facteur qui influe sur la répartition des demandes d'accompagnement auprès des structures qui en ont la charge est assurément la localisation et la proximité des structures concernées avec les lieux de résidence de victimes. En effet, que les structures soient spécialisées ou généralistes, le fait d'être situées en centre-ville ne leur permet pas toujours de toucher certaines populations telles celles des quartiers puisque ces dernières ne font pas le déplacement. D'autres structures, directement implantées dans le quartier, prendraient alors le relais. Mais la difficulté demeure lorsqu'il n'existe pas, dans le quartier, de structure d'accompagnement. Certaines structures interrogées à ce propos mentionnent que les public reçus diffèrent selon les lieux où elles assurent leurs permanence. C'est le cas de l'association SOS aide aux habitants située à Strasbourg, qui assure ses permanences au quartier Neuhof. Elle reçoit dans la majorité des cas les habitants du quartier en raison de sa proximité. En effet, les locaux de l'association sont identifiés par les habitants comme une lieu où l'on vient cherche de l'aide pour tout. Au contraire, les permanences assurées au niveau de la Maison de Justice et du Droit révèlent un meilleur niveau de qualification socioprofessionnel des victimes et une moindre précarité. Quant aux permanences tenues au Tribunal de Grande Instance, elles mélangent les deux types de publics. Ainsi, pour les structures anciennement associations de quartiers, on peut relever qu'elle traitent plus de cas de discrimination. En moyenne, elles reçoivent près de 25 cas par an en lien direct avec

[374] ORIV *op. cit.*, p. 18.

les discriminations tous domaines confondus. Ceci s'explique en partie par le lien historique et la proximité de ces structures avec le quartier et ses habitants. C'est le cas par exemple de l'association Viaduq qui, bien que n'étant plus une association de quartier, continue à être identifiée comme telle par les habitants[375].

Si l'objet des structures d'accompagnement des victimes de discrimination ainsi que leur localisation ou, plus précisément, leur proximité sont les deux facteurs principaux qui expliquent l'inégale répartition de la demande d'accompagnement des victimes auprès des structures, un autre facteur a également une incidence sur cette répartition. En effet, on saurait ne pas prendre en compte l'influence de l'identité même de la victime sur cette répartition. Pour ainsi dire, selon le niveau de connaissance de la victime de discrimination, niveau fortement conditionné par la qualification socioprofessionnelle de cette dernière, la demande d'accompagnement sera formulée plus vers une structure spécialisée lorsque la victime pense identifier, dans sons cas précis, une discrimination à l'embauche.[376]. Dans le cas contraire, en l'absence de connaissance du droit de la non-discrimination et en cas de doute quant à la qualification de sa situation, la victime sera encline à solliciter davantage une structure généraliste. De plus, le public jeune n'apparaît pas comme un public habituel des structures d'accompagnement. En effet, pour l'ensemble des structures interrogées, les jeunes[377] sont peu présents, voire totalement absents de l'accompagnement pour des faits de discriminations quels qu'ils soient[378].

**Paragraphe 2 : Pratiques d'accompagnement des victimes**

L'analyse des pratiques d'accompagnement proposées au sein des structures en charge de cette question fait ressortir trois éléments principaux. Le premier est que l'offre d'accompagnement varie en fonction de la structure sollicitée (**A**). Le second réside dans le

[375] *Idem.*
[376] Victime "*auto-déclarée*".
[377] Notamment les moins de 25 ans.
[378] ORIV, *Réflexion autour de la notion de "victime de discriminations"*, in *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations*, *op. cit*, voir, *Le paradoxe de l'accompagnement en direction du public jeune*, p. 21. Le paradoxe réside dans le fait que les jeunes constituent pourtant une cible privilégiée pour les actions de sensibilisation et d'information, actions durant lesquelles remontent des récits de discriminations (accès aux stages, formations professionnelles, etc.), or ils sont presque absents au niveau de la demande d 'accompagnement.

la fait que les structures spécialisées et généralistes ont ceci de commun qu'elles proposent toutes un accompagnement juridique (**B**), qui reste cependant individuel, sans mobilisation collective (**C**).

**A- Offres d'accompagnement variables en fonction des structures sollicitées**

L'accompagnement proposé aux victimes de pratiques discriminatoires quelles qu'elles soient varie selon le type de structures auxquelles elles s'adressent. Pour ainsi dire, les structures généralistes, proposent une offre d'accompagnement très souvent présentée sous forme de triptyque. Elle consiste exactement en un accompagnement construit autour de trois étapes que sont "*l'aide aux victimes*" se traduisant par l'accueil de la victime et son écoute, voire un soutien moral et psychologique de cette dernière ; "*l'accès au droit*" qui va permettre à toute personne de connaître précisément les droits et les obligations qui sont siens en dehors de toute procédure contentieuse, ainsi que de bénéficier des moyens de les faire valoir grâce notamment à l'intervention de professionnels ; et "*la médiation*" sociale, même si ces structures sont généralement habilitées par le Ministère de la Justice à réaliser des médiations pénales. A partir justement de cette structuration, l'accompagnement des victimes peut prendre différentes formes à savoir juridique, psychologique et parfois social. L'accompagnement est assuré au sein des structures généralistes par différentes personnes entre autres, des juristes, des psychologues et mêmes des travailleurs sociaux qui prennent donc en charge les personnes qui en expriment le besoin. Pour autant dans l'ensemble des structures, le juriste reste le premier interlocuteur. Il n'existe donc pas une prise en charge générale dès le départ. C'est une fois les entretiens réalisés avec le juriste de la structure, que celui-ci juge si une assistance psychologique s'impose. Il joue par conséquent le rôle de filtre et c'est à lui que revient finalement la fonction d'identifier le besoin. [379]. Les structures spécialisées proposent au contraire un seul type d'accompagnement. Ce dernier s'apparente davantage à l'accompagnement juridique dans les structures généralistes. Les autres volets de l'accompagnement, à savoir social et psychologique, ne sont pas pris en charge de façon générale. Au cas où le besoin se fait ressentir, les victimes peuvent être réorientées vers un professionnel externe. A la différence des structures généralistes, ce n'est pas le juriste qui

[379] ORIV, *op. cit.*, p. 14.

prend en charge les victimes. L'accompagnement est réalisé par d'autres personnes comme les correspondants bénévoles pour la HALDE, et des personnes salariées mais non-juristes pour l'ALDA. Les structures spécialisées semblent donc avoir une conception beaucoup plus large de l'accompagnement des victimes, qui dépasse l'approche purement juridique dans l'accompagnement des victimes de pratiques discriminatoires. En Alsace par exemple, les structures spécialisées que sont la HALDE et l'ALDA s'inscrivent davantage dans un rôle de type sociétal[380].

**B- Accompagnement juridique commun aux structures**

L'accompagnement juridique que proposent les structures d'accompagnement aux victimes de pratiques discriminatoires qui les sollicitent se décline en trois principales étapes comportant chacune un enjeu majeur. Il s'agit précisément de l'écoute de la victime et de l'objectivation des faits dont elle se plaint (**1**), l'information de la victime (**2**), et enfin son orientation (**3**).

**1- Ecoute de la victime et objectivation des faits**

Pour l'ensemble des structures chargées de l'accompagnement des victimes de discriminations, *le premier temps de l'accompagnement est celui de l'accueil et de l'écoute de la personne qu'elles reçoivent.* C'est cette première étape qui conditionne le suivi. C'est l'occasion pour la personne qui les sollicitent de relater les faits. Les acteurs en charge de l'accompagnement au sein de la structure partent ainsi du ressenti de la personne. C'est durant cette étape que pourra s'établir la confiance nécessaire et propice à l'expression du vécu de discrimination, un espace de parole où le sollicitant peut s'exprimer librement[381]. La phase d'écoute porte sur les faits tels que ressentis par la victime. Paradoxalement, la démarche ne permet pas de disposer d'informations sur le parcours de la victime avant son arrivée au sein de la structure. Les juristes ne questionnent pas la victime sur ce point. Ils prennent la personne telle qu'elle se présente à eux, dans sa situation présente en termes

[380] ORIV, *op. cit.*, p. 15.
[381] ORIV, *op. cit.*, p. 25.

de recours. C'est là l'établissement du premier contact entre le sollicitant et la structure sollicitée. On peut noter ici que si le parcours des personnes est peu connu, il apparaît que certaines personnes sollicitent une structure généraliste après le refus de leur dossier par la HALDE par exemple.

*A l'écoute de la victime, succède le travail d'objectivation par la qualification des faits rapportés.* A cette étape de l'accompagnement, il est nécessaire de procéder de façon très objective et raisonnée afin d'enlever l'émotion première du récit, de dépassionner les débats. Cette étape est primordiale devant être menée avec la plus grande prudence. Les différents acteurs insistent sur le fait que leur mission ne consiste pas à vérifier les dires du sollicitant, mais bien de voir ce qu'il est possible de faire à partir de ce qui leur est rapporté. L'objectivation des faits est donc réalisée à partir des faits relatés par la personne et non de la vérification de ces faits. Afin d'objectiver le récit personnel de l'intéressée, l'outil utilisé est le cadre légal qui définit juridiquement la discrimination. Concrètement, les dires de la personne sont confrontés aux articles 225-1, 225-1-1 et 225-3 du Code pénal. Ensuite, il est question de reconstituer l'historique lié à la réclamation. Ce permettra donc d'atténuer les choses. Les procédés sont relativement identiques pour l'ensemble des structures, qui vont reprendre le récit de la personne dans l'ordre chronologique, examiner les pièces fournies s'il y en a, et regarder si les faits sont matérialisés. L'objectif visé par cette étape est de relier les différents éléments entre eux, comme les dates, les faits, les preuves éventuelles. D'où l'intérêt de procéder par écrit tout au long de cette étape[382]. Toutefois en fonction des structures certaines pratiques peuvent différer. En effet, dans certaines structures ce travail est d'objectivation est formalisé via un document ou une grille d'entretien. C'est le cas de la HALDE, précisément ses correspondants locaux, et de l'association Accord 67, qui utilisent un support formalisé et complet. D'autres structures se contentent du cadre de référence légal comme grille de lecture. Dans la plupart des cas, c'est l'acteur de l'accompagnement qui prend des notes. Sauf pour Accord 67, où le sollicitant est amené à remplir lui-même la grille dans un premier temps. Dans la majorité des cas, la qualification des faits est réalisée par le juriste ou le correspondant qui accompagne la victime. Néanmoins, chez l'ALDA, c'est une salariée non juriste qui reçoit le sollicitant ou la victime pour entendre ses dires. La qualification définitive n'intervient que dans une second temps, de manière collégiale, avec

[382] ORIV, *op. cit.*, p. 26.

l'aide de différents professionnels tels des juristes, des sociologues, etc. En somme, l'étape de l'objectivation permet de recadrer la situation. Il s'agit de recadrer les personnes dans leur réclamation. C'est généralement au cours de cette étape que la vision du sollicitant peut se modifier. Il prend conscience des enjeux réels et a une vision plus claire de sa situation. Ce travail d'objectivation, incontournable, est aussi une première forme de reconnaissance pour les personnes qui entament une démarche d'accompagnement. Elle leur permet de valider ou de requalifier, par d'autres personnes mieux renseignées qu'elles sur la question, ce qu'elles vivent ou ont vécu toutes seules.

La posture du juriste par rapport à la victime qu'il est chargé d'accompagner dans ce travail d'objectivation est délicate et mérite à ce titre d'être soulignée. En effet, cet acteur de l'accompagnement se situe à la fois dans une approche liée à l'écoute, mais également dans la nécessité d'objectiver les faits que lui sont relatés par son interlocuteur, la victime. Ces deux postures peuvent dans bien des cas s'avérer conflictuelles et difficiles à concilier. Ainsi, les différents acteurs précisent qu'ils se référent à la loi comme cadre de référence, ce qui permet de prendre une certaine distance et d'avoir une posture claire. Après donc le travail d'écoute, comprenant parfois une certaine empathie, démarre une deuxième étape, celle de l'objectivation via le droit, permettant de réintégrer la distance. Pour autant, cette référence au droit n'empêche aucunement une relation interpersonnelle complexe parce que marquée par l'émotion. Même si le droit permet de "*normer*" autant que faire ce peut le rapport à la personne, il reste une part de l'humain qui influe sur cette relation. C'est la raison pour laquelle il est bien des fois plus difficile pour certains acteurs de faire face à la souffrance de l'autre, au ressenti d'injustice et de conserver cette distance très importante[383].

Le travail de qualification et d'objectivation des faits relatés par la personne qui sollicite l'accompagnement d'une structure spécialisée ou généraliste dans l'hypothèse d'un cas de discrimination connaît certaines limites ou obstacles qu'il convient ici de relever. En effet, l'analyse de cette étape auprès des structures d'accompagnement a mis en avant des limites à l'action des structures. *La première limite réside dans la question du temps et de la nécessité d'agir vite*[384]*.* Les structures soulignent l'importance de rassembler des faisceaux

[383] ORIV, *op. cit.*, p. 27.
[384] *Idem.*

d'indices. Or plus le temps passe, plus les éléments de preuves sont difficiles à obtenir. La vision de la réalité et la précision des faits ont tendance à s'altérer. *La seconde limite se trouve dans la difficulté de qualification juridique des faits*[385]. Le doute est essentiellement exprimé par les structures généralistes auxquelles il arrive d'hésiter à qualifier certains faits comme discriminatoires. Dans cette hypothèse précise, la personne est orientée vers une structure spécialisée. *Par ailleurs, les structures soulignent la difficulté de disposer d'une vision commune sur la qualification des faits discriminatoires*[386]*.* C'est là la troisième limite à noter. Plusieurs structures indiquent que des cas, qu'elles ont qualifié de discriminatoires, n'ont pas été jugés recevables par le service juridique de la HALDE, malgré la constitution d'un dossier comprenant des éléments de preuve considérés comme objectifs. Elles disent ne recevoir alors qu'un simple courrier général et flou sur le motif du refus, indiquant une uniquement une « *absence de faits constitutifs de discrimination*» qui provoque bien sûr un sentiment d'incompréhension. Au delà de ce sentiment, les structures s'interrogent sur le processus de qualification des faits et des éléments probants à mettre alors en avant. *Elles déplorent la non-prise en compte de la spécificité de la discrimination dans la mobilisation des faits et des preuves.*

### 2- Information de la victime

L'accompagnement de la victime de discrimination par l'information est l'étape centrale de l'accompagnement juridique réalisé par les structures sollicitées. Il consiste en une information juridique portant entre autres sur la définition de la discrimination et les cas légaux qui la constituent, les procédures juridiques, les voies de recours et leurs limites, et plus largement sur le système judiciaire. Les demandeurs d'un accompagnement ont en général un certain degré d'information, mais quelques données d'ordre plus technique ou plus précises ne leur sont pas accessibles. Le rôle des structures consiste donc, à ce niveau, à leur permettre de construire une démarche éclairée grâce notamment à une information juste et avisée. Cet aspect est surtout mobilisé en ce qui concerne les limites des recours juridiques. Il ne s'agit en aucun cas de décourager le sollicitant, mais plutôt de l'aider à bien intégrer une réalité et d'agir en conséquence. Dans la plupart des structures, que celles-ci

[385] ORIV, *op. cit.*, p. 28.
[386] *Idem.*

soient spécialisées ou généralistes, les accompagnateurs distinguent l'information générale du conseil. Ils aiment à rappeler qu'ils ne sont pas là pour représenter la personne devant les instances, rôle dévolu aux avocats. En Alsace par exemple, seule l'ALDA, en raison de son statut militant, se distingue des autres structures sur cet aspect. Mais dans la pratique, derrière cette affirmation certes partagée, la frontière entre le conseil et l'information est floue. C'est au niveau de la constitution du dossier de la victime que cela se ressent le plus. Les pratiques y relatives divergent en effet. Nombreuses sont les structures généralistes qui ne s'en tiennent qu'à l'information générale. Elles n'interviennent pas directement dans la constitution du dossier ou de la preuve. Il ne leur revient pas d'enquêter ou d'effectuer des investigations. Elles informent tout simplement sur les modalités de constitution du dossier de la victime. Les juristes de ces structures généralistes restent donc dans un schéma strict d'écoute, d'information et d'orientation[387]. Toutefois, d'autres structures généralistes elles aussi, aident de manière plus active et concrète les personnes dans la constitution de leur dossier. Elle vont ainsi mener des actions qui sortent du cadre de l'information stricte et de l'orientation, en fonction de la situation rencontrée. Elles pourront, par exemple, prendre contact avec la personne mise en cause par la victime, en vue de désamorcer une situation en amont, rédiger des courriers à l'intention du mis en cause pour obtenir des explications, ou mener un début d'investigation. C'est le cas pour l'association Viaduq, qui a une vision proactive de l'accompagnement des personnes qui la sollicitent. Les correspondants locaux de la HALDE, structure spécialisée dans ce domaine, agissent de même puisqu'ils doivent constituer « *un dossier qui se tienne* ». Ce qui ne peut se faire que par la réunion de pièces pertinentes relatives à la situation du réclamant qui les sollicite. L'ALDA, une fois de plus, se distingue à ce niveau dans la mesure où elle assure une fonction dans la constitution de la preuve. Il s'agit là d'une de ses prérogatives. Pour les cas de discrimination les plus avérés, elle prend contact avec un avocat vers lequel elle oriente la victime. Pour les cas dits "*les plus impalpables*", elle réalise un travail pour avoir des traces de ce qu'il s'est passé, par la rédaction par exemple d'un courrier au mis en cause. L'argumentaire présenté par le mis en cause est ensuite étudié par courrier. L'ALDA n'hésite d'ailleurs pas, dans cette perspective, à contacter d'autres associations spécialisées qui apportent leur expertise[388].

[387] ORIV, *op. cit.*, p. 29.
[388] *Idem.*

**3- Orientation de la victime**

L'orientation de la victime d'une discrimination quelle qu'elle soit représente la troisième étape de l'accompagnement juridique qu'offrent les structures sollicitées à cette fin. Deux cas de figure peuvent se présenter selon que la discrimination indexée est avérée ou non. *Dans le cas où la discrimination n'est pas avérée, le parcours mis en place dépend du champ de compétence de la structure*. Ainsi, les structures spécialisées réorientent de façon automatique les victimes vers d'autres structures alors que les structures généralistes restent compétentes. Elles peuvent en effet garantir un accompagnement de type "*primo-accueil*" en caractérisant un autre type d'infraction que celui de discrimination. Ensuite, elles orientent en conséquence. Dans cette dernière hypothèse, les acteurs soulignent tous la difficulté qu'ils ont à annoncer à la personne qui s'estime victime de discrimination que sa situation ne relève pas de la discrimination. Cette étape de l'accompagnement juridique comporte deux enjeux majeurs. Le premier consiste en le fait que la personne ne doit pas se sentir abandonnée dans ses démarches. Le second enjeu réside dans le fait qu'il convient d'assurer une transition au niveau de l'accompagnement afin d'éviter toute rupture. En ce sens, la réorientation vers un autre acteur compétent constitue l'enjeu majeur. *Dans les cas où la discrimination apparaît avérée*, *plusieurs orientations sont possibles en fonction de ce que souhaite la personne et de ce qui est effectivement possible compte tenu de son dossier.* La plupart des acteurs insistent sur le fait qu'ils fournissent une information générale sur les différents types de recours possibles[389].

Dan la pratique, les structures mobilisent des schémas de parcours qui diffèrent selon la nature de leur activité, l'objet de leur création et leur positionnement historique ou militant. Ainsi, les correspondants locaux de la HALDE ont un positionnement particulier. Il tendent à privilégier deux types d'orientation. Soit ils aident le réclamant à saisir la HALDE / Défenseur des droits au niveau national en constituant un dossier de saisine, soit ils vont conduire une mission de bon office encore appelée médiation. La médiation consiste en le règlement des problèmes du sollicitant par des procédés amiables, lorsque c'est possible. Elle permet d'éviter d'entamer des procédures longues. Dans l'hypothèse où la mission de bon office ne fonctionne pas et que la discrimination est pressentie, la saisine de la HALDE semble des plus indiquées. Les correspondants de la HALDE ont par conséquent un schéma

[389] ORIV, *op. cit.*, p. 30.

binaire et à priori en dehors de toute instance juridique. Cette stratégie est adaptée à leurs missions ainsi qu'à la spécificité de l'instance qu'ils représentent, proposant aux réclamants un accompagnement local et un traitement national des cas de discrimination par le biais de son équipe et de son service juridique. *Par ailleurs, lorsque les poursuites juridiques sont envisagées, les correspondants locaux de la HALDE proposent davantage d'agir au civil.* En effet, elle peut accompagner le réclamant devant la juridiction prud'homale à la demande de la juridiction elle même, ou à celle du réclamant. L'ALDA a, quant à elle, un schéma plus juridique , notamment pénal. Le droit et la sanction semblent être au cœur de sa démarche d'accompagnement. En pratique, ce sont les médiations qui sont envisagées. Mais le droit y occupe toutefois une place très importante. Notons aussi que de nombreuses associations d'aide aux victimes privilégient l'orientation vers le correspondant local de la HALDE, quand elles jugent la discrimination avérée. D'autres acteurs-relais peuvent être sollicités. Il s'agira des avocats qui vont assurer la suite de l'accompagnement en cas de poursuites juridiques, ou de l'inspecteur du travail, plus à même de poursuivre un accompagnement plus actif et de demander des comptes au mis en cause dans les cas de discrimination dans le travail[390].

Par rapport à la structure spécialisée qu'est la HALDE, *les structures généralistes envisagent davantage les recours juridiques pour les cas avérés de discriminations.* S'il est vrai qu'elles fournissent l'ensemble des informations quant aux différents recours possibles et que le choix final revient à la personne intéressée, la majorité des structures généralistes interrogées associent davantage la discrimination au pénal. En effet, comme nous l'avons vu, la discrimination est un délit. Cependant, l'orientation n'y est pas considérée dans un si long terme puisqu'en cas de poursuites, l'avocat assure le relais dans l'accompagnement. Les structures se plaignent d'ailleurs d'avoir peu de retours de la part des victimes sur les suites données à leur cas et peu de vision sur les recours par la suite introduits. *Les juristes des structures généralistes formulent le souhait d'une meilleure visibilité sur l'efficacité des recours et leurs impacts.*[391]. En conséquence, l'orientation se fait plus en termes d'acteurs que de recours pour les associations d'aide au victimes par nature généralistes. En effet, si la discrimination est avérée et que le sollicitant de la structure désire aller plus loin, il est redirigé vers un acteur spécialisé sur la question. Ce dernier est plus à même de poursuivre l'accompagnement. La HALDE/Défenseur des droits est l'acteur qui est le plus privilégié.

[390] ORIV, *op. cit.*, p. 31.
[391] *Idem.*

**C- Accompagnement individuel et absence de mobilisation collective**

Partant du fait que la loi instituant le délit de discrimination identifie 19 critères et qu'un individu est discriminé en raison d'un critère d'appartenance le reliant à un groupe d'individus, on ne peut que constater, curieusement d'ailleurs, que l'accompagnement des victimes de discriminations quelles qu'elles soient et tous domaines confondus, reste très individualisé. Il est centré sur la victime et non sur les victimes. Par ailleurs, la mobilisation collective des victimes de discriminations, dans une optique politique est absente. En effet, *la pratique de l'accompagnement en direction des victimes est individualisée.* Le vocabulaire employé à ce niveau est des plus significatifs puisqu'on généralement de la victime et non des victimes. La dimension collective de ce délit n'est pas prise en compte. En dehors des actions de prévention menées par des structures, il n'y a pas d'actions d'accompagnement à destination "*des victimes*". La posture ambigüe des structures, sur ce problème, s'exprime surtout dans les situations où un seul et même mis en cause l'est par plusieurs personnes. Si ces cas se présentaient, les juristes des structures généralistes répondent qu'ils seraient peut être amenés à faire quelque chose. Au mieux, les structures généralistes assurent une prise de contact avec le mis en cause, mais leur action ne va pas au-delà. De plus, ce type d'actions, pourtant très porteuses, ne rentre pas dans leur champ de compétence et dans ce cas, les acteurs sont amenés à agir hors cadre. Au contraire, les structures spécialisées agissent plus à ce niveau, même si cela reste assez marginal. En effet, les correspondants locaux de la HALDE peuvent agir au niveau hiérarchique en effectuant des signalements à la HALDE au niveau national ou en prenant contact avec le mis en cause. Dans ce cas précis, les actions dépassent quelque peu le champ de compétences des correspondants. L'ALDA peut, quant à elle, investir davantage ce champ qui relève de ses compétences du fait de son positionnement historique, militant. Notons également que *la dimension sociétale des discriminations est peu considérée et la mobilisation collective des victimes inexistante*. La majorité des structures généralistes rappellent qu'elles n'ont pas un rôle politique. En dépit du fait que la plupart d'entre-elles sont membres du réseau national des associations d'aide aux victimes[392] et ont un rôle d'interpellation et d'accompagnement des pouvoirs publics, ce rôle reste peu investi en termes de discriminations. Seule l'ALDA, en Alsace par exemple, réalise un certain nombre d'actions qui visent à placer la question des "*victimes*" au cœur

[392] INAVEM

de l'action publique[393]. *C'est justement cette coupure entre accompagnement individuel et mobilisation collective qui pose directement la question du lien entre les acteurs.* De fait, elle introduit une distinction entre les associations d'aide aux victimes et les associations de victimes. Les responsables des structures rencontrés sur le territoire alsacien par exemple en font bien sûr état. Les directeurs des structures généralistes insistent en effet sur le fait qu'ils sont des « *des associations d'aide aux victimes* » par opposition « *aux associations de victimes* » qui sont des associations militantes. Les structures généralistes ne sont donc pas chargées de porter la voix ou la cause des victimes au niveau sociétal voire juridique, et ne représentent pas la ou les victimes. Sur la question, les correspondants locaux de la HALDE expliquent que leur rôle est de représenter la HALDE et pas directement les victimes[394].

La distinction entre les structures militantes et les autres structures se révèle problématique en raison notamment du fait que le militantisme peut constituer une limite dans la prise en charge des victimes. En effet, le positionnement généraliste permet d'être considéré par la justice comme un partenaire fiable. C'est sans doute la raison pour laquelle les structures militantes sont perçues bien des fois comme communautaires ou suspectées de parti pris. Les structures s'expriment par conséquent avec beaucoup de prudence sur le sujet des discriminations en particulier et réitèrent d'emblée qu'elles ne sont pas politisées. La césure entre l'accompagnement individuel et la mobilisation collective a également des répercussions sur l'accompagnement étant donné que très peu de structures se constituent partie civile dans un procès relatif à la discrimination. Cette pratique d'accompagnement est davantage identifiée comme relevant du militantisme.

La discrimination en général reste donc encore difficile à porter collectivement au sein de la société française fondée sur des valeurs d'universalisme et d'indivisibilité. Ce délit est fondé sur des "*communautés*", expression renvoyant à des catégories ou groupes, et peut vite être perçu comme relevant du communautarisme. Ce qui influe sur la personne de la victime, se retrouvant dans une situation paradoxale. Elle est catégorisée par le droit et donc en quelque sorte réduite à un groupe auquel elle ne s'identifie pas forcément, et en même temps, elle n'est pas encouragée à revendiquer son appartenance à ce groupe pour se protéger et faire valoir ses droits. Les dimensions collective et sociétale ne sont donc pas

[393] ORIV, *op. cit.*, p. 24.
[394] ORIV, *op. cit.*, p. 25.

prises en compte. Elles laissent, de la sorte, la victime de discriminations dans une terrible situation d'isolement[395].

## Section 2 : Voies d'action légales

Au terme de l'accompagnement juridique effectué par les structures adéquates et lorsque la discrimination à l'embauche semble avérée, les victimes sont mieux à même d'identifier les voies d'action légales qui leur permettraient alors de faire valoir leur droit. Seule la voie juridictionnelle, qui consiste notamment en la saisine du juge territorialement et matériellement compétent, est possible[396]. A cet égard, il convient d'emblée de souligner la pluralité des voies d'action juridictionnelles en la matière (**Paragraphe 1**). Toutefois, nous ne saurons en faire une analyse pertinente sans s'intéresser, plus largement, au système de contraintes réelles qui affectent inévitablement la poursuite de toute action en justice pour discrimination (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Pluralité des voies d'action juridictionnelles

En fonction des attentes de la personne victime de discrimination à l'embauche, c'est-à-dire selon qu'elle désire obtenir la sanction du mis en cause et ou l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi, et en fonction du domaine de l'emploi dans lequel la discrimination à l'embauche est intervenue c'est-à-dire l'emploi privé ou alors l'emploi public, trois types de recours juridictionnels peuvent être effectués devant trois juridictions bien précises. Il s'agit du recours pénal devant le tribunal correctionnel (**A**), le recours civil devant le conseil de prud'hommes (**B**) et le recours administratif devant le tribunal administratif (**C**). Notons que ces trois recours juridictionnels ne sont pas seulement prévus en cas de discrimination dans l'accès à l'emploi. En effet, les personnes victimes de discriminations dans leur travail peuvent également en faire usage.

---

[395] *Idem.*

[396] Contrairement aux discriminations intervenant dans le travail, notamment en termes d'égalité professionnelle hommes/femmes, de rémunération, d'évolution de carrière, etc., où on note le développement important des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) ne faisant pas appel à l'intervention d'un juge. On pourrait citer par exemple, le règlement du conflit à l'amiable, l'information des délégués du personnel, la sollicitation de l'inspecteur du travail, le recours à la HALDE/Défenseur des droits, etc.

### A- Recours pénal devant le tribunal correctionnel

Le recours pénal effectué devant le tribunal correctionnel consiste en la saisine du juge pénal pour obtenir de ce dernier, la sanction de l'auteur des faits litigieux ainsi que des dommages et intérêts lorsque la victime d'une discrimination à l'embauche se constitue partie civile. Comment se détermine alors les compétences matérielle et territoriale de la juridiction pénale saisie (**1**) ? Quelles sont les modalités relatives à sa saisine (**2**) ? Quels sont les délais de prescription en la matière (**3**) ? Quelles sont enfin les exigences relatives à l'intérêt et à la qualité pour agir (**4**) ?

#### 1- Compétence matérielle et territoriale de la juridiction pénale saisie

La discrimination à l'embauche étant un délit, le tribunal correctionnel[397] du lieu de commission dudit délit est le seul habilité pour la connaître et sanctionner pénalement les agissements dont se plaint la victime. Il s'agira précisément du tribunal correctionnel dans le ressort duquel se trouve le lieu de commission de l'infraction, à savoir le lieu où le candidat à l'emploi s'est vu opposé un refus d'embauche discriminatoire. Dans l'hypothèse d'un cas de discrimination intervenant dans le travail, le tribunal correctionnel à saisir est celui dans le ressort duquel le salarié effectue son travail ou alors celui où se trouve le siège social de l'entreprise mise en cause. De même, face à une offre d'emploi discriminatoire, le tribunal correctionnel territorialement compétent est celui dans le ressort duquel l'offre d'emploi discriminatoire est parue.

#### 2- Modalités de saisine du tribunal correctionnel

Avant d'entrer dans la phase active du procès pénal, la victime de discrimination à l'embauche ou dans le travail doit d'abord saisir le tribunal correctionnel compétent. Pour ce faire, le Code de procédure pénale[398] indique précisément les différentes modalités de saisine à suivre. Ainsi, nous pouvons en dénombrer 4. *La victime peut d'abord déposer une plainte simple auprès du commissariat de police ou de la brigade de gendarmerie*, qui la

[397] Article 382 du Code de procédure pénale.
[398] *Les règles générales de saisine du tribunal correctionnel*, voir *article 388 du Code de procédure pénale*.

transmettra alors au Procureur de la République ou directement au tribunal correctionnel compétent. *La victime peut encore adresser une plainte avec constitution de partie civile, par lettre recommandée avec avis de réception, au doyen des juges d'instruction*. Celui-ci confiera l'affaire à un juge d'instruction pour qu'il effectue les formalités nécessaires afin qu'elle puisse être en l'état d'être jugée[399]. Devant le juge d'instruction, la plainte avec constitution de partie civile introduit l'action civile par voie d'action[400]. La plainte avec constitution de partie civile n'est soumise à aucun formalisme particulier[401]. La rédaction d'une lettre simple suffit. S'agissant de son contenu, la jurisprudence a apporté un certain nombre de précisions. Elle doit comporter une manifestation de volonté formelle et non équivoque de se constituer partie civile[402] et doit dénoncer des faits précis. Ce dernier point est très important dans la mesure où le juge d'instruction sera uniquement saisi des faits invoqués. Il aura alors l'obligation d'instruire sur ces faits et seulement sur eux. Pour qu'elle soit recevable, la plainte avec constitution de partie civile n'est pas subordonnée au rapport de la preuve de l'existence de l'infraction et du préjudice dont aurait souffert le plaignant. Il suffit simplement « *que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre, comme possible, l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci*

[399] Notamment les enquêtes.

[400] On parle de plainte avec constitution de partie civile par voie d'action lorsque l'action publique visant à sanctionner l'auteur de la discrimination n'a pas été préalablement mise en mouvement par le ministère public. C'est un cas très courant en matière de discrimination. Dans cette hypothèse précise, la personne lésée à savoir la victime, par le biais de la plainte avec constitution de partie civile par voie d'action, mettra en mouvement l'action publique. Cela suppose donc que la partie lésée introduise l'action civile (action visant à la réparation du préjudice par elle subi) devant le juge pénal avant que le ministère public n'ait mis lui-même en mouvement l'action publique, ou que le ministère public n'ait pas voulu mettre en mouvement l'action publique. Notons cependant que, depuis une loi du 5 mars 2007, la plainte avec constitution de partie civile n'est recevable qu'à la condition que la personne justifie soit que le Procureur de la République lui à fait connaître, à la suite d'une plainte déposée devant lui ou un service de police judiciaire, qu'il n'engagera pas de poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat. Ainsi, du fait de l'évolution légale, qui n'est pas requise en matière de crime ou de délit de presse, la victime devra d'abord déposer plainte devant le Procureur de la république. Cela ne l'empêchera pas, cependant, de mettre en mouvement l'action publique si ce magistrat ne le fait pas. Par opposition, on parlera de la constitution de partie civile par voie d'intervention. Dans cette dernière hypothèse l'action civile se produit par voie d'intervention après la mise en mouvement de l'action publique par le ministère public. Ceci suppose donc qu'au moment où la partie lésée introduit son action civile, cette action a déjà été mise en mouvement par le ministère public ou par une autre partie lésée. On dit alors classiquement que la partie civile se constitue « *partie civile* ». Elle peut le faire devant les juridictions d'instruction comme devant celle de jugement. La constitution de partie civile n'est soumise à aucun formalisme particulier devant les juridictions d'instruction. En pratique, l'envoi d'une simple lettre au magistrat suffit. Concernant le constitution de partie civile devant les juridictions de jugement, en principe une déclaration au greffe du tribunal suffit (mais un formalisme minimal est exigé dans certaines circonstances) ou à l'audience de jugement.

[401] Article 85 du Code de procédure pénale.

[402] La partie lésée doit écrire : « *Je me constitue partie civile* ».

*avec une infraction à la loi pénale* »[403]. La partie lésée doit faire une déclaration d'adresse. La plainte suivra dès cet instant un cheminement particulier. A la réception de la plainte, c'est par ordonnance dite de « *soit-communiqué* » que le juge d'instruction la transmet au Procureur de la république pour qu'il puisse procéder à des réquisitions. Ce dernier est par conséquent tenu d'en prendre. Les réquisitions sont de quatre types. Soit d'irrecevabilité de la partie civile, soit d'incompétence du juge d'instruction, soit de non-informer, ou alors d'informer. Le juge d'instruction constatera, par ordonnance, le dépôt de plainte et fixera le montant de la consignation. Celle-ci consiste en le versement d'une somme d'argent qui va garantir le paiement de l'amende civile susceptible d'être prononcée contre l'auteur de la plainte pour abus de constitution de partie civile. Notons que le défaut de versement de la consignation frappe d'irrecevabilité la plainte et empêche alors la mise en mouvement de l'action publique. *La victime a encore la possibilité de citer, directement, l'auteur présumé des faits invoqués à comparaitre devant la juridiction territorialement compétente.* C'est ce qu'on appelle la citation directe. En effet, la victime de l'acte discriminatoire peut exercer l'action civile par voie d'action en adressant au mis en cause, une citation directe devant le tribunal correctionnel. La citation directe est alors signifiée par acte d'huissier et comporte dans sa rédaction les faits reprochés ainsi que les textes légaux qui leur sont applicables. Si la partie civile n'est pas bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, le tribunal fixe le montant de la consignation en fonction de ses ressources d'une part et le délai pour la déposer à peine d'irrecevabilité de la citation directe d'autre part. *Enfin, le procès verbal de l'inspection du travail ou de la HALDE/Défenseur des droits est adressé au Procureur de la République, qui apprécie les suites à lui donner.* Il peut ainsi, soit décider de classer sans suite le procès verbal, soit faire procéder aux enquêtes ainsi qu'aux auditions nécessaires en désignant un juge d'instruction, soit encore saisir directement le tribunal correctionnel.

La place de la victime de discrimination dans l'emploi ne saurait être réduite, dans le recours pénal, au droit dont elle dispose de demander réparation du dommage qui lui a été causé. En effet, la victime peut également mettre en mouvement[404] l'action visant à sanctionner pénalement l'auteur des faits incriminés[405]. Si la partie lésée qu'est la victime peut agir devant le juge civil pour obtenir réparation du préjudice à elle causé comme nous

[403] Cass. Crim., 4 juin 1996: Bull. crim. 1996, n° 230.
[404] Constitution de partie civile par voie d'action ≠ Constitution de partie civile par voie d'intervention.
[405] Action publique.

allons le voir, elle peut également agir devant le juge pénal pour obtenir non seulement la sanction de l'auteur des faits incriminés, mais aussi la réparation de son préjudice par une action civile introduite en tant que partie civile devant la même juridiction répressive. Ce faisant, elle mettra l'action publique en mouvement si cela n'est pas encore le cas.

### 3- Délai de prescription de l'action pénale

Le Code de procédure pénale dispose qu'en matière de délit, « *la prescription de l'action publique est de trois années révolues »*[406]. L'action publique visant la sanction des auteurs de l'infraction délictuelle de discrimination se prescrit par trois années révolues à compter du jour de commission de l'infraction ou, dans certains cas, à compter du jour où l'infraction apparait à la victime dans les conditions qui permettent l'exercice de l'action publique[407]. La victime de discrimination à l'embauche, et à fortiori le salarié qui l'est dans son travail, doit saisir le tribunal correctionnel compétent dans les trois ans qui suivent la date de commission de l'infraction ou dans les trois ans à compter du jour où l'infraction lui apparaît dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique.

### 4- Intérêt et qualité pour agir

L'intérêt et la qualité pour agir sont deux conditions sans lesquelles la demande, introduite devant le tribunal correctionnel qui est saisi par la victime d'une discrimination à l'embauche ou dans le travail, n'est pas recevable. Le demandeur à l'instance, doit pouvoir justifier de son intérêt et de sa qualité pour agir. La maxime « *pas d'intérêt pas d'action* »[408] s'applique aussi devant le tribunal correctionnel. L'intérêt pour agir doit "*être né et actuel* ", sauf conditions expressément prévues par la loi. Le titulaire du droit d'agir en justice doit, pour que sa demande soit recevable en justice, justifier d'un intérêt légitime juridiquement protégé, personnel et direct[409]. En effet, « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement*

[406] Article 8 du Code de procédure pénale.
[407] Parlant du jour où la discrimination se révèle à la victime, du moment où elle en a connaissance.
[408] Article 31 du Code de procédure civile.
[409] Nul ne plaide par procureur.

*souffert du dommage directement causé par l'infraction* »[410]. La qualité pour agir, exigée sous peine d'irrecevabilité, s'entend du titre ou de la qualification auxquels sont attachés, dans certaines actions en justice, le droit d'agir. Elle résulte soit de la qualité requise par la loi, soit, dans toutes les actions ouvertes à tout intéressé, de la justification d'un intérêt pour agir. La victime de discrimination à l'embauche ou le salarié victime de discrimination dans son travail justifient de l'intérêt et de la qualité pour agir en justice devant le tribunal correctionnel matériellement et territorialement compétent. Toutefois, ils ne sont pas les seuls. En effet, sous réserve de certaines conditions limitativement énumérées par la loi[411] et dans le but de renforcer l'efficacité de la répression des comportements discriminatoires dans le monde du travail, l'intérêt et la qualité pour agir en justice peuvent être reconnus à des personnes autres que la victime. C'est notamment le cas pour les associations de lutte contre les discriminations et les syndicats professionnels qui, malgré qu'ils ne justifient pas d'un intérêt personnel à agir, peuvent, pour défendre les intérêts collectifs du groupe qu'ils représentent, agir en justice. La qualité pour agir de ces groupements est soumise au cumul de conditions liées aux statuts et à l'ancienneté de l'association au jour de l'infraction, ainsi que celles liées à l'infraction elle-même, à la victime et à la personne à l'origine de l'action publique.

A titre illustratif, les organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental dans les DOM[412], ou dans l'entreprise, peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions relatives au principe de non-discrimination. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à l'emploi[413], ou d'un salarié, dans les conditions prévues pour les actions en justice y relatives[414]. Elles n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit de cette action, qu'il ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à la quelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. L'intéressé pouvant toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat[415]. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, justifie sa décision au regard des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, la Cour

[410] Article 2, alinéa 1 du Code de procédure pénale
[411] Ce sont des conditions cumulatives liées aux statuts et à l'ancienneté de l'association au jour de l'infraction, ainsi que celles liées à l'infraction, à la victime, et à la personne à l'origine de l'action publique.
[412] Départements d'outre mer.
[413] Ainsi que pour un candidat à un stage ou une période de formation en entreprise.
[414] Article L. 1134-1 du Code du travail.
[415] Article L. 1134-2 du Code du travail.

d'appel déclarant constitutif du délit de discrimination, le licenciement d'un salarié auquel il était reproché d'avoir commis une faute lourde en quittant l'entreprise, sans autorisation d'absence, afin d'assurer ses fonctions d'assistance et de représentation devant le conseil de prud'hommes prévues par l'ancien article L. 516-4, devenu l'article L. 1453-4 du Code du travail. La Cour d'appel a retenu que : le défaut de dispositions légales ou conventionnelles fixant les modalités d'utilisation du crédit d'heures accordé par la loi pour assurer lesdites fonctions, ne donne pas le droit à l'employeur d'imposer au défenseur syndical, un délai de prévenance ainsi que la répartition des heures d'assistance[416]. De même, les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou qui œuvrent dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions relatives au principe de non-discrimination. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié dans les conditions prévues pour les actions en justice y relatives, sous réserve toutefois de justifier d'un accord écrit de l'intéressé. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment[417]. C'est de plus en plus le cas notamment dans la lutte contre les discriminations liées au handicap, où les actions en justice sont engagées par les associations œuvrant dans ce domaine[418] à condition d'abord d'obtenir l'accord écrit de l'intéressé[419] libre d'intervenir à l'instance engagée par l'association et d'y mettre fin à tout moment.

Le recours pénal devant le tribunal correctionnel, visant à obtenir la sanction de l'auteur d'une discrimination à l'embauche ou dans le travail, n'est recevable que lorsque la compétence *materiae* et *loci* de la juridiction saisie sont vérifiées ; les modalités concourant à sa saisine sont remplies ; les délais relatifs à la mise en mouvement l'action publique sont respectés ; l'intérêt et la qualité pour agir sont justifiés. Lorsque les faits en cause portent atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, les syndicats professionnels justifiant de l'accord de la victime peuvent se constituer partie civile devant le tribunal saisi. Il en va de même pour les associations œuvrant pour la lutte contre les discriminations, à condition toutefois qu'elles aient une existence réelle et effective de cinq ans et bénéficient

[416] Crim. 6 mai 2008: Bull. Crim. n°106. RSC. 2009. 391, obs. CERF-HOLLENDER. AJ Pénal 2008.375, obs. LASSERE CAPDEVILLE.
[417] Article L. 1134-3 du Code du travail.
[418] Article 24 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 dite "*Loi handicap*", *op. cit.*
[419] Crim. 25 novembre 2008: Bull. crim. n° 238; Dr. penal 2009, n° 27, obs. MARON et HAAS.

de l'accord de la victime. Les Syndicats professionnels et les associations de lutte contre les discriminations devront en faire la demande soit avant l'audience au greffe du tribunal, ou pendant l'audience au moyen de déclarations et de dépôts des conclusions en joignant les pièces justificatives du préjudice allégué s'il y a demande de dommages intérêts. Qu'en est-il du recours civil devant le Conseil de prud'hommes, second recours juridictionnel possible en la matière ?

**B- Recours civil devant le conseil de prud'hommes**

Les victimes de discriminations à l'embauche ou dans le travail privé ont, en plus de la possibilité de saisir le tribunal correctionnel pour en voir les auteurs sanctionnés et en obtenir réparation du dommage à eux causé, le droit d'opter pour autre un recours lui aussi juridictionnel, introduit non plus devant la juridiction répressive mais cette fois-ci devant la juridiction civile qu'est le conseil de prud'hommes. Le recours civil devant cette juridiction vise exclusivement la réparation du préjudice causé à la victime et résultant de l'infraction discriminatoire. Comment se détermine alors la compétence matérielle et territoriale de la juridiction civile saisie (**1**) ? Quelles sont les modalités de sa saisine ? (**2**) Quel sont les délais de prescription en la matière (**3**) et les exigences relatives à l'intérêt et la qualité pour agir (**4**) ?

**1- Compétence matérielle et territoriale de la juridiction civile saisie**

Juridiction du travail par excellence, le conseil de prud'hommes ou juridiction prud'homale est chargé de régler les différends qui s'élèvent à l'occasion de tout contrat de travail entre les employeurs et les salariés qu'ils emploient. Il procède d'abord par la voie de la conciliation. En cas d'échec de celle-ci, il tranche alors sur le différend qui est porté à sa connaissance au moyen d'un jugement[420]. Il semble donc logique que les discriminations vécues dans le travail relèvent, pour leur connaissance en justice, de sa compétence. Mais qu'en est-il de la discrimination à l'embauche ? Quelle est la juridiction compétente pour la connaître, sachant que les cas de discrimination à l'embauche même s'ils ne sont pas nés

[420] *De la compétence du conseil de prud'hommes en raison de la matière*, article L. 1411-1 du Code du travail.

d'un contrat de travail interviennent bel et bien dans le monde du travail ? Des précisions ont dû être apportées sur cette question par la jurisprudence de la Cour de cassation.

En effet, la compétence matérielle du conseil de prud'hommes, pour connaître des litiges nés à la suite d'une discrimination à l'embauche, a du être établie. Le candidat à l'emploi, victime d'une discrimination à l'embauche visée par l'article L. 1132-1 du Code du travail, pourrait-il saisir le conseil de prud'hommes pour obtenir la réparation du préjudice par lui subi alors même qu'il ne saurait se prévaloir d'une promesse d'embauche ? L'article L. 1132-1, prohibant la discrimination à l'embauche, ne prévoit aucune disposition relative à la juridiction compétente en cas de litige. S'il est certain que la juridiction prud'homale est compétente pour connaître de cas de discrimination intervenant pendant l'exécution du contrat de travail, un doute existe cependant lorsqu'il s'agit de discrimination à l'embauche étant donné qu'il n'existe aucun contrat ou lien entre l'employeur et la personne lésée par son refus d'embauche. Par définition, il n'y a pas encore, en pareil cas, de contrat de travail. Selon la logique administrative, lorsqu'aucun contrat de travail n'a été conclu et qu'aucune promesse d'embauche ne peut être invoquée, la juridiction prud'homale est incompétente pour connaître d'un tel litige. Celui-ci doit être renvoyé devant les juridictions que sont le tribunal d'instance[421] ou alors le tribunal de grande instance[422] respectivement en fonction du montant de la demande[423]. Interpellée sur ce vide juridique, la Cour de cassation n'a pas suivi la logique administrative. Elle a décidé dans un arrêt de principe que : « *le conseil de prud'hommes est compétent pour connaître de tout litige relatif à l'article L. 1132-1 du Code du travail, la discrimination à l'embauche en faisant partie sans qu'il y ait lieu d'opérer une distinction selon qu'un contrat de travail a été signé ou une promesse d'embauche faite* »[424]. Selon son communiqué, la Cour a retenu qu'il devenait nécessaire d'établir un bloc de compétences en matière de discrimination, au profit des conseils de prud'hommes particulièrement habitués au régime probatoire de l'alinéa 4 de l'ancien article L. 122-45 du Code du travail[425]. Si la juridiction prud'homale est compétente pour connaître de tous les

[421] TI.
[422] TGI.
[423] Circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles (loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, Titre V. JORF n° 1 du 1er janvier 1993, page 19).
[424] Cass. soc., 20 décembre 2006 : Dalloz 2007. AJ 446 ; RJS 2006. 286, n° 397 ; n° 06-40.662 PBRI.
[425] Article L. 1134-1 nouveau, du Code du travail.

cas de discriminations à l'embauche[426], il convient de rappeler que la juridiction répressive qu'est le tribunal correctionnel, peut aussi être saisie de ce type d'affaire. La discrimination à l'embauche étant également prohibée par le Code pénal[427]. En définitive, la victime d'une discrimination à l'embauche a le choix, pour obtenir réparation du préjudice subi, entre se "*constituer partie civile*" devant le tribunal correctionnel ou saisir directement le conseil de prud'hommes. Toutefois, il importe de noter, que les décisions de la juridiction pénale ont, au civil, l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous. Le juge civil ne peut pas méconnaître ce qui a déjà été jugé au pénal. C'est-à-dire que si un employeur n'est pas reconnu comme étant coupable de discrimination à l'embauche par la juridiction pénale, la juridiction civile ne peut pas le condamner au versement, à la victime, des dommages et intérêts au titre de la réparation du préjudice qu'elle aurait subi. La juridiction civile doit respecter la décision de la juridiction pénale[428].

Concernant la compétence territoriale du conseil de prud'hommes à saisir dans pareille hypothèse, le candidat au recrutement doit saisir la juridiction prud'homale dans le ressort de laquelle l'offre d'embauche discriminatoire a été publiée ou le refus d'embauche discriminatoire a été effectué. Le salarié victime d'une discrimination dans son travail doit saisir le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel se situe l'entreprise où il travaille. Dans le cas où l'activité salariée est effectuée hors de tout établissement où à domicile, le conseil de prud'hommes compétent est celui dans le ressort duquel est domicilié le salarié. Le salarié peut également saisir la juridiction prud'homale du lieu où l'engagement a été contracté ou celle du lieu où l'employeur est établi. Le salarié dispose ainsi d'une certaine liberté de choix[429].

### 2- Modalités de saisine du conseil de prud'hommes

La saisine de la juridiction prud'homale peut se faire de différentes manières. Le demandeur à l'instance, en la personne de la victime de discrimination, peut en effet soit

[426] MIGLIETTI (J.-M.), *Discrimination à l'embauche : le conseil de prud'hommes est compétent*, Article en ligne, 19/01/2007. http://www.miglietti-avocat.com/discrimination/discrimination-raciale-en-droit-du-travail-le-conseil-de-prudhommes-est-competent-104.html
[427] Article 225-2, 3° du Code pénal.
[428] Voir, *article 4 du Code de procédure pénale* ; Cass.soc, 3 novembre 2005, n° 03-46839, *association agence de développement de formation, d'information et de coordination (ADFIC c/TASSY).*
[429] Article R. 1412-1, 1° et 2° du Code du travail.

adresser sa demande au secrétariat de la juridiction prud'homale par le biais d'une lettre avec avis de réception ; soit se rendre directement au greffe du conseil de prud'hommes où il remplira alors un formulaire fourni par la juridiction ; soit encore rédiger une assignation avec l'aide d'un conseil[430]. La demande devant indiquer les noms, professions et adresses des différentes parties, les faits litigieux ou chefs de la demande, ainsi que son objet précis. Par la suite, le greffe de la juridiction prud'homale en informe l'employeur mis en cause ou son représentant. Il les convoquera ensuite en séance devant le bureau de conciliation où l'affaire sera appelée. Cette convocation, adressée à l'employeur par lettre recommandée avec accusé de réception rédigée par le greffe de la juridiction, vaut citation en justice[431].

### 3- Délai de prescription de l'action civile

L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination[432]. Le délai d'une durée de cinq ans n'étant pas susceptible d'aménagement conventionnel[433]. Si les faits de discrimination sont établis, le préjudice tout entier en résultant, et ceci pendant toute sa durée, devra être réparé[434]. Le terme "*révélation"*, renvoyant au moment où le salarié a eu connaissance des faits de discrimination commis par son employeur et est en mesure d'estimer qu'il subit un préjudice, marque le point de départ du délai de la prescription extinctive. Ce délai de cinq ans, au terme duquel intervient la prescription de l'action civile en justice, est plutôt récent. C'est la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, qui a fait passer la légendaire prescription trentenaire de l'action en justice engagée devant les juridictions civiles à 5 ans[435]. Ceci dans le but de moderniser les règles de la prescription civile extinctive notamment, et de leur rendre leur cohérence, par la réduction du nombre et de la durée des délais, la simplification de leur décompte, ainsi que l'autorisation de leur aménagement sous certaines conditions.

---

[430] Avocat, syndicat professionnel, association de lutte contre les discriminations.
[431] *Saisine du conseil de prud'hommes*, Articles R. 1452-1à R. 1452-5 du Code du travail.
[432] Article L.1134-5 alinéa 1er, du Code du travail.
[433] Article L.1134-5 alinéa 2, du Code du travail.
[434] Article L.1134-5 alinéa 3, du Code du travail.
[435] Article 16 de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile. JORF n° 0141 du 18 juin 2008, page 9856, texte n° 1.

**4- Intérêt et qualité pour agir**

L'intérêt et la qualité pour agir, comme précédemment analysés dans le recours devant la juridiction pénale, sont également exigés de la victime ou demandeur à l'instance, sous peine d'irrecevabilité de sa demande lors de la saisine de la juridiction civile. L'intérêt pour agir doit effectivement être un intérêt légitime, juridiquement protégé, né et actuel, direct et personnel. La qualité pour agir s'entendant du titre ou de la qualification auxquels est attaché le droit d'ester en justice. Cette qualité résulte de celle requise par la loi, ou de la justification d'un intérêt pour agir notamment en ce qui concerne les actions ouvertes à toute personne intéressée. Partant, justifient de l'intérêt et la qualité pour agir exigés, sous peine d'irrecevabilité pour saisir le conseil de prud'hommes, le candidat au recrutement et le salarié victimes respectivement de discrimination à l'embauche et de discrimination dans le travail. Cependant ils ne sont pas les seuls à justifier de l'intérêt et de la qualité pour agir en justice au civil relativement à la discrimination.

Les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap peuvent exercer en justice toutes actions résultant de l'application des dispositions relatives au principe de non-discrimination. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, un stage ou une période de formation en entreprise, d'un salarié, sous réserve de justifier de l'accord écrit de l'intéressé. L'intéressé pouvant toujours intervenir à l'instance engagée par l'association et y mettre un terme à tout moment[436]. Lorsque leurs statuts sont déposés et à jour, les organisations syndicales représentatives[437] peuvent aussi exercer les mêmes actions en justice[438]. Elles n'ont pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci en soit averti par écrit et qu'il ne s'y oppose pas dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. L'intéressé a le droit d'intervenir à l'instance engagée par le syndicat. Devant la juridiction prud'homale, les organisations syndicales représentatives interviennent de deux façons. La première est *l'intervention en substitution du salarié. L'intervention en tant que partie intervenante* est la seconde manière d'intervenir des organisations syndicales.

[436] Article L. 1134-3 du Code du travail.
[437] Congrès, organisations territoriales (les unions locales, départementales, régionales, les syndicats locaux ou d'entreprises, fédérations départementales).
[438] Article L. 1134-2 du Code du travail.

En *substitution du salarié*, l'organisation saisit le conseil, défend et conduit le dossier « *à la place du salarié* ». Même si en principe nul ne plaide par procureur, quelques exceptions sont néanmoins prévues. En effet, l'organisation syndicale représentative peut agir pour le compte d'un ou de plusieurs salariés[439], partie lésée, dans certaines hypothèses précises[440]. L'organisation syndicale peut donc agir en justice en faveur de la personne lésée sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressée, pourvu que celle-ci ait été préalablement avertie par écrit et ne s'y soit pas opposée dans un délai de quinze jours courant à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a communiqué son intention d'agir. En ce qui concerne le harcèlement, l'organisation syndicale doit avoir obtenu l'accord écrit de l'intéressé. Dans tous les cas, l'intéressé pourra toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et, à tout moment, y mettre fin. L'organisation syndicale peut aussi *se substituer à ses adhérents relevant d'un accord collectif* pour mener *une action en substitution* afin de faire appliquer une ou plusieurs des dispositions de cet accord collectif par leurs employeurs. Les membres de l'organisation doivent toutefois être informés de cette action et ne pas s'y opposer. Ces différentes possibilités, revendiquées et obtenues par le mouvement syndical, destinées à assurer l'effectivité de droits pour les salariés vulnérables, ne sont curieusement quasiment jamais utilisées ; à l'exception des cas relatifs aux licenciements économiques[441], au recours abusif au travail précaire[442], où elles ne sont d'ailleurs que très rarement utilisées.

En *partie intervenante*, l'organisation syndicale intervient « *aux côtés du salarié* »[443]. Elle intervient dans l'hypothèse où l'affaire individuelle du salarié ou de plusieurs salariés revêt un caractère de principe pour la profession ou plus largement pour l'ensemble des salariés. L'organisation syndicale vient appuyer la demande du salarié. Il en est ainsi, par exemple, pour les actions en exécution, quand il s'agit de faire appliquer une disposition d'un accord conventionnel[444] que l'employeur ne respecte pas. Le syndicat peut intervenir lorsqu'il est signataire du texte conventionnel et même faire lorsqu'il ne l'est pas, à condition toutefois que certains de ses adhérents en soient concernés[445] ou alors si l'accord de branche a été

[439] Les travailleurs à domicile, les travailleurs "*sans papiers*", les travailleurs de groupements d'employeurs, les salariés précaires, les intérimaires, le marchandage et le prêt de main d'œuvre illicite.
[440] Licenciements illicites, harcèlement moral, harcèlement sexuel, égalité professionnelle et discriminations.
[441] CA Versailles, 5e ch., 11 avr. 1995, Cgt Trappes/ Sté Schweppes. Bull. inf. C. cass. 15 sept. 1995, n° 922.
[442] Cass. soc. 1er fév. 2000, UL Cgt de Roissy c/ Société Servair, en annexe Dr. Ouv. 2004, p. 127 et s.
[443] Notamment article 26, 325 et 330 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC).
[444] Accord d'entreprise, accord de branche, etc.
[445] Cass. soc.14 février 2001, Mme DELALONDE et Cgt Caen c/ Sté Moulinex, n° 98-46.149, SPR 341, p. 12.

étendu par un arrêté ministériel[446]. L'autre illustration de cette intervention volontaire des syndicats et des organisations professionnels, aux côtés des salariés, se matérialise en cas de discrimination et/ou de harcèlement[447]. Elle donne ainsi à l'affaire tout son enjeu. Les syndicats professionnels n'utilisent pas assez cette prérogative et pourtant le contentieux y relatif n'est pas des moindres[448].

**C- Recours administratif devant le tribunal administratif**

Le fonctionnaire ou l'agent de droit public non titulaire, qui s'estiment victimes de discrimination dans le travail, peuvent saisir le tribunal administratif en cas d'échec du recours administratif ordinaire antérieurement exercé ; en cas d'échec des procédures de conciliation et de médiation effectuées par la HALDE saisie à cette fin[449] ; ou s'ils préfèrent directement ester en justice. La partie lésée devra saisir le juge administratif en exerçant un recours pour excès de pouvoir[450] ou un recours de plein contentieux encore dit contentieux de la responsabilité[451].

*Le recours contentieux qu'est le REP* vise à obtenir, du juge administratif saisi, l'annulation d'une décision administrative au motif qu'elle viole une règle de droit[452]. Il est ouvert même sans texte et, conformément aux principes généraux du droit, permet au juge de contrôler le respect de la légalité par les décisions et actes administratifs[453]. Ce n'est pas une procédure propre aux discriminations vécues dans la sphère publique. Mais, lorsqu'une une décision administrative est prise, qu'elle se révèle discriminatoire et qu'elle lèse l'agent public non titulaire ou le fonctionnaire, ce dernier peut y recourir. Le recours pour excès de

[446] Cass. soc.12 juin 2001, Fédération Cgt du Spectacle c/ Euro Disney, n° 0014435 ; Bull. soc. n°221, p. 176.
[447] Cph Moulins, 27 nov. 2001, Michel BUISSON et Cgt c/ Société Carrefour, Dr. Ouv. 2002, p. 326.
[448] GUIOMARD (F.), *Syndicats : évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique*, article in Mouvements, 4/2003 (n° 29), pp. 47-54.
[449] Les discriminations intervenant dans l'emploi publique peut aussi être réglées au moyen de procédures non-juridictionnelles ou amiables. Le recours administratif ordinaire (recours hiérarchique et recours gracieux) et la saisine de la HALDE en vue de procéder à une médiation, une conciliation voir même une transaction, sont les moyens non-juridictionnels de règlement de conflits relatifs à la discrimination dans l'emploi public. Voir aussi AUBY (J.-M.), *Les recours administratifs préalables*, AJDA, n° 1, 1997, pp. 10-15.
[450] REP.
[451] CHAPUS (R.), *La compétence du tribunal administratif*, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13ème édition, 2008.
[452]CORNU (G.), *Le recours pour excès de pouvoir* voir *Vocabulaire juridique*, 9ème édition, P.U.F - Quadrige, 2011.
[453] C.E. Ass., 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/Dame LAMOTTE, n° 86949. GAJA 15/2005/0064.

pouvoir illustre parfaitement le procès qui est fait à la décision administrative contestée. Les conditions d'exercice du recours pour excès de pouvoir tiennent à la nature de l'acte attaqué ainsi qu'à l'intérêt à agir du requérant. En effet, le REP ne peut être formé que si l'acte attaqué revêt un caractère décisoire. Sa portée juridique doit être suffisante et il doit donc avoir *stricto sensu* l'aspect d'une décision. Pour cela, il doit comporter un élément de particularité qui affecte une situation individuelle précise et c'est en ce point qu'il fera grief. Le REP est largement ouvert aux justiciables, mais la seule qualité de citoyen ne suffit pas à l'exercer[454]. En effet, pour être recevable à l'exercer, le requérant doit pouvoir justifier d'un intérêt donnant la qualité pour agir ; lequel intérêt doit être direct, certain et actuel[455]. C'en est le cas, pour le destinataire d'une décision administrative discriminatoire. Toutefois, les organisations syndicales de fonctionnaires peuvent aussi agir en justice devant la juridiction administrative, contre les actes règlementaires concernant le statut du personnel et contre les actes décisoires individuels portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires. En cas d'annulation de l'acte réglementaire ou de la décision administrative contestés, ils sont réputés n'être jamais intervenus[456]. Notons également que le REP n'est ouvert que pendant un certain délai passé lequel, il devient impossible de former un tel recours. C'est la raison pour laquelle, le requérant doit saisir le juge administratif territorialement compétent[457] dans les deux mois qui suivent la publication[458] ou la notification[459] de l'acte qui fait grief.

*Le contentieux de la responsabilité ou recours de plein contentieux*, relevant lui aussi de la compétence du tribunal administratif, permet d'en obtenir annulation des actes et décisions discriminatoires d'une part, mais aussi de manière extensive, leur réformation et/ou leur substitution par des décisions émanant proprement du juge administratif saisi. Il présente l'avantage d'être d'ailleurs le seul recours pouvant donner lieu à indemnisation de la victime devant le juge administratif[460]. La victime devra vraisemblablement pour l'obtenir

[454] Parce qu'il ne constitue en aucun cas une "*actio popularis*" c'est-à-dire une action par laquelle n'importe qui pourrait attaquer n'importe quel acte administratif ou n'importe quelle décision administrative.
[455] C.E., 21 décembre 1906, syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli ; Rec. page 962, concl. ROMIEU ; S. 1907.3.33, note HAURIOU; D. 1907.3.41, concl.
[456] D'où l'effet rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir, qui confère à ce recours contentieux toute sa puissance et son efficacité. L'administration se devant, en tant que de besoin, de reconstituer le passé comme si l'acte annulé n'était jamais intervenu.
[457] Celui du lieu où réside le requérant ou celui dans le ressort duquel se situe l'administration dont il dépend et dont émane l'acte contesté.
[458] Lorsqu'il s'agit d'un règlement.
[459] Lorsqu'il est question d'une décision individuelle.
[460] Article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *op. cit.*

soulever la responsabilité de l'administration. Ce recours, dit de pleine juridiction, permet au juge de condamner l'administration à réparer le préjudice subi par le requérant[461]. Il en résulte que le juge administratif est le juge du contrat administratif. Son rôle consiste alors en : la sanction des erreurs, des carences ou de la mauvaise volonté émanant des actes de l'administration qui lèsent le fonctionnaire ou l'agent public dans leur travail ; mais aussi en le rétablissement des droits subjectifs issus d'un contrat ou résultant de la responsabilité de l'administration. De manière plus succincte, le recours de plein contentieux vise à établir et faire respecter les droits des fonctionnaires et agents de droit public par l'appréciation de la légalité des décisions et actes administratifs, ceci dans le cadre du rapport individuel. Les modalités relatives à la saisine de la juridiction administrative dans le cadre d'un recours de plein contentieux sont les mêmes que lorsqu'il s'agit d'un REP. La requête prend la forme d'une lettre adressée au greffe de la juridiction territorialement compétente en se rendant directement sur place ou par lettre recommandée avec accusé de réception. Généralement et sauf exception, pour que la demande soit recevable, elle doit être enregistrée au greffe de la juridiction dans les deux mois qui suivent la notification de la décision contestée. Elle doit comporter les noms et domiciles des parties, contenir l'exposé des faits et des moyens, l'énoncé des conclusions soumises au juge ainsi que la demande d'annulation de la décision attaquée ou de réparation du préjudice causé par l'administration. Il convient d'y joindre la copie de la décision litigieuse et les pièces appuyant la demande. Toutes les pièces fournies dans le cadre du dépôt doivent être accompagnées de copies en nombre égal, augmenté de deux, à celui des autres parties en cause. La particularité de ce contentieux réside dans ses effets. En effet, selon ce que le requérant a demandé, le jugement entraînera l'annulation ou la modification de la décision attaquée, ainsi que le versement de dommage et intérêts. Contrairement au REP, le requérant est ici obligé de se faire assister par un avocat[462].

La jurisprudence administrative relative aux discriminations dans l'emploi public est conséquente. A titre illustratif, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux sur l'égalité de traitement, retient la substitution d'une indemnité[463], décidée à l'égard des retraités ayant perdu leur nationalité française à la suite de l'indépendance de leur pays d'origine comme

[461] ROUAULT (M.-C.), *L'essentiel du contentieux administratif,* 3ème édition, Gualino Lextenso éditions, Carré "Rouge", 2012-1013.
[462] Article R 431-2 du Code de justice administrative.
[463] Insusceptible d'être revalorisée à la pension militaire dont ils étaient auparavant titulaires.

étant illégale, parce que créant une différence de traitement entre les retraités en fonction de leur seule nationalité[464]. Dans la même logique, le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires qui appartiennent à un même corps implique que leur dossier d'avancement de grade soit soumis à une procédure d'examen identique. Ainsi, si les dossiers de certains agents ont été soumis à une CAP locale, sa consultation devient obligatoire pour la totalité des dossiers des agents promouvables[465]. Statuant au contentieux sur l'égalité des sexes, le Conseil d'état retient que l'article L.12 du Code des pensions civiles et militaires de retraite, en prévoyant que l'entrée en jouissance de la pension de réversion dont doit bénéficier le conjoint survivant d'une femme fonctionnaire est suspendue dans certains cas alors même qu'aucune disposition équivalente n'est prévue en ce qui concerne les épouses survivantes d'un homme fonctionnaire, a introduit sur ce point une discrimination entre les femmes et les hommes fonctionnaires. Cette discrimination qui n'est justifiée par aucune différence de situation est incompatible avec les stipulations de l'article 141 du Traité CEE[466]. Concernant le calcul de la pension de retraite pour les fonctionnaires de sexe masculin qui ont assuré l' l'éducation de leurs enfants, le Conseil d'état retient que ces derniers bénéficient, comme les fonctionnaires de sexe féminin, de la même bonification d'ancienneté[467]. Relativement à la liberté syndicale, le Conseil d'état statuant au contentieux retient que s'il peut être fait mention dans le dossier du fonctionnaire de l'exercice par ce dernier d'un mandat syndical, les principes de liberté d'opinion et de liberté syndicale des fonctionnaires imposent qu'une telle mention ne doit s'accompagner d'aucune appréciation sur la manière dont l'intéressé exerce ses activités syndicales[468].

A la différence des recours civil et administratif, le recours pénal est le seul qui permet à la victime de discriminations dans l'emploi public et privé d'obtenir du juge saisi, à la fois la sanction de l'auteur de la discrimination et l'indemnisation du préjudice qui lui est causé. C'est la raison pour laquelle bien des structures d'accompagnement généralistes le recommandent très souvent aux victimes lorsque la discrimination semble avérée.

---

[464] C.E., Ass. 30 novembre 2001, Ministre de la défense c/M. DIOP, et Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/M. DIOP, RFDA, 2002, p. 573, concl. COURTIAL.
[465] C.E., 27 juillet 2001, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/M. CHARREAU, CFP n° 207, p. 28.
[466] C.E., 5 juin 2002, M. Gilles X, 9/10 SSR, n° 202667.
[467] CJCE, 29 nov. 2001, Aff. C-366/99 ; C.E., 29 juillet 2002, M. GRIESMAR, n° 141112, in RAFJ org, article 1117.
[468] C.E., 27 septembre 2000, Monsieur Pierre G, 4/6 SSR, n° 189318.

Graphique 4 : Discriminations dans l'emploi privé : les juridictions pénales compétentes

Source : Droit du travail : juridictions et administrations compétentes. www.aunège.org[469]

Graphique 5 : Discriminations dans l'emploi privé : les juridictions civiles compétentes

Source : Droit du travail : juridictions et administrations compétentes. www.aunège.org

[469] Association des Universités pour le développement de l'enseignement numérique en Economie et Gestion.

Graphique 6 : Discriminations à l'accès à l'emploi et dans le travail régis par les règles de droit public : les juridictions administratives compétentes.

Source : Droit du travail : juridictions et administrations compétentes. www.aunège.org.

Graphique 7 : Les juridictions compétentes dans le contentieux des discriminations dans le travail.

| | | **Juridictions civiles** | **Juridictions pénales** | **Juridictions administratives** |
|---|---|---|---|---|
| **Compétence** | | **Conseil de prud'hommes :** discriminations à l'embauche et dans les relations de travail (ex : sexuelles, syndicales)<br><br>**Tribunal de Grande Instance :** discriminations hors relations contractuelles (demandes supérieures à 10 000 euros) | **Tribunal correctionnel :** délits de discriminations, harcèlement moral ou sexuel, atteinte au principe d'égalité de rémunération homme/femme<br><br>(compétence pour la sphère privée et publique) | **Tribunal administratif :** discriminations dans le domaine des fonctions publiques pour une action en réparation et en annulation |
| **Saisine (action)** | **Demandeurs** | Particulier, syndicats, associations (sous conditions) | Particulier, ministère public, syndicats, associations (sous conditions) | Particulier, syndicats |
| | **Délais pour agir (prescription)** | **5 ans** sauf en matière de traitements et salaires ou de reconstitution de carrière où la prescription demeure trentenaire | **3ans** | **2 mois** à compter de la notification de la décision discriminatoire<br><br>**4 ans** pour indemnisation |

Source: ISM-CORUM, http://antidiscrimination-syndicat.org/juger_3_tab1.html

**Paragraphe 2 : Système de contraintes inhérentes à la poursuite d'une action en justice pour discrimination**

Le choix revenant à la victime de poursuivre une action en justice quelle qu'elle soit pour discrimination est une décision prise dans un système complexe de contraintes de différentes natures (**A**), qui impactent nécessairement sur le parcours des victimes (**B**), avec *in fine* des conséquences notables sur le système juridique de la non-discrimination (**C**).

**A- Nature des contraintes**

Les contraintes liées aux poursuites judiciaires pour discrimination pèsent, à la fois, sur les victimes et sur les structures en charge de leur accompagnement. Elles sont de quatre ordres à savoir sociétal (**1**), politique (**2**), économique (**3**) et juridique (**4**).

**1- Contraintes sociétales**

La discrimination est une infraction spécifique qui se distingue des autres types d'infractions sur les questions du ressenti et de l'atteinte à l'identité. La distinction existant entre discrimination ressentie et discrimination avérée c'est-à-dire discrimination reconnue juridiquement, soit encore la distinction entre le fait de "*se sentir*" victime et "*être*" victime c'est-à-dire être reconnu comme tel, révèle l'importance de la place de la victime d'un point de vue sociétal. Cette distinction traduit de manière implicite la déqualification du ressenti. Il existe en effet un doute sur la dimension vécue de la discrimination, perçue alors comme subjective et d'autant plus biaisée parce qu'elle a trait à une identité qui empêcherait une prise de distance et une objectivité du sujet. Or, le passage entre "*se sentir victime*" et "*être victime*" est un parcours assez difficile du fait d'obstacles juridiques comme la difficulté de rapporter la preuve de faits reprochés. Partant, le statut juridique peut se révéler difficile à obtenir. La plupart des personnes concernées demeurent ainsi sur un statut "*sociétal*"[470] de victime qui a une valeur moindre puisqu'il n'est pas validé juridiquement. Cette absence de reconnaissance juridique crée ainsi un véritable doute sociétal, entendu comme la difficulté

[470] Le terme de "*sociétal*" renvoie à tout ce qui est relatif à la société, comme système ou entité complexe qui comprend des institutions , de nombreux acteurs et avec un fonctionnement propre.

qu'éprouve la société à reconnaître la victime de discriminations dans son ressenti ainsi que son vécu, en dehors et en l'absence d'une reconnaissance juridique. D'où une référence à la "*victimisation*"[471] qui délégitime la voix et l'action des victimes. A cet égard justement, nous pouvons relever une contradiction sur la place de la victime au sein de la société. En effet, le développement de l'arsenal juridique permettant aux victimes de faire valoir leurs droits et l'ancrage local de la HALDE traduisent certes l'importance de la place et de la parole des victimes dans le système de non-discrimination. Cependant, cette valorisation de la victime a tendance à disparaître au niveau sociétal. La victime occuperait ainsi une place complexe et ambiguë, tantôt valorisée, tantôt suspectée[472].

Les acteurs de l'accompagnement des victimes de discriminations ont toutefois bien intégré cette limite et la perception complexe du statut de victime par la société. Les structures généralistes expliquent par exemple que le phénomène discriminatoire doit être pris avec beaucoup de prudence pour qu'il ne se retourne pas contre l'objet lui-même. Peu de structures évoquent la notion de "*statut de la victime*", et quand elles y font référence, il y a tout de suite la nécessité d'en sortir et de faire valoir ses droits. Ainsi, loin de se référer au statut juridique de la victime qui permet à cette dernière de faire valoir ses droits, les structures, par le biais de leur Responsable, font davantage référence au "*statut sociétal*"[473] de la victime. Etre victime est par conséquent perçu comme une état transitoire, éphémère sur lequel il faut agir et par dessus tout dépasser.[474]. Le terme de *victime de discriminations* apparaît en définitive comme très connoté, souvent associé à une certaine passivité ou à un état d'impuissance, renvoyant à des processus de victimisation. A l'inverse, la majorité des structures d'accompagnement s'attache à valoriser non seulement l'image d'une victime actrice et citoyenne, mais aussi à responsabiliser les victimes dans leurs choix.

En dehors de ce premier aspect des contraintes d'ordre sociétal qui pèsent sur la victime et la structure d'accompagnement, à savoir *la dimension ressenti susceptible d'être mise en cause", "l'origine comme motif de discrimination tous domaines confondus"* semble être un critère très sensible[475]. En effet, la mise en cause du « statut » de victime et donc de

[471] Situation d'une personne qui se maintient ou qui est maintenue dans un état de victime.
[472] ORIV, *op. cit.*, p. 33-34.
[473] Cette notion s'oppose au statut juridique de victime, reconnu par la justice à l'issue du procès et renvoie ainsi à la perception, mais surtout, à la reconnaissance de la victime de discrimination par la société.
[474] ORIV, *op. cit.*, p. 34.
[475] *Idem.*

la réalité de la discrimination est plus fortement marqué à l'égard de certains critères de discrimination comme celui de l'origine. Au-delà du fait qu'il s'agit du critère pour lequel la demande d'accompagnement est la plus forte, les enjeux qui lui sont associés semblent très spécifiques. Le doute sociétal et le processus de victimisation sont effectivement beaucoup plus développés face au critère de l'origine. "*Se dire victime*" est souvent perçu comme un prétexte face à un échec dans l'insertion, ou pour justifier une non-intégration au sein de la société. La directrice d'une structure d'accompagnement interviewé confie d'ailleurs à ce propos que « *le critère de l'origine est un critère spécifique, car il renvoie à l'identité propre de l'individu. Il existe un passif qui pèse sur les générations. Les victimes sont renvoyées à ça en dépit d'eux. Quand la discrimination est vis-à-vis des femmes par exemple, elle n'est pas identifiée de la même manière. Pour les autres critères de discrimination, il y a peut être plus de conscience juridique : les gens savent que c'est contraire à la loi. Les personnes qui viennent pour l'origine font moins référence à la loi. L'origine serait davantage de l'ordre du sociétal* ». L'enjeu se situe donc tant dans la reconnaissance d'un statut juridique que dans la prise en compte de la dimension subjective de la discrimination sans suspicion. La victime doit retrouver une crédibilité sociale en tant qu'acteur citoyen[476].

### 2- Contraintes politiques

*La majorité des acteurs de l'accompagnement des victimes de discriminations estiment que le contexte politique est peu propice à la lutte contre les discriminations.* En effet, cette dernière est considérée non seulement comme peu investie au niveau national, mais également comme peu portée politiquement par les politiques gouvernementales. Ils relèvent deux points. Le premier point est le développement de nouveaux paradigmes tels que l'égalité des chances, la discrimination positive et la diversité. Les juristes soulignent les conséquences que ces notions ont au niveau de la non-discrimination. Elles entraînent une incompréhension au niveau de la société, qui se pose la question de savoir si "*on lutte pour l'égalité ou est-ce qu'on valorise la différence par des quotas ?* ". Ces notions sembleraient préjudiciables dans une certaine mesure puisqu'au lieu de garantir l'égalité, elles œuvrent à stigmatiser les différences et tendent à effacer le référentiel de la non-discrimination. Vient

[476] ORIV, *op. cit.*, p. 35.

ensuite le second point, à savoir *le manque de cohérence entre certains discours politiques et les faits*. Certaines structures parlent d'une politique gouvernementale "*schizophrène*" eu égard notamment aux propos racistes de certains politiques[477].

**3- Contraintes économiques**

Des contraintes économiques pèsent également sur la victime. On les retrouve autant au niveau d'une poursuite judiciaire pour discrimination à l'embauche que pour des actions en justice pour discrimination dans le travail et *à fortiori* dans les autres domaines où sévissent les discriminations. Toutes les structures d'accompagnement interrogées sur la ce point ont relevé cette contrainte à travers notamment les notions de *"coût/avantage*" et "*intérêts de la personne*". En effet et dans un premier temps, engager des poursuites pour des faits de discrimination peut présenter des risques. Pour le salarié victime de pratiques discriminatoires dans son activité professionnelle, le fait d'agir en justice contre la personne qui l'emploie peut dans certains cas lui faire perdre son travail. Notons à ce propos que la protection contre les mesures de rétorsion si elle existe bien peut être difficile à mettre en œuvre, les employeurs pouvant user de différents moyens, tels que pousser à la faute, pour se dégager d'un employé devenu gênant. Faute de revenu, sans apport financier, la victime aura bien du mal à ester en justice puisque cela implique bel et bien un coup financier. La situation est encore plus difficile, dans un second temps, pour le candidat au recrutement puisque dans la majorité des cas il ne dispose d'aucun revenu lui permettant de se payer les honoraires d'un avocat. Ainsi, le manque de moyens financiers représente un gros handicap pour la victime en ce sens qu'il impacte sur son choix et limite ses marges de manœuvre. La mise en place de l'aide juridictionnelle[478] pourrait justement être un soutien considérable pour les personnes victimes de discriminations et désirant poursuivre une action en justice sans toutefois avoir les moyens financiers adéquats pour le faire. Mais là encore, les choses ne sont guère plus faciles puisque en pratique, certains avocats refusent catégoriquement de se faire rémunérés par ce moyen.

[477] *Idem.*

[478] Aide financière qui permet aux personne sans ressources ou ayant des revenus modestes d'obtenir la prise en charge par l'Etat, selon les revenus de l'intéressé, de la totalité ou d'une partie des frais d'un procès (honoraires d'avocat, frais d'huissier ou d'expertise, etc.). Elle peut être accordée devant toutes les juridictions dans les conditions prévues par la loi et après étude du dossier adressé ou déposé au bureau d'aide juridictionnelle.

**4- Contraintes juridiques**

Si le statut juridique de victime découle directement de la reconnaissance par le tribunal du préjudice subi, pour le délit de discrimination il s'avère que le parcours de la victime vers cette reconnaissance est impacté par différents obstacles d'ordre juridique. La preuve et l'accès au droit, la longueur des procédures sans garantie de suites favorables, le refus de prendre les plaintes, et les interrogations sur le positionnement des Parquets sont les principaux obstacles juridiques qu'il convient de relever et d'expliciter.

*La preuve et l'accès au droit est la première contrainte d'ordre juridique que les structures chargées de l'accompagnement des victimes ont relevée*. En effet, la preuve des faits reprochés conditionne l'accès au droit . Pour ainsi dire, "*pas de preuve, pas d'accès au droit*". En l'absence de preuve des faits reprochés et même si la discrimination est avérée, la victime ne pourra pas saisir la justice et faire reconnaître la réalité de son préjudice. Deux éléments sont toutefois à distinguer dans la problématique de la preuve. Le premier point est la difficulté à prouver le lien entre les faits reprochés et l'intention. En d'autres termes, comment savoir et prouver l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'un des critères de discrimination inscrits à l'article 225-1 du Code pénal ? Le second élément est lié à la difficulté d'obtenir des éléments de preuve. Les acteurs de l'accompagnement insistent d'ailleurs sur le fait qu'ils rencontrent très peu de discriminations évidentes. Les personnes mises en cause posent rarement des actes discriminatoires explicites et motivés. Il s'agit le plus souvent d'une situation où "*la parole de la personne qui s'estime discriminée s'oppose à celle du mis en cause*". Par ailleurs, la preuve est plus difficile à obtenir dans certains cas. C'est le cas justement lorsqu'il s'agit de discrimination dans l'accès à l'emploi. La difficulté réside ici dans la comparaison à établir entre différents candidats à l'emploi. Ainsi, il s'avère plutôt compliqué de remettre en question le choix de l'employeur. De plus, la recherche de la preuve est beaucoup plus délicate lorsque le mis en cause est une personne publique. Le poids de la hiérarchie et l'esprit de corps, opérant au sein des équipes constitutives de ces institutions, contribuent à déliter les responsabilités au niveau interne dans de tels secteurs où l'égalité est de principe. De plus, les institutions publiques disposent des ressources ainsi que de moyens beaucoup plus importants pour se défendre[479].

[479] ORIV, *op. cit.*, p. 36.

*La longueur des procédures sans garantie de suites favorables pour la victime est le deuxième élément que nous pouvons identifier en tant que contrainte juridique*. En effet, face à des situations discriminatoires, il semble très important d'agir vite. Les victimes étant pour la plupart dans des situations délicates les plaçant dans des impératifs d'urgence afin d'éviter toute rupture sociale. Or tant au niveau des tribunaux, que de la HALDE où le délai de traitement des dossiers des réclamants varie entre 6 et 12 mois, on ne peut que faire le malheureux constat de la longueur, voir de la lenteur, des procédures.

*Le refus de prendre les plaintes est le troisième élément constitutif d'une réelle contrainte d'ordre juridique*. Les structures d'accompagnement des victimes, généralistes et spécialisées, ont abordées d'elles-mêmes la difficulté consistant à faire accepter les dépôts de plaintes pour discriminations tous domaines confondus. En ce sens, le travail de la police municipale est indexé. Cette difficulté résulte de deux constats. Soit le dépôt de plainte est refusé en raison de la méconnaissance par les agents de police que la discrimination est un délit, ou alors tout simplement de manière tout à fait consciente, soit encore parce que la personne est réorientée, par les mêmes agents de police, vers une main courante dont on sait qu'elle n'a aucune valeur juridique dans le cas d'une éventuelle poursuite pénale[480].

*Le positionnement des Parquets est la quatrième contrainte juridique à noter.* En effet, différents constats effectués par les structures et les techniciens de la discrimination mettent en évidence que le délit de discrimination n'arrive pas encore à vraiment entrer dans la sphère juridique, et s'arrête au niveau de la décision des Parquets. Le nombre plus qu'important des classements sans suite invoqués par les acteurs de l'accompagnement, en témoigne. En effet, ces derniers se heurtent très souvent à des problèmes de preuve et aux retours de dossiers portant la mention "*l'infraction n'est pas suffisamment caractérisée*". Parallèlement, si les associations d'aide aux victimes sont homologuées par le Ministère de la justice et peuvent, à ce titre, réaliser des médiations pénales, il n'en demeure pas moins que c'est une pratique peu utilisée pour des faits de discriminations. De ce constat, ne peut que naître une incompréhension sur la nature de la preuve à apporter et sur la non-prise en compte de la spécificité du délit de discrimination[481]. D'autres interrogations sont portées

[480] *Idem*.

[481] « *Les personnes attendent des preuves objectives au sens "science dure" or on ne voit ces éléments que dans des cas exceptionnels. Même si on a des éléments probants, ces éléments ne sont pas toujours pris en compte*

spécifiquement sur le positionnement des Parquets. Les structures d'accompagnement se posent la question de l'impartialité en évoquant les "*priorités*" des Procureurs. « *Puisque le Parquet représente l'Etat, il a donc un profil particulier. Il semble donc moins indépendant que les magistrats du siège. Par le Parquet, c'est aussi l'Etat qui s'exprime. Or ce dernier ne semble pas vraiment s'investir. Que les choses n'aboutissent pas à une condamnation c'est une chose, mais qu'elles n'arrivent même pas au jugement, c'en est une autre. On n'a même pas la possibilité d'aller expliquer devant le juge, on estime donc que ça ne vaut pas la peine de s'en occuper(...)* », témoigne une Directrice de structure d'accompagnement interrogée. De même, le représentant d'une structure d'accompagnement participant à l'étude menée en Alsace par l'Observatoire Régional des Inégalités et de la ville (ORIV) sur l'Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations, témoigne sur la manière dont la discrimination et la victime de cette infraction sont traitées et abordées pendant le procès. Il relève en effet qu'il existe un vrai doute qui subsiste sur la véracité et le caractère plausible de ce délit. L'argumentaire développé par la partie adverse, visant à déconstruire le délit spécifié, était de mettre en avant la psychologie instable de la personne, ceci malgré l'existence de preuves objectives indiquant pourtant la réelle différence de traitement dans l'évolution de carrière de la victime[482].

**B- Impact des contraintes sur le parcours des victimes**

Les contraintes sociétales, politiques, économiques et juridiques existent dans le contexte précis où les victimes de pratiques discriminatoires doivent opérer un choix quant à la poursuite judiciaire des faits incriminés qui leur causent préjudice. Le système constitué de ces contraintes de différentes natures impacte forcément sur le parcours des victimes ; l'impact de ces contraintes se traduisant alors de deux manières. Tout d'abord de manière directe sur les victimes de discriminations tous domaines confondus, plus précisément en le fait qu'elles influencent leur choix(**1**) et de manière indirecte ensuite, à travers les acteurs en charge de leur accompagnement (**2**).

---

*parce que pas considérés comme tenant la route. Partant de là, c'est difficile* » confie un Directeur de structure dans l'étude réalisée par l'ORIV sur cette thématique. Voir, ORIV, *op. cit.*, p. 37.

[482] *Idem.*

### 1- Impact direct sur le choix des victimes

Les victimes qui sollicitent l'accompagnement proposé par les structures qui en ont la charge, intègrent les différentes contraintes analysées lors des phases d'information et d'orientation, étapes constitutives de l'accompagnement juridique. Dès l'information des victimes, les structures prennent en compte ces limites, notamment les contraintes d'ordre juridique, parce qu'il s'agit bien de venir en aide aux personnes désireuses et de ne surtout pas les mettre en échec. La plupart des personnes reçues par les structures ne connaissent pas en détail les procédures juridiques qui existent en la matière. Elles sont donc informées non seulement sur leur consistance mais aussi sur leurs limites respectives. Le but n'est pas de les décourager dans leur volonté de poursuivre le mis en cause au pénal ou au civil, mais plutôt de leur permettre de faire un choix en toute connaissance de cause. Les personnes en question sont donc préparées à leur futur parcours. Aux contraintes juridiques, viennent s'ajouter les contraintes individuelles de chaque personne telle la précarité financière. Le degré de contraintes varie donc en fonction de chaque individu. *La décision de poursuivre, ou non, est multifactorielle et le choix du parcours est assurément une des notions les plus difficiles à saisir.* Toutefois, nous pouvons émettre l'hypothèse de l'existence d'un lien étroit entre le degré de contraintes et la décision d'engager des poursuites judiciaires[483]. En effet, des personnes qui, dès le départ, ont manifesté l'envie de poursuivre en justice les auteurs de pratiques discriminatoires à leur encontre, choisissent parfois de modifier leur parcours au vu des informations reçues au sein des structures. Deux cas de figures se présentent dès lors, comme en témoigne l'étude menée par l'ORIV sur la question en Alsace[484]. Certaines personnes décident de ne pas aller plu loin en termes juridiques et, le cas échéant, excluent toutes poursuites judiciaires, pour se tourner vers la médiation lorsqu'elle est possible. Les personnes dans ce cas précis s'estiment satisfaites du travail d'écoute et de qualification de l'infraction effectué par la structure et décident d'en rester là. Des mots ont ainsi pu être posés sur une situation qui jusque lors ne relevait que du ressenti. pour la victime c'est déjà là une certaine forme de reconnaissance dans un contexte où la reconnaissance juridique est difficile à obtenir. D'autres refusent d'emblée les actions de bon office et choisissent de

[483] Ce qui renvoie précisément à la notion de "*coût/avantage*" introduite lors de notre développement sur les contraintes économiques, très régulièrement évoquée par les acteurs en charge de l'accompagnement des victimes.
[484] ORIV, *op. cit.*, p. 38.

poursuivre leurs démarches pour faire reconnaître le préjudice qu'elles ont subi, soit par la condamnation, soit par la réparation, soit par la condamnation et la réparation que vise le recours pénal.

### 2- Impact indirect à travers les acteurs de l'accompagnement

La difficulté consistant à faire aboutir une action en justice pour discrimination amène également les structures d'accompagnement à envisager toutes les pistes d'actions possibles. Ainsi, différentes stratégies seront mises en place pour faire aboutir les actions contre les discriminations. L'une de ces stratégies consiste très souvent à changer la nature de l'infraction pour constituer un autre délit que celui de discrimination afin d'accroître les chances d'aboutissement sur le plan du traitement précisément. L'exemple très récurrent est la constitution du "*licenciement abusif*" à la place de "*la discrimination*" notamment en cas de licenciement discriminatoire intervenu dans le travail. C'est ce que fait la plupart des acteurs de l'accompagnement et qu'ils reconnaissent lorsqu'ils soulignent que « *même si on suspecte une discrimination (...), mais comme la preuve est difficile à obtenir, on reste sur du licenciement abusif qui sera plus simple à mener »*[485]. Ce système de contraintes réelles qui impacte sur l'efficacité des dispositifs juridiques, introduit un décalage entre l'idée que les acteurs de l'accompagnement ont du droit et leurs pratiques concrètes qui prennent en compte ces contraintes. L'adaptation des structures aux contraintes spécifiées contribue à redéfinir le champ du système juridique de la non-discrimination et surtout à interroger la place du droit comme « *sanction* », incarné dans les poursuites judiciaires et parallèlement celle des alternatives au droit telles que la médiation[486].

## C- Conséquences sur le système juridique de la non-discrimination

Les différentes contraintes inhérentes à la poursuite d'une action en justice pour discrimination ont *in fine* des répercussions importantes sur le système juridique de la non-discrimination. Deux éléments permettent d'identifier et de renseigner la matérialité même

[485] *Idem*.
[486] ORIV, *op. cit*., p. 39.

de ces conséquences. Le premier élément relève du constat, à savoir l'existence certes d'un cadre juridique, mais peu effectif en pratique (**1**). Le deuxième élément relève quant à lui d'une interrogation sur le rôle alternatif ou circonscrit des alternatives aux poursuites (**2**).

### 1- Cadre juridique présent certes, mais en pratique peu effectif

L'existence d'un cadre juridique des discriminations, arrêté et défini, constitue en soi un réel atout dans la mesure où il s'agit d'un point objectif à partir duquel l'action est possible ; la loi normant ainsi l'action. Le fait que la non-discrimination soit une dimension inscrite dans le droit fait de lui un principe se situant au-delà de la morale. Pour ainsi dire, le droit ne dis pas ce qui n'est pas bien, mis ce qui n'est pas possible. La loi pousse donc les personnes à endosser leurs responsabilités; leurs comportements sont conformes ou alors non conformes au droit. Néanmoins, l'ensemble des acteurs chargés de l'accompagnement des victimes déplore le fait que la loi reste une texte juridique désincarné dans la mesure où elle n'est pas appliquée. Les professionnels dénoncent ainsi un sentiment d'impunité qui plane sur le système général de la non-discrimination dans lequel l'application de la loi n'est pas systématique et très limitée[487].

### 2- Rôle alternatif ou circonscrit des alternatives aux poursuites ?

Une question se pose à propos de la place des alternatives aux poursuites dans ce contexte de crise du système juridique. Les opinions divergent en effet selon la position des personnes interrogées. La HALDE considère la médiation sociale comme une solution à part entière dans les cas de discrimination où on peut y recourir. Elle n'est pas là seulement pour palier les limites du droit. Il s'agit d'un processus de règlement amiable des conflits qui comporte une fonction de régulation sociale. Un tiers impartial, incarné dans la personne du médiateur, tente avec l'accord préalable des parties de trouver une solution amiable au conflit. Elle ne relève d'aucune disposition juridique contrairement aux médiations pénales et familiales. Pour les structures généralistes, la médiation pénale a un rôle très positif dans la résolution des conflits inter-individuels. Elle constitue une réponse judiciaire à certains

[487] *Idem.*

types d'infractions. Déclenchée à l'initiative du Procureur de la République qui nomme un médiateur pénal pour faire un rappel à la loi aux parties et tenter une solution amiable. En cas d'échec, l'affaire est renvoyée au Procureur, qui décidera alors de la suite à donner à la plainte. Les structures d'accompagnement généralistes pensent moins la médiation pénale comme une alternative, mais davantage comme une solution première à part entière. Elle permet de trouver rapidement une solution, tout en évitant les procédures judiciaires pour le moins complexes et incertaines. D'autres acteurs de l'accompagnement consacrent, pour leur part, le rôle du droit dans sa fonction de sanction par opposition aux alternatives aux poursuites, quelles qu'elles soient. Toutefois, l'ensemble des acteurs de l'accompagnement ont en commun de considérer que les sanctions juridiques sont efficaces dans les cas où la discrimination indexée est volontaire et récurrente. Au contraire, la médiation sociale pour la HALDE et pénale pour les autres acteurs, peut être préférable pour les personnes qui ont commis des discriminations sans en avoir conscience et qui n'ont pas enfreint délibérément la loi ; le droit devant alors sanctionner les situations lourdes[488]. Il en ressort donc une idée de proportionnalité fonction de l'intention de discriminer du mis en cause ou, inversement, de sa bonne foi. Les médiations ne sont pas aussi frontales que les procédures judiciaires en effet. Mais l'écoute et le dialogue qu'elles engendrent, permettent de bien faire remonter les responsabilités de chacun ; alors que la justice représenterait davantage une rupture et des rapports conflictuels, d'après les acteurs. Pour les personnes en charge des structures et les techniciens, les médiations sont plus conçues comme des alternatives aux poursuites. C'est l'avis notamment des juristes pour qui, le droit doit rester la règle, surtout en cas de dysfonctionnement du système. Le risque étant alors de créer un système parallèle au droit et qui devient le système principal.

Dans la pratique quotidienne des structures chargées de l'accompagnement des victimes, deux constats sont à faire. Le premier constat est que *les pratiques sont orientées plus fortement vers une absence de mobilisation du droit « sanction»*. Les alternatives aux poursuites sont là pour combler un déficit du droit causé par ses dysfonctionnements. Ce mode de recours alternatif tend, de fait, à devenir le système principal. C'est la raison pour

[488] L'idée étant que la médiation sociale n'a de sens que lorsqu'elle ne s'applique pas à des infractions graves. Elle ne doit pas, comme le soulignent certains acteurs de l'accompagnement, "*être un sparadrap sur une plaie ouverte*". Mais pour les situations lourdes, la médiation n'est pas adaptée parce que ça revient à dédouaner l'auteur d'une question de responsabilité et à l'inverse de déconsidérer la démarche de celui qui a porté plainte. Voir, ORIV, *op. cit.*, p. 40.

laquelle certains acteurs envisagent la médiation pour contourner le problème que pose la preuve. Or les juristes rappellent que pour engager une médiation et arriver à un accord ou arrangement à l'amiable, il convient d'être en possession d'un certain nombre d'éléments pour que le mis en cause ait intérêt à négocier. Par ailleurs, les médiations pénales sont en pratique très limitées. Le parcours des victimes se limiterait alors à un choix binaire à savoir les recours juridiques et la médiation sociale. Même si les acteurs de l'accompagnement, juristes pour la plupart, consacrent le rôle du droit « sanction », ils orientent presque de manière systématique les cas discriminatoires qu'ils jugent avérés vers les correspondants de la HALDE. Or, cette dernière pratique essentiellement des médiations sociales et fait des délibérations. Les juristes contribuent, de la sorte, à alimenter un système qu'ils dénoncent. *Le deuxième constat se situe au-delà de l'opposition apparente entre la sanction juridique et les alternatives aux poursuites*. Tout d'abord, se pose *l'enjeu majeur de la reconnaissance de la victime*. Tous les acteurs s'accordent sur le fait que seule la sanction par le droit est en mesure d'apporter une reconnaissance juridique à la victime, un enjeu des plus importants dans un contexte où le statut juridique conditionne le statut sociétal de la victime. Ainsi, les acteurs de l'accompagnement analysent la médiation comme un contrat où deux parties sont liées dans une négociation. Le vocabulaire alors employé à cet égard est important. Il n'y a ni plaignant, ni mis en cause. De plus, les parties ne traitent pas sur un même pied dit d'égalité, même s'il s'agit bien d'un accord commun. Caque partie négocie par rapport à son poids, ce qui a tendance à accroître le déséquilibre. *L'importance d'impacter, à terme, les comportements et les pratiques des acteurs potentiellement discriminatoires* apparaît en second lieu[489]. La sanction confère au droit un pouvoir d'exemplarité qui impacterait alors de manière indirecte les pratiques et comportements professionnels. Mais cet aspect est à considérer de manière nuancée, car dans la pratique la sanction exemplaire reste rare. Elle n'intervient que pour les cas les plus graves. La sanction seule sans prévention conserve un pouvoir relativement limité. Au contraire, la médiation semblerait, mieux à même n'est-ce pas de corriger les pratiques dans les cas où les parties en présence, et notamment le mis en cause, seraient de bonne foi. Toutefois, la généralisation des alternatives aux poursuites pour les cas de discrimination qui s'y prêtent en raison notamment de l'absence du droit-sanction, risque d'apparenter la médiation à la sensibilisation des parties *à posteriori*. Dans un système juridique en crise, il convient d'être très vigilant à ne surtout pas confondre les

[489] ORIV, *op. cit.*, p. 41.

pratiques de prévention et les pratiques de médiation. Il y'aurait, comme le souligne l'étude menée sur la question en Alsace, un risque à considérer la médiation comme un outil de prévention, de sensibilisation[490].

## Conclusion

Face aux discriminations qui sévissent dans l'accès à l'emploi et dans le travail, le droit français offre effectivement un panel de voies d'action aux victimes pour faire valoir leur droit. L'action en justice, à travers notamment les recours pénal, civil et administratif, est la voie d'action légalement garantie contre les discriminations. Mais la méconnaissance du droit de la non-discrimination par les personnes victimes de cette infraction justifie leur prise en charge préalable par des structures appropriées, leur permettant d'abord de savoir si leur situation est véritablement constitutive d'une discrimination, les renseignant ensuite sur leurs droits et obligations, afin qu'elles puissent mieux et surtout bien choisir parmi les différents moyens d'action possibles, le mieux à même de répondre à leurs attentes. Cette étape de "*l'accompagnement des victimes et leur accès au droit*" est très importante dans le parcours général des victimes de discriminations. Son analyse nous renseigne en effet sur l'identité des acteurs de l'accompagnement, leurs pratiques qui varient en fonction de leur spécificité, ainsi que leur degré d'implication. De manière générale, l'accompagnement des victimes n'est pas exempt de critiques. Ainsi*, la première critique porte sur son caractère très individualisé c'est-à-dire à destination de la "victime" et non "des victimes", avec une dimension sociétale des discriminations qui est peu considérée et la mobilisation collective des victimes qui est inexistante dans une optique plus politique*[491]. En le *traitement morcelé des victimes de discrimination, nous pouvons émettre une seconde critique*. Le traitement est morcelé au sein même de la sphère d'accompagnement d'abord, notamment entre les acteurs de l'information et ceux qui relèvent du conseil[492] ; et ensuite entre les acteurs de la sphère d'accompagnement[493] et celle du traitement[494]. Pourtant, la prise en compte des

[490] *Idem.*
[491] ORIV, *op. cit*., p. 24.
[492] Les avocats.
[493] Acteurs qui accompagnent la victime par l'information ou le conseil.
[494] Traitement du dossier de la victime par les acteurs institutionnels sollicités selon les recours (HALDE et tribunaux). Voir, MOUREY (L.), *op. cit*, p. 35.

parcours des victimes dans leur globalité est comme un enjeu majeur. Pour une infraction encore récente et peu connue comme la discrimination, le morcellement, l'étanchéité entre les phases d'accompagnement et de traitement, l'absence d'échanges entre les acteurs, ou encore le manque de visibilité, empêchent la maîtrise des parcours des victimes. *Une autre critique faire porte sur la tendance actuelle de certaines structures à recourir davantage à des modes alternatifs de règlement des conflits issus de discriminations*. S'il est vrai que ces méthodes consacrées par la pratique présentent des avantages tels la célérité du règlement des situations conflictuelles et le désengorgement des juridictions, leurs inconvénients sont bien plus nombreux notamment en ce qui concerne l'infraction de discrimination. En effet, elles empêchent la reconnaissance juridique et *à fortiori* sociétale du statut de victime dans la mesure où, la victime est "*une partie à un contrat*" et "*non une victime*". De plus, elle ne permet pas au mis en cause de répondre de ses actes face à la justice, ce qui lui permettrait pourtant de prendre conscience de la gravité de ceux-ci et d'intégrer que toute violation de la loi ne reste pas toujours impunie. *In fine,* ces méthodes œuvrent en faveur de l'absence du droit-sanction, contribuant ainsi à rendre ineffectives les voies d'action juridictionnelles. De même, les contraintes d'ordre notamment juridique que les victimes rencontrent quand elles désirent ester en justice pour des faits de discriminations, tels *la difficulté de rapporter la preuve des pratiques discriminatoires, le refus par la police de prendre des plaintes pour discrimination ou la réorientation des victimes vers la main courante n'ayant pourtant pas de valeur juridique, ainsi que le positionnement des Parquets consistant dans certains cas à procéder au classement sans suite des plaintes pour discriminations sans toutefois justifier précisément en quoi l'infraction n'est pas suffisamment caractérisée*, constituent des freins à l'application du droit-sanction et donc à la pleine effectivité des voies d'action légales.

De telles critiques ne sont pas toutes irrémédiables. D'où l'intérêt dans ce point précis de notre réflexion, de faire des préconisations. La première préconisation que nous pouvons faire porte sur *les associations d'aide aux victimes et le rapport au mis en cause pour des pratiques discriminatoires dans le cadre de l'accompagnement des victimes*[495]*.* En effet, la complexité du phénomène discriminatoire[496] nécessite que les acteurs/juristes en charge de l'accompagnement des victimes réinterrogent leurs pratiques professionnelles

[495] ORIV, *op. cit*., p. 44.
[496] Phénomène parfois volontaire et conscient, dans d'autre situation involontaire et inconscient, voir même dépassant l seul cadre/pouvoir de l'individu mis en cause comme en matière de discrimination systémique.

en termes d'approche des cas de discrimination et d'orientation des victimes. Au niveau de l'approche, les juristes ne se placent que du côté de la victime qui vient les solliciter. Or, la nature complexe de la discrimination révèle la limite d'une approche seulement centrée sur la victime. Une approche qui ne considère que les conséquences ou encore les résultats de la discrimination, sans malheureusement s'intéresser aux mécanismes de sa production. Au niveau de l'orientation, il est assurément nécessaire de maintenir le rôle du droit-sanction. Toutefois, reconsidérer le rôle d'autres procédés de règlement des conflits résultant des cas de discrimination, tels les médiations sociale ou pénale lorsque la discrimination commise n'est pas volontaire, est à encourager. Le nouvel enjeu étant de savoir si l'accompagnement de la victime doit être fonction du type de discrimination. En d'autres termes, l'intention de discriminer doit-elle être alors devenir un élément déterminant de l'accompagnement de la victime malgré la difficulté qu'il y a à la décerner ? L'association Droit pour la justice[497] a, pour sa part, proposé *l'idée de développer une « chaîne du droit » comme outil de dialogue entre les professionnels du droit intervenant auprès des victimes de discriminations*. Il est important d'y inclure l'ensemble des acteurs intervenant à la fois dans l'accompagnement et dans le traitement des victimes[498], ces deux sphères étant trop souvent scindées. Au sein de cette chaîne interprofessionnelle, les acteurs pourrons communiquer sur des problèmes spécifiques telle la question de la preuve ; élaborer un cadre référentiel, des actions et des outils communs[499] pour éviter les classements sans suite ; compléter respectivement leurs expériences en la matière ; aborder la question des différents types de poursuites et enfin aider la victime à ce qu'elle puisse devenir un véritable acteur de la procédure. Notons que l'implication de tous les acteurs-maillons de cette « *chaîne du droit* » est la condition même de son succès. Il convient aussi de *communiquer sur les procédures d'accompagnement et de traitement des victimes de discriminations*[500]. En effet, pouvoir identifier précisément et rapidement les interlocuteurs compétents en termes d'accompagnement des victimes est très important puisque, de la sorte, ces dernières sauront exactement à qui s'adresser dans leurs démarches. D'où l'intérêt des actions de communication à destination des victimes et sur les personnes relais qui sont susceptibles de les orienter vers un premier interlocuteur,

[497] DpJ, http://droitpourlajustice.e-monsite.com/
[498] Associations d'aide aux victimes, juristes, HALDE/Défenseur des droits , inspecteurs du travail, syndicats, gendarmerie, police, référents discriminations au sein des Parquets, enquêteurs, procureurs, juges, etc.
[499] Grille pour identifier et qualifier une situation de discriminatoire, savoir mobiliser les modes de preuves les plus adaptés, constituer un dossier recevable, etc.
[500] ORIV, *op. cit*., p. 45.

ou plus largement les acteurs de l'accompagnement. En Alsace par exemple, cette idée a été concrétisée pour la première fois par l'ORIV qui a réalisé, en 2010, le premier annuaire « *Emploi et discriminations raciales en Alsace* ». Cependant, il manque cruellement un outil plus pratique en termes d'utilisation et orientation des victimes. Une liste répertoriant les différentes structures n'est pas suffisante. Il faudrait en effet, avoir plus d'informations sur leur nature à savoir généraliste ou spécialisée, savoir quelles structures sollicitée selon les différentes situations et si celles-ci réalisent en pratique des accompagnements dans les cas de discrimination. Une telle réalisation permettrait d'éviter de balader la victime entre deux ou plusieurs interlocuteurs et de cibler d'emblée les acteurs compétents pouvant proposer dans la pratique un accompagnement spécifique et adapté[501].

Dans une logique comparative, qu'en est-il des droits des victimes dans les pays européens voisins eux aussi engagés dans la lutte contre les discriminations dans le travail ? Les études de législation comparée[502] y relatifs révèlent, entre autres, qu'aux Pays-Bas, les victimes peuvent directement s'adresser à la Commission pour l'égalité de traitement, qui est un organisme indépendant enquêtant dans les affaires de discriminations et pouvant en cas de besoin offrir sa médiation, voire entamer une procédure judiciaire[503]. Elles peuvent également demander, à leur comité d'entreprise ou à une association œuvrant pour la lutte contre les discriminations, de saisir la Commission. Lorsqu'elle estime la demande fondée, la Commission mène une enquête. Elle dispose pour cela de larges pouvoirs[504]. Bien que ses conclusions n'aient aucune force exécutoire, elles sont généralement suivies. Il lui est aussi possible d'ester en justice afin d'obtenir l'annulation d'une mesure discriminatoire et/ou la réparation financière du préjudice causé à la victime. Au Danemark par contre, les victimes de discriminations dans le travail doivent, pour faire valoir leurs droits, utiliser les règles de droit commun relatives aux actions en justice devant les juridictions ordinaires. En Espagne où le principe d'interdiction de toute discrimination est un principe constitutionnel qui jouit d'un niveau de protection très élevé, les victimes peuvent, par le recours dit d'"*amparo*"[505],

[501] *Idem.*
[502] Voir, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, Etude de législation comparée réalisée par le Service des Affaires européennes du Sénat français, *op. cit.*
[503] Loi du 2 mars 1994 sur l'égalité de traitement, *op. cit.*
[504] Convocation des diverses parties et des tiers, demande de documents, vérifications sur place.
[505] Le recours individuel d'amparo, c'est-à-dire de protection, permet aux particuliers lorsqu'un acte juridique viole l'un de leurs droits fondamentaux, de saisir le Tribunal constitutionnel après épuisement des voies de recours ordinaires. Voir article 53-2 de la Constitution espagnole.

saisir directement le Tribunal constitutionnel. Les syndicats sont eux aussi admis, en vertu de la loi sur la procédure devant les tribunaux du travail, à défendre les intérêts individuels de leurs membres en exerçant une action en justice. Il n'existe pas de procédure spécifique qui permet aux victimes de discrimination dans le travail, en Allemagne, de faire valoir leurs droits. Tout au plus, la loi sur les conseils d'établissements autorise ceux-ci et les syndicats représentés au sein de l'entreprise, à ester en justice contre l'employeur qui viole de "*façon grossière*" l'une des obligations qu'elle énonce[506]. Seules, les législations belge et anglaise offrent de puissants moyens d'actions aux victimes. La loi belge de 1981[507] prévoit d'ailleurs que les associations de défense des droits de l'homme ou de lutte contre la discrimination, dans la mesure où elles existent depuis au moins cinq ans, ainsi que les syndicats, peuvent agir en justice relativement à tous les litiges que son application provoque. Pour cela, il leur faut l'autorisation de la victime[508]. De plus, le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme dispose lui aussi de cette même faculté, qu'il n'utilise que dans les affaires particulièrement graves ou devant servir d'exemples. Il vient en aide aux victimes de façon indirecte en leur prodiguant conseils et informations, voir même en se constituant partie civile lors d'une action en justice[509]. En Grande-Bretagne, les victimes peuvent saisir la Commission pour l'égalité raciale qui constitue le principal vecteur d'aide aux victimes de discriminations. La Commission leur apporte surtout une aide indirecte dans la mesure où la loi l'autorise à fournir "*toute forme d'assistance qu'elle juge appropriée*"[510] ; laquelle se traduit par des conseils aux victimes, le règlement extrajudiciaire des conflits, ainsi que la mise à disposition d'avocats pour les conseiller et, le cas échéant, les représenter en justice. La Commission peut elle-même également saisir la justice lorsqu'elle a connaissance d'une offre d'emploi discriminatoire ou d'une incitation à la discrimination.

L'étude des différentes voies d'action permettant aux victimes de discrimination dans le travail de faire valoir leurs droits, fait ressortir les recours contre les discriminations vécues lors de l'embauche. Après la définition du délit de discrimination à l'embauche et l'étude des droits des personnes qui en sont les victimes, il paraît opportun de s'intéresser maintenant à la sanction de la discrimination dans l'accès à l'emploi.

---

[506] Article 23 de la loi sur les Conseils d'établissements, *op. cit.*
[507] Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *op. cit.*
[508] Articles 1-1 et 2 bis de la loi précitée, consacrés au domaine de l'emploi.
[509] Loi du 15 février 1993 portant création du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.
[510] Article 43 de la *Race Relations Act* ou loi sur les discriminations raciales du 22 novembre 1976, *op. cit.*

## Chapitre 3 : Sanction des actes discriminatoires à l'embauche

Parce qu'ils enfreignent le principe de non-discrimination fortement ancré dans la législation française[511] qui prohibe toute discrimination notamment dans le travail[512], et parce qu'ils portent atteinte à la dignité de l'Homme[513], les actes discriminatoires vécus lors de l'embauche sont sanctionnés en droit. Ceci se matérialise par la prise et le prononcé de sanctions à l'encontre des personnes reconnues comme en étant les auteurs[514]. Autrement dit, les employeurs ou recruteurs privés et publics doivent répondre de tels agissements. Le prononcé des sanctions auxquelles ils s'exposent relève des juges rattachés aux différentes juridictions par devant lesquelles les recours ont été formés[515]. Force est alors de constater que, de par la pluralité des recours notamment juridictionnels[516], les sanctions prononcées par le juge en application des textes de lois en vigueur sont toutes aussi diverses.

Toutefois, pour que ces sanctions puissent être prononcées, encore faut-il que la preuve des actes discriminatoires reprochés soit rapportée. La question de la preuve est d' ailleurs l'une des problématiques essentielles en matière de discrimination ; à qui incombe la charge la preuve ? Dès lors, comment procéder ? En effet, si l'identification des situations discriminatoires est, aujourd'hui, plus aisée grâce à la détermination précise des motifs sur lesquels elles se fondent généralement[517], l'administration de la preuve en la matière n'est pas aussi simple en raison de la nature même de l'infraction discriminatoire[518] d'une part et d'autre part, eu égard au respect des principes directeurs du procès en droit français que sont le principe de légalité et la présomption d'innocence[519]. Concernant particulièrement la discrimination à l'embauche, la preuve est très difficile à rapporter parce qu'il reviendrait

---

[511] *Le principe de non-discrimination en droit français*, voir *articles 225-1 du Code pénal, L. 1132-1 du Code du travail, 6, 5, 8, 18 et 23 relatifs au droit de la fonction publique tels qu'issus de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, op. cit.*

[512] Article 225-2, 3° du Code pénal.

[513] Le candidat à l'emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise, le salarié, le fonctionnaire.

[514] Personnes physiques et morales.

[515] Tribunal correctionnel, conseil de prud'hommes et tribunal administratif.

[516] Recours pénal, civil et administratif.

[517] Article 225-1 du Code pénal.

[518] L' identification des motifs sur lesquels se fonde le délit de discrimination ne suffit pas à le caractériser. Il faut également prendre en compte sa forme d'expression (classification sociologique).

[519] Article 6, paragraphe 2 de la CEDH: « *Toute personne qui se voit reprochée une infraction est réputée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été légalement et définitivement établie* ».

au demandeur de prouver que c'est bien en raison d'une caractéristique personnelle[520] et non en raison de son profil professionnel[521] qu'il a été discriminé lors d'un recrutement[522]. Fort heureusement, la loi du 16 novembre 2001[523] est venue aménager le régime juridique de la preuve[524] en la matière en la rendant, pour la victime principalement, moins difficile à rapporter en fonction du type de recours juridictionnel effectué.

S'interroger sur la sanction des actes discriminatoires à l'embauche nous invite à étudier le jugement de ces infractions. Aussi, il conviendra d'abord de renseigner le régime juridique de la preuve qui s'applique en la matière et qui varie selon la juridiction saisie, et ensuite de s'intéresser à la matérialité même de la sanction. Autrement dit, quelles sont les règles qui régissent la charge et l'administration de la preuve des actes discriminatoires à l'embauche ? Dès lors, quelles sont les sanctions prononçables à l'encontre des personnes, physiques ou morales, reconnues juridiquement comme étant auteurs de cette infraction ?

Pour y répondre, nous procéderons à l'analyse successive du déroulement des poursuites lorsqu'elle sont engagées devant la juridiction répressive (**Section 1**) et, ensuite, lorsqu'elles le sont devant la juridiction civile (**Section 2**). Nous n'aborderons cependant pas le déroulement des poursuites engagées devant la juridiction administrative, en raison des similitudes existant avec les poursuites civiles, en ce qui concerne le régime juridique de la de la preuve et la matérialité de la sanction.

## Section 1 : Déroulement des poursuites devant la juridiction répressive

Les victimes de pratiques discriminatoires à l'embauche peuvent ester en justice en procédant à la saisine de la juridiction répressive territorialement compétente pour faire valoir leurs droits. Analyser le déroulement de ces poursuites engagées devant la juridiction répressive qu'est le tribunal correctionnel, revient à déterminer le régime juridique de la preuve en la matière (**Paragraphe 1**), ainsi qu'à préciser la nature et la consistance des sanctions pénales qui pourront être prononcées le cas échéant (**Paragraphe 2**).

[520] Age, physique, handicap, race, sexe, etc.
[521] Diplôme, expériences professionnelles antérieures.
[522] Ce qui se traduit par un refus d'embauche de la part de l'employeur.
[523] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. JORF n° 267 du 17 novembre 2001, page 18311.
[524] Charge et administration.

**Paragraphe 1 : Régime juridique de la preuve devant le juge pénal**

Sur qui pèse la charge de la preuve, autrement dit à qui incombe l'obligation de la rapporter ? (**A**). Quelle est alors la force probante de la preuve, pour ainsi dire que faut-il prouver exactement ? (**B**). Comment dès lors procéder, c'est-à-dire quels sont les modes de preuve recevables par le juge pénal ? (**C**).

**A- Charge de la preuve**

Devant le juge pénal, c'est à la personne qui s'estime victime de discrimination à l'embauche, à savoir le plaignant encore dit partie civile et/ou le ministère public chargé de défendre les intérêts de la collectivité nationale qui sont donc les demandeurs à l'instance, de prouver l'existence des faits reprochés[525]. L'accusé ou défendeur à l'instance bénéficiant toujours de la présomption d'innocence, c'est donc uniquement au demandeur à l'instance qu'il revient de prouver les faits reprochés.

**B- Force probante de la preuve**

Le demandeur à l'instance doit, par conséquent, procéder à l'établissement des différents éléments constitutifs de l'infraction[526] pour obtenir notamment la condamnation de l'auteur de cette dernière. Pour ainsi dire, le demandeur à l'instance doit d'abord fonder sa demande sur le texte légal qui prohibe la discrimination à l'embauche dont il s'estime la victime[527] d'où la notion de l'*élément légal* de l'infraction ; prouver ensuite l'existence d'une

[525]ACI (D.), *La charge de la preuve en droit pénal* ; Article en ligne, Paris.2007. "*La présomption d'innocence détermine la charge de la preuve dans le procès pénal: c'est à la partie poursuivante (le ministère public et éventuellement la partie civile qu'est la victime) de rapporter la preuve de tous les éléments de l'infraction et de tout ce qui permet d'apprécier la responsabilité du présumé coupable*"..

[526] PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Manuel, CUJAS, 17e éd. 2008/2009. Voir, *Les éléments constitutifs de l'infraction* (éléments légal, matériel et moral).

[527] Article 225-1, 225-1-1 et 225-2, 3° du code pénal. Il est cependant important de nuancer cet élément légal comme étant un élément constitutif de l'infraction. En effet, pour certains auteurs et à juste raison, il paraît inconcevable d'admettre que l'élément légal soit un élément constitutif de l'infraction parce que cela impliquerait que le texte pénal fasse partie de l'infraction. Hors comment une loi peut-elle être à la fois à l'intérieur et à l'extérieur d'un acte qui plus est illicite? Il serait donc plus juste de dire que la loi n'opère qu'une description des actes interdits. L'élément légal relevant du principe de légalité qu'il faudrait ainsi détacher de l'infraction. In VOUIN (R.), LEAUTE (J.), *Droit pénal et criminologie*, Thémis; Collection manuels juridiques, économiques et politiques, Paris, P.U.F, 1956, p. 149.

mesure défavorable, fondée sur un motif illégitime, prise à son encontre[528] d'où la notion de l'*élément matériel* de l'infraction; et enfin, produire les éléments de preuve que l'accusé a bien eu l'intention de le discriminer[529] d'où la notion de *l'élément moral* de l'infraction.

L'élément matériel de l'infraction est le comportement discriminatoire spécifié. De manière générale, il est plutôt rare que le plaignant ou le ministère public n'apportent pas la preuve de l'élément matériel de l'infraction à savoir, dans le domaine de l'emploi, un refus d'embauche, une offre d'emploi discriminatoire, une sanction ou un licenciement ou encore un refus de stage. Pourtant quand l'action publique a été engagée à l'initiative du plaignant, il arrive que les faits ne rentrent pas dans les prévisions de la loi. Il ne s'agit donc pas *stricto sensu* d'un problème de preuve mais plutôt de la qualification de l'infraction[530]. A l'inverse, l'élément moral de l'infraction à savoir l'intention discriminatoire est délicate à prouver. C'est le cas justement dans l'hypothèse classique où la partie poursuivante peine à apporter la preuve de l'existence d'une intention discriminatoire[531]. Il est aussi possible que l'intention discriminatoire soit en réalité inexistante. C'est le cas lorsque la motivation d'un prévenu, conduisant à l'adoption d'un comportement discriminatoire, est légitime. Ce sont des situations où la partie est de bonne foi, malgré des apparences trompeuses[532]. Il faut donc prouver des faits, et prouver que ceux-ci ont été commis en considération d'un critère discriminatoire prohibé par le Code pénal. Aller toujours au plus profond de la motivation de la personne, pour rechercher la vérité, s'impose. Or, cette démarche s'avère laborieuse d'autant plus que la victime se trouve généralement en face de personnes qui, de par leur statut ou situation, n'ont pas de compte à rendre quant aux décisions qu'elles prennent.

Une question se pose également lorsqu'on considère la distinction opérée entre les notions de discrimination directe et de discrimination indirecte. En effet si la preuve de la première paraît compatible avec les exigences du régime juridique de la preuve devant le

[528] Le refus d'embauche.
[529] Le demandeur à l'instance doit rapporter la preuve de l'intention discriminatoire qu'a eue l'employeur ou le recruteur. Cette intention s'entend de la volonté avérée de discriminer en raison soit d'une *situation personnelle* (c'est la discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son origine, son sexe, sa situation de famille, son apparence physique, son patronyme, son état de santé, son handicap, ses caractéristiques génétiques, ses mœurs, son orientation sexuelle, son âge et ses opinions politiques), soit en raison d'une *situation catégorielle* (c'est la discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.
[530] CA Versailles, 26 septembre 2010.
[531] Cass. crim., 24 janvier 2007, n° 06-84.083.
[532] CA Grenoble, 7 janvier 2005, n° 04/00864.

juge pénal, tel n'est pas le cas concernant la seconde. En effet, la discrimination directe, de par sa forme, implique l'intention discriminatoire[533] qui se doit d'être rapportée au titre de l'élément moral concourant à la constitution du délit. On ne saurait en dire de même pour la discrimination indirecte puisque relevant d'une mesure généralement neutre, donc non-intentionnelle[534]. La discrimination indirecte, de par sa forme, ne comporte en aucun cas d' élément moral, dans la mesure où il n'existe pas d'intention discriminatoire ; même si son résultat constitue bel et bien une discrimination prohibée par la loi. Comment en rapporter alors la preuve devant le tribunal correctionnel ?

Répondre à cette question, invite à retenir que l'action pénale est uniquement réservée aux discriminations directes tels que l'affirment les praticiens[535] au regard du régime juridique de la preuve dans l'instance pénale. C'est-à-dire dans les seules hypothèses où la victime se plaint d'un agissement délibérément fondé sur l'un des critères prohibés par les article 225-1 et 225-1-1 du Code pénal et ayant ainsi pour effet, de l'empêcher ou de l'exclure de l'un des domaines mentionnés à l'article 225-2 du Code pénal comme l'embauche. Cependant, il pourrait arriver même en cas de discrimination directe, que l'élément intentionnel ne soit pas largement constitué et se heurte ainsi au principe de la liberté de la preuve. Dans ce cas particulier, l'action en justice introduite devant une juridiction civile serait préférable dans la mesure où elle n'exige aucunement du demandeur à l'instance le rapport de la preuve de l'intention discriminatoire délibérée de la personne du défendeur[536]. Si la discrimination est indirecte, en d'autres termes si une décision neutre, une mesure qui ne poursuit pas de but discriminant, a pourtant abouti à un résultat défavorable pour une personne ou un groupe de personnes, seule la voie civile est ouverte pour prétendre à la sanction et la réparation du préjudice causé par cette infraction.

---

[533] Puisqu'étant la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif prohibé par la loi (article 225-1 du Code pénal), qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable. La discrimination directe renvoie à un certain nombre de décisions pénalisantes explicites (refus d'embauche, de formation, de promotion), mais s'étend aussi à des différences de traitement dissimulées, le cas échéant, derrière une absence de décisions positives.

[534] Situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait de façon particulière des personnes par rapport à d'autres, pour des motifs prohibés par la loi (article 225-1 du Code pénal), à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.

[535] MARGOSYAN (R.), *Le rôle de l'avocat au regard de la preuve en droit des discriminations et du choix de la procédure*. Interview du 15/12/2009 par RUCHE (S.), Partie 2. Voir http://www.lediscriminologue.org/Le-Canap-Orange-3-la-charge-de-la- preuve

[536] Voir *infra*, *Section 2, Paragraphe 1: Régime juridique de la preuve devant le juge civil, p. 153.*

## C- Modes de preuve

L'infraction de discrimination en général peut se prouver par tout moyen. C'est l'expression même du principe de la liberté de la preuve sur lequel est construit le régime juridique de la preuve en droit français[537]. Toutefois cela ne signifie en aucun cas que tous les procédés de preuve sont admis. La liberté de la preuve est ainsi un principe relatif (**1**). La lutte contre les discriminations promeut aujourd'hui un outil spécifique permettant, face à la difficulté unanimement admise de prouver la discrimination, d'en établir plus aisément les faits, le "*Testing*" (**2**).

### 1- Relativité du principe de la liberté de la preuve

Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout moyen[538] et le juge décide d'après son intime conviction[539]. Il fonde sa décision sur les preuves, à lui, rapportées pendant débats et contradictoirement discutées devant lui[540]. L'article 427 du Code de procédure pénale relatif au principe de la liberté de la preuve se situe certes dans le chapitre relatif au jugement des délits, mais la jurisprudence en a forgé un principe général de droit[541], signifiant dans une acception première que tous les moyens de preuve sont recevables devant le juge. Il s'agira par exemple des indices, des aveux, des écrits[542], des témoignages. Les preuves préconstituées ne sont pas autorisées. Il existe aussi des modes de preuves obligatoires comme les procès verbaux ou les rapports, ainsi que les témoignages, utiles[543] à la constatation des contraventions. La jurisprudence n'a jamais été très favorable à une telle limitation sauf, bien sûr, lorsqu'elle est expressément prévue par la loi. Toutefois, tous les procédés de preuve ne sont pas admis. En ce sens, la légalité de la preuve[544] est un correctif à sa liberté. En effet, la preuve, pour être admise par le juge, doit

[537] Au pénal comme au civil et en matière administrative.
[538] Tout mode de preuve.
[539] Article 427 alinéa 1 du Code de procédure pénale.
[540] Article 427 alinéa 2 du Code de procédure pénale.
[541] Cass. crim. 28 juillet 1969, Gaz. Pal. 1969 II 155.
[542] Attention cependant, les écrits sont parfois les seuls modes de preuve recevables par le juge notamment en matière de contrat.
[543] Article 537 du Code de procédure pénale.
[544] L'administration de la preuve s'effectue au moyen de modes preuve, définis comme "*les moyens employés par le plaideur afin d'apporter au juge la démonstration des faits et ou des actes qu'il allègue"*. S'agissant de l' admissibilité de la force probante des modes de preuve, deux systèmes existent: le système de la légalité de la

être définitivement et "*légalement*" établie. Des limites ont été posées au principe de la liberté de la preuve dont la principale en la matière consiste en la légalité de la preuve. La légalité de la preuve est un correctif à la liberté de la preuve. La preuve, pour être admise devant le juge, doit être définitivement et légalement établie. La lecture de l'article 81 du Code de procédure pénale relève que le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder, conformément à la loi, à tous actes d'information utiles à la manifestation de la vérité. On pourrait prendre cet énoncé au pied de la lettre et conclure que seuls les modes de preuve autorisés par la loi sont admis. Mais la jurisprudence en ressort un autre principe général en la loyauté ; le procédé ne doit pas être déloyal. Sont donc interdits de manière générale, les modes de preuve contraires aux droits de la défense, à la dignité humaine, et déloyaux. Ce principe interdit le recours à de procédés déloyaux, des ruses ou des stratagèmes afin de réunir des éléments de preuve. En guise d'exemples, la Cour de cassation considère comme déloyale une procédure où le juge d'instruction saisi a, en cachant son identité, engagé une conversation téléphonique avec le suspect afin d'obtenir de lui des éléments de preuve à sa charge[545] ; la procédure dans laquelle un policier a organisé une conversation téléphonique, dictant les questions et les réponses d'un des intervenants[546]. En amont de la procédure, au niveau de l'enquête de police précisément , la loyauté s'apprécie différemment. En effet, les qui mènent une enquête peuvent dissimuler leur qualité. Les jurisprudences française et européenne y ont consacré la solution plus souple de l'absence de provocation policière[547]. Lorsqu'elle est administrée par une partie pendant l'instance, la loyauté de la preuve n'est pas exigée dès lors que les éléments y relatifs sont discutés de manière contradictoire. C'est le cas concernant des enregistrements téléphoniques réalisés par un particulier à l'insu de l'auteur[548] ou des testings de l'association SOS Racisme[549]. L'obtention d'une preuve par la

---

preuve/preuve légale dans lequel la loi énumère et définit les modes de preuve admissibles dont elle détermine la force probante et le système de la liberté de la preuve/preuve morale où les parties sont libres de choisir entre les modes de preuve licites dont la force probante relève de l'appréciation souveraine du juge. Le choix entre ces deux systèmes manifeste la volonté de favoriser l'un des impératifs souvent contradictoires qui dominent la matière de la preuve: la quête de la vérité (preuve morale) ou la protection de la sécurité (preuve légale).

[545] Ch. réun., 31 janvier 1988, WILSON ; S. 1889, 1, p. 241.

[546] Cass. crim., 12 juin 1952, IMBERT, JCP 1952, II, 7241, note BROUCHOT ; S.1954, 1, p. 69, note LEGAL, PRADEL (J.) et VARINARD (A.), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 3e éd., 2001, n° 15.

[547] CEDH, 9 juin 1998, TEIXERA c/ Portugal, Recueil des arrêts et décisions de la Cour, 1998-IV, p. 13, § 43. La Cour autorise ici le recours à l'infiltration (pour obtenir des preuves recevables en justice) si la technique est justifiée par la nature de l'infraction (en l'espèce le trafic de stupéfiant) et si l'agent infiltré ne provoque pas lui-même la commission de l'infraction.

[548] Crim. 30 mars 1999: Bull. crim. n° 59 ; Procédures 1999. Comm. 215, obs. BUISSON ; RG proc. 1999. 640, chro. REBUT ; Dalloz 2000. 391, note GARE.

[549] Crim. 11 juin 2002 : Bull. crim. n° 131; D. 2003. 1309, note COLLET-ASKRI.

commission d'une infraction, si elle ne rend pas la première irrecevable, doit entraîner des poursuites contre la personne concernée. Ce qui ne sera pas le cas si l'infraction commise a été nécessaire à l'exercice des droits de la défense[550].

### 2- "*Testing*" pour établir les discriminations à l'embauche

En dehors des cas où, devant le juge pénal, la preuve des discriminations a pu être moins trop difficilement rapportée par le biais de tous les moyens légaux, la pratique a développé un nouvel outil de preuve des infractions discriminatoires, palliant la difficulté de son établissement en justice. Ce nouvel outil de preuve est le "*testing",* encore appelé test de situation. L'engouement suscité par ce nouveau mode de preuve, appelle à ce qu'on en précise sa définition, sa pratique et sa légalité.

Le "*testing*" est une méthode probatoire consistant à reproduire artificiellement une situation propice à la discrimination pour voir comment une structure, soupçonnée de pratiques de préférences coupables, réagit[551]. Cette méthode, de plus en plus utilisée, sert à traquer les discriminations et leurs auteurs. C'est un moyen d'investigation et une forme d'expérimentation sociale, effectuée en situation réelle, destinée à déceler une situation de discrimination. Dans le cas le plus banal, la comparaison portera sur le comportement d'un tiers envers deux personnes ou plusieurs personnes ayant exactement le même profil pour toutes les caractéristiques pertinentes, à l'exception de celle que l'on soupçonne de donner lieu à discrimination. Dans le domaine du travail, le "*testing*" semble être un outil efficace pour établir les discriminations à l'embauche. Dans cette dernière hypothèse, il consistera à répondre à une offre d'emploi par l'envoi de candidatures relativement similaires ; celles-ci ne différant que par une caractéristique qu'est la variable à tester. Les différentes variables pour la discrimination à l'embauche étant le plus souvent le genre[552], l'origine ethnique, les lieux de résidence[553], le visage[554], l'âge, le handicap[555], l'orientation sexuelle, l'élocution, la

[550] Crim. 15 juin 1993 : Bull. crim. n° 210; D. 1994. 613, note MASCALA.
[551] Définition du mot "*testing*" d'après la Commission générale de terminologie et de néologie française, qui lui préfère, pour rester fidèle à la langue française, le terme de "*test de situation*".
[552] Homme/femme.
[553] Beaux quartiers/quartiers à risques (cités).
[554] Beau ou disgracieux.
[555] Visible ou déclaré.

religion, l'adhésion syndicale[556]. Concrètement, en réponse à une offre d'emploi on enverra par exemple deux candidatures quasiment équivalentes, sauf en ce qui concerne la variable à tester. En fonction des réponses obtenues, on établira un lien entre une réponse négative et ces différentes variables. Cependant, les candidatures ne doivent pas être fictives. Il faut que la demande émanant du candidat à l'emploi dont on suppose qu'il sera discriminé soit sincère. Si la demande est simplement effectuée pour voir si il lui sera opposé un refus, elle "*pousse à la faute*", et le test de situation sera par conséquent invalidé. En revanche, l'autre candidature peut ne pas correspondre à une réelle recherche d'emploi. Le test de situation sert à déceler et à étudier les discriminations dans de nombreux domaines, mais il concoure également à la réalisation de données statistiques en la matière lorsqu'un nombre suffisant de tests sont effectués dans le respect des conditions techniques conditionnant leur bonne réalisation. Son usage est aussi courant en matière de logement[557], assurance[558], crédit[559], comportement des agents de la force publique[560], accès à des fournitures de services[561] et achat ou fourniture de biens par les commerces ou entre particuliers.

Sa première utilisation en France daterait de juin 1939, lorsqu'il a été pratiqué par les étudiants antillais contre le célèbre "*Dancing Victoria*" du 47 Boulevard Saint-Michel par la suite fermé pour discrimination, à l'accès de la discothèque, fondée sur la race[562]. La fermeture de cet établissement de nuit pour discrimination raciale fut elle même précédée par celle du "*Bal-Tabarin*" de Montmartre en 1923 pour des raisons similaires[563]. En 2004, l' Observatoire des discriminations a mis en évidence, en ayant recours au testing, l'existence de pratiques discriminatoires dans un processus de recrutement. Le test de situation réalisé pour des emplois de commerciaux de niveau "*Bac+2*", était une grande première parce qu'il

[556] La liste des différentes variables est celle de motifs sur lesquels se fondent généralement les discriminations (article 225-1 du Code pénal). Mais en matière de discrimination à l'embauche notamment, les variables testées sont le plus souvent celles précédemment énumérées. Voir *Discrimination à l'embauche : les chiffres*, enquête/ Baromètre de l'Observatoire des discriminations/ADIA, novembre 2006, *op. cit.*

[557] Accès, conditions du contrat de bail etc.

[558] Logement, automobile, etc.

[559] Acceptation du crédit, taux pratiqué, conditions, etc.

[560] Infraction au Code de la route (conduit atypique ou suspecte), contrôle d'identité (délit de faciès), etc.

[561] Bars et discothèques, hôtels, banques, clubs de sport, taxis, etc.

[562] DE KERSAUSON (A.-S.),VION (N.), *Le testing entre à la Cour... Discrimination raciale, ou sur l'apparence physique à l'embauche: un moyen de lutte probant d'un point de vue pénal*, Article in Tripalium, La Gazette sociale, 2000, http://www.tripalium.com/gazette/gazette2000/articles/testing1.htm.

[563] NDEMA (I.), RIES (L.), HECKMANN (R.), *Les discriminations dans le monde du travail, (3- le testing)*, Université de Loraine/IAE, Master Management, 2011.

éprouvait de nombreuses variables[564], ce qui n'avait jamais été, jusqu'à lors, effectué ni en France, ni à l'étranger. Les résultats du test de situation ont d'ailleurs confirmé l'existence des comportements discriminatoires lors de l'embauche[565]. Plus récemment, l'Observatoire des discriminations a encore réalisé un test de situation au profit de la HALDE, test visant trois grandes entreprises et portant sur plusieurs variables[566]. Les résultats publiés en 2006 ont révélé l'absence de discrimination à l'égard des femmes et des personnes handicapées, ce qui n'était point le cas pour les mêmes personnes mais ayant un patronyme maghrébin, un physique moins valorisant ou encore pour celles âgées de plus de 50 ans[567]. Les tests de situation sont utilisés dans de nombreux pays, très souvent pour mesurer le respect des lois anti-discrimination et étudier toutes sortes de comportements discriminatoires. L'usage qui en est fait, dans un cadre juridique, est très variable d'un pays à l'autre. En raison de leur coût élevé, ils servent plus rarement comme moyen d'évaluer l'efficacité de la législation.

Malgré son utilisation plus que courante en France, la valeur juridique de ce procédé n'avait jamais été précisée[568]. Tantôt décriée, tantôt validée, il a fallu attendre la jurisprudence de la Haute juridiction qu'est la Cour de cassation pour que l'utilisation de ce procédé, comme mode de preuve des discriminations, soit définitivement admise. En effet, l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 11 juin 2002, cassant et annulant celui rendu par la Cour d'appel de Montpellier le 5 juin 2001, est venu légitimer la pratique et la recevabilité du "*testing*" comme moyen de preuve des discriminations devant le juge pénal. En l'espèce, les membres et sympathisants de SOS Racisme avaient organisé un test de situation destiné à établir des éventuelles pratiques discriminatoires à l'entrée de certains établissements de nuit. Repartis en plusieurs groupes, ils se sont présentés à l'entrée de ces établissements et les personnes d'origine maghrébine se sont vues interdire l'accès. Dès lors, une enquête fut menée par les gendarmes appelés sur les lieux en question. L'exploitant et les portiers de ces discothèques furent cités devant le tribunal correctionnel pour discrimination, dans la fourniture d'un service, à raison de l'origine raciale ou ethnique, où ils ont été relaxés. Pour confirmer le jugement d'instance, la Cour d'appel, par substitution de motifs, a retenu que: « *la méthode du "testing" qui s'est déroulée sans aucune intervention d'un officier de justice*

[564] Genre, origine, handicap et apparence physique.
[565] Observatoire des discriminations, *Enquête "Testing" sur CV,* mai 2004.
[566] Genre, origine, handicap, apparence physique et âge.
[567] *Baromètre ADIA- Observatoire de discriminations*, novembre 2006, *op. cit*.
[568] *La discrimination à l'embauche: comment lutter? Quelle est la validité du "testing"* ? www.juritravail.com.

*ou d'un huissier de justice, est un mode de preuve qui n'offre aucune transparence et n'est pas empreint de la loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale ; elle porte atteinte aux droits de la défense, principe général de droit incessamment rappelé par le législateur et la Cour suprême, ainsi qu'au droit à un procès équitable visé à l'article 6 de la CEDH»*[569]. Pour la Cour de cassation, en statuant de la sorte, la Cour d'appel a méconnu les dispositions du Code de procédure pénale relatif à la preuve des infractions[570]dans la mesure où « *aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; il leur appartient seulement, en application du texte susvisé, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire* »[571]. La jurisprudence postérieure[572], à celle de référence, a entériné cet arrêt. Depuis 2006, la loi sur l'égalité des chances[573] a légalisé la pratique des vérifications à l'improviste comme moyen de preuve de discriminations en précisant toutefois, que leur valeur est conditionnée par les moyens mis en œuvre pour en assurer la fiabilité du résultat devant la Cour.

Si le "*testing*" se révèle ainsi être un mode de preuve plus qu'efficace en matière de discrimination à l'embauche, il ne constitue pas le seul moyen de preuve utilisable par le la victime. Devant le juge pénal, prouver la discrimination à l'embauche peut également se faire par des présomptions, procès verbaux dressés par huissiers, policiers, inspecteurs du travail, qui constituent des modes de preuve recevables et pertinents[574]. C'est d'ailleurs le cas dans l'affaire du "*Moulin Rouge*" où le procès verbal dressé par l'inspecteur du travail et l'enregistrement téléphonique de SOS Racisme ont fait office de constat à valeur probante, s'agissant du traitement différencié des salariés en fonction de leur origine[575]. L'inspecteur du travail, ayant visité l'établissement en question, a constaté une ségrégation des tâches : le personnel "*de couleur*" œuvrant uniquement en cuisine et le personnel de type européen en salle. Par ailleurs, SOS Racisme a réalisé un test téléphonique où la gérante, elle même,

[569] CA. Montpellier, ch. cor., 5 juin 2001.
[570] Article 427 alinéas 1 et 2 du Code de procédure pénale précité.
[571] Cass. crim. 11 juin 2002: *Preuve par testing*. Bull. Crim, n° 131; RSC 2002. 879, obs. RENUCCI ; RTD civ. 2002. 498, obs. MESTRE et FAGES. Adde : COLLET-ASKRI, D. 2003. Chron. 1309.
[572] Toulouse, 5 oct. 2004 : JCP 2005. IV. 1318.
[573] Article 45 de Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 sur l'égalité des chances, *op .cit.* Voir aussi *article 225-3-1 du Code pénal*.
[574] LATRAVERSE (S.) (GELD), *Panorama de la jurisprudence en matière de discrimination*, in *Conseil national des Barreaux : état des lieux des discriminations*, 12 décembre 2005, p. 10.
[575] TGI Paris, 31e chambre, 22 novembre 2002, n° 0111790455 ; CA Paris, 11e chambre, 17 octobre 2003, n° 03/00387.

confirmait cet état des choses. Les aveux, les rapports réguliers ou les renseignements, les écrits, sauf ceux entre le défendeur et son avocat, et les témoignages sont tous recevables, au titre de la preuve des faits allégués, devant le juge pénal.

Le régime juridique de la preuve d'une infraction discriminatoire à l'embauche devant le juge pénal se décline en définitive de la manière suivante. C'est au demandeur à l'instance qu'il incombe la charge de rapporter la preuve des faits reprochés ; pour ce faire, toute preuve, sauf restrictions légales, contradictoirement discutée pendant les débats, est recevable ; le juge décide selon son intime conviction. Les exigences relatives au régime de la preuve de l'infraction discriminatoire à l'embauche devant le juge pénal ainsi précisées, quelles sont les sanctions qui pourront alors être prononcées à l'encontre des personnes en étant les auteurs ?

**Paragraphe 2 : Nature et consistance des sanctions pénales**

En tant qu'infraction du type délit, les sanctions prononcées par le juge pénal à l'encontre des auteurs de discriminations à l'embauche sont celles expressément prévues par la loi, et dont la nature varie essentiellement entre la peine d'emprisonnement et celle d'amende[576]. Concrètement, lorsqu'elle est commise à l'égard d'une personne physique ou morale, la discrimination à l'embauche est punie de trois ans d'emprisonnement ainsi que de 45 000 euros d'amende[577]. Il en est de même lorsque la discrimination commise consiste en le fait de subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou encore une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des différents motifs visés aux articles 225-1 et 225-1-1 du Code pénal[578]. C'est le cas par exemple pour l'employeur qui fait paraître une offre d'emploi subordonnée, pour le candidat, à la fourniture d'une carte d'électeur. Il commet là, une discrimination fondée sur la nationalité[579].

[576] Article 131-3, 1° et 2° du Code de pénal.
[577] Article 225-2, alinéa 1 tel qu'issu de l'article 41-1 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. JORF n° 59 du 10 mars 2004 page 4567, texte n° 1. (*Idem* en cas de sanction et licenciement discriminatoire dans le travail).
[578] Article 225-2, 5° du Code pénal.
[579] Crim. 20 janvier. 2009 : pourvoi n° 08-83.710. Bull. crim, n° 19 ; RSC 2009. 589, obs. MAYAUD ; D. 2009. AJ 997, note DETRAZ ; AJ pénal 2009. 180, obs. LASSERRE CAPDEVILLE ; Dr. pénal 2009. Chron. 10, obs. SEGONDS.

De plus, « *les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2*[580]*, des infractions définies à l'article 225-2 encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38*[581]*, les peines prévues par les 2º à 5º, 8º et 9º de l'article 131-39*[582]*. L'interdiction mentionnée au 2º de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise* »[583]. Doit ainsi être jugée comme commise pour le compte de la banque BNP, une discrimination syndicale imputable à l'un des directeurs d'agence bancaire. La notation des agents et l'établissement des leurs carrières sont effectués, par l'ensemble des directeurs d'agence, pour le compte et au profit de la banque elle-même ; ces éléments s'intègrent en effet dans la vie sociale générale de l'entreprise. De fait, les discriminations syndicales dans les notations sont de nature à générer des conséquences négatives dans toutes les agences et à décourager l'action syndicale. Cet effet collectif répond bien aux exigences de l'article 121-2 précité[584]. L'affichage de la décision prononcée sur les portes d'une agence bancaire et du siège social de la banque concernée représente un exemple de condamnation[585].

Les dispositions pénales présentes dans le Code du travail sont à mentionner. En effet, dès l'embauche et dans la relation de travail, toute discrimination fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse, est prohibée[586]. Lorsqu'elle intervient en matière d' égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, la discrimination est punie d'un an

---

[580] Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité des personnes morales n'exclut pas celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.

[581] Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction, soit exactement 225 000 euros.

[582] Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes : (…) 2º l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ; 3º le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ; 4º la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ; 5º l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ; (…) 8º la peine de confiscation, dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 131-21 ; 9º l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique.

[583] Article 225-4 du Code pénal.

[584] TGI Bastia, 3 juin 1997 : RSC 1998. 99, obs. MAYAUD.

[585] *Idem*.

[586] TEYSSIE (B.), *les dispositions pénales du Code du travail* : *article L. 1142-1, 1º, 2º et 3º,* Code du travail 2010.

d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 euros[587]. La juridiction saisie peut également ordonner, à titre de peine complémentaire, l'affichage du jugement aux frais de l'auteur de l'infraction et son insertion, intégrale ou par extraits, dans les journaux qu'elle désigne. Ces frais ne peuvent excéder le montant maximum de l'amende encourue[588]. L'interdiction qui est faite à l'employeur, lors de l'embauche, de prendre en considération l'état de grossesse de la candidate pour écarter sa candidature, lui impose également de ne pas rechercher, ni même faire procéder à des recherches sur l'état de grossesse de l'intéressée[589]. La sanction de l'atteinte à ces dispositions se matérialise par le prononcé d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de 5ème classe, pour lesquelles la récidive est prévue[590]. En matière syndicale, c'est-à-dire lorsque les discriminations sont fondées sur la prise en considération de l'appartenance syndicale ou l'exercice d'une activité syndicale , une peine d'amende de 3 750 euros est prévue. Dans l'hypothèse d'une récidive, une peine d'emprisonnement d'un an est alors prévue et l'amende portée à 7 500 euros[591].

Il importe de préciser que le délit de discrimination à l'embauche est consommé par la seule offre d'emploi discriminatoire. L'absence de victime identifiable est inopérante. Même si le prévenu entend prouver qu'en tant que directeur d'une section départementale de l'ANPE[592], il s'est attaché à limiter les effets du comportement fautif des employeurs par la non publication des offres discriminatoires qui lui avaient été transmises et qu'ils avaient enregistrées[593]. De même, commet une discrimination raciale à l'embauche, le prévenu en charge des embauches ménagères, qui rédige et diffuse une note de service recommandant d'"*éviter le personnel de couleur*". Il a, par cet acte, contribué à écarter, du recrutement, les candidatures des "*personnes de couleur*"[594]. Dans ces différents cas d'espèce, les prévenus s'exposent aux peines d'emprisonnement et d'amendes légalement prévues. Le Code pénal sanctionne donc sévèrement les personnes auteurs de discriminations à l'embauche[595]et ne précise des sanctions particulières que pour les cas de discrimination syndicale, sexuelle et

[587] *Idem*, article L. 1146-1, Code du travail.
[588] Article 131-35 du Code pénal.
[589] Article L. 1225-1 du Code du travail.
[590] Article R. 152-3 du Code du travail.
[591] Article L. 2146-2 du Code du travail.
[592] Agence nationale pour l'emploi, aujourd'hui Pôle emploi.
[593] Cass. crim, 30 janvier 1990 D, 1990 somm. P.86.
[594] Paris 11e Ch. B, 21 janvier 1998 D, 1998 IR 86 confirmé par Cass. crim. 14 novembre 1989, Dr. Pén. 1990, p. 129.
[595] Peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende pour les personnes physiques, et le quintuple de la peine d'amende, c'est-à-dire 225 000 euros, pour les personnes morales.

celles qui lui sont rattachées[596]dans les dispositions pénales du Code du travail notamment. De même, le Code du travail, qui en son article L. 1132-1 prohibe les discriminations dans l'emploi, ne vise pas avec autant de précision les personnes morales qui en sont les auteurs, comme le fait le Code pénal[597]. Cet "*éparpillement*" des sanctions pénales dans les Codes pénal et du travail, ne semblerait répondre à aucune logique même si l'on pourrait objecter que les dispositions du Code pénal et celles contenues dans le Code du travail, visant certes la sanction du comportement discriminatoire, répondraient à des logiques de contentieux différents eu égard au choix de la procédure. Il n'en demeure pas moins qu'un risque non négligeable subsiste. Lequel se traduirait alors par le prononcé, à l'encontre des auteurs des actes discriminatoires, de sanctions "*plus ou moins sévères et donc différentes*", en fonction de la juridiction saisie. Il en résulterait alors un niveau de protection des victimes contre les discriminations qui va varier en fonction du motif de discrimination invoqué et du stade de la carrière du salarié, en cas de discriminations dans le travail. D'où l'impérieuse nécessité pour la victime, de bien définir ses attentes et se renseigner au besoin avant de procéder à la saisine de l'une ou l'autre des juridictions compétentes en la matière.

Si l'étude des différents articles du Code pénal relatifs à la sanction du délit de discrimination à l'embauche nous renseigne précisément sur la nature et la consistance des sanctions prononçables à l'encontre des auteurs de cette infraction, il convient toutefois de dénoncer l'absence injustifiée des données chiffrées, pourtant nécessaires dans la pratique, sur le nombre de condamnations prononcées chaque année par les juridictions répressives saisies pour des cas de discrimination à l'embauche et sur le type de sanctions en résultant. Néanmoins une récente étude sur le traitement répressif des victimes de discrimination[598] fournit certaines précisions d'ordre général sur la question. Ainsi, sur une période couvrant près de trente ans[599] de décisions rendues par les juridictions répressives sur des délits de discrimination, 47 % des recours ont donné lieu à une condamnation et 47 % à une relaxe[600]. En termes d'échelle des peines, les peines d'emprisonnement ne sont pas nombreuses et se situent dans une échelle d'un mois avec sursis à six mois avec sursis. Pour ainsi dire, aucune

[596] Situation de famille et état de grossesse de la victime.
[597] Notamment du point de vue de la consistance de la peine d'amende.
[598] MOUREY (L.), *op. cit.*
[599] De 1980 à 2010.
[600] MOUREY (L.), *op. cit.*, p. 44.

peine d'emprisonnement n'a été prononcée sans sursis. Les peines sont bien plus sévères lorsqu'elles sont prononcées en première instance. Mais par la suite, elles sont réduites en appel. Nombreux sont les arrêts des Cours d'appel qui infirment la peine prononcée en vue de sa réduction. La réduction de la peine consistant alors très souvent en le passage d'une peine d'emprisonnement à une peine d'amende ou encore à l'allocation d'un sursis sur une partie de la peine d'amende. S'agissant maintenant des peines d'amende, nous retiendrons qu'une importante partie de ces peines sont inférieures à 2 500 € d'amende. On pourrait de fait estimer que l'intervention répressive est essentiellement symbolique. Cependant, il est tout à fait possible de nuancer ce propos. En effet, si nous comparons de façon très abrupte la peine prévue par l'article 225-2 al. 1 du Code pénal, à savoir trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, à la réalité judiciaire, il serait déplacé de conclure à l'application de peines sévères par les juridictions répressives. Pourtant, comme il résulte de l'étude menée sur la question, lorsque nous parlons de détermination de la peine, il faut distinguer entre ce qui relève de l'individualisation de la peine en fonction de la personnalité du condamné ou des circonstances de la commission de l'infraction, et ce qui relève de la politique pénale de la juridiction. Des disparités ont ainsi pu être relevées dans la sévérité des peines qui ont été prononcées en fonction du ressort des juridictions mais aussi de leur degré. Quand le juge détermine la peine, il lui confère une finalité. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il cherche simplement à sanctionner le comportement qui lui a été soumis, ou si la peine n'a t-elle-pas au contraire davantage une portée éducative ? La faiblesse d'une peine n'est donc pas par conséquent le syndrome d'une justice répressive se désintéressant de la question. Bien au contraire, le choix de la peine s'effectue au regard de ce qui est à la fois juste et utile. Le but n'est donc pas de sanctionner pour sanctionner. La peine doit pouvoir ainsi conserver sa vertu pédagogique et se révéler dissuasive dans les situations qui sont le plus inacceptables[601]. Il est malgré tout regrettable que les juridictions répressives n'aient pas recours aux peines complémentaires[602] pouvant être d'une plus grande efficacité. Dans le domaine de l'emploi notamment, le prononcé d'une peine de publication ou d'affichage dans les locaux professionnels peut avoir un impact beaucoup plus conséquent que la peine d'amende. De même, s'agissant des dépositaires de l'autorité publique coupables du délit de discrimination, l'inéligibilité peut être bien plus dissuasive que la peine d'amende. Aussi,

[601] MOUREY (L.), *op. cit.* p. 48.
[602] Article 225-19 du Code pénal.

il serait plus opportun de compléter la peine principale par une peine complémentaire car cela renforcerait assurément son effectivité.

De même, lorsque nous poussons notre analyse des condamnations prononcées par les juridictions répressives saisies de faits de discrimination ces trente dernières années en s'intéressant tout principalement à la mise en mouvement de l'action publique, à savoir lorsqu'elle est initiée par le plaignant ou lorsqu'elle l'est par le ministère public, on ne peut que noter des disparités quant à l'issue du traitement judiciaire de ces cas. Pour ainsi dire, il en résulte que sur un total de 188 décisions pertinentes[603], seules 13 affaires ont donné lieu à une condamnation pénale lorsque le plaignant a mis l'action publique en mouvement au moyen d'une citation directe. Ce qui est plutôt faible si l'on considère les 63 condamnations dénombrées. A l'inverse, c'est une vingtaine d'affaires qui ont abouti à une condamnation pénale lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public. L'action semble donc avoir beaucoup plus de chance d'aboutir lorsque le Procureur est à l'origine de la mise en mouvement de l'action publique. Un constat somme toute logique puisque, bien souvent, l'action publique mise en mouvement par la partie civile intervient à la suite d'un refus de poursuivre émis par le Procureur. La présence de cet acteur judiciaire est donc très importante car elle contribue à renforcer l'efficacité du traitement de la victime[604].

Quant au choix de la peine, rappelons que celui-ci est soumis en droit pénal à un principe d'individualisation en vertu duquel doivent, forcément, être pris en compte dans la fixation de la peine non seulement la personnalité du prévenu, mais aussi les circonstances de commission de l'infraction. Ce qui explique la raison pour laquelle les peines prononcées par les juridictions répressives dans ce domaine ne se ressemblent pas sauf concernant leur nature. S'agissant d'abord de la personnalité du prévenu, ont été pris en compte à ce titre, l'absence de connaissance de la loi qui justifie la non application d'une mesure d'affichage ou de publicité[605], même si une telle motivation n'a plus lieu d'être aujourd'hui, ou encore, mais à l'inverse, l'inacceptabilité du comportement justifiant son application[606] ; l'absence de toute condamnation dans le casier judiciaire du prévenu ainsi que sa prise de conscience

[603] MOUREY (L.), *op. cit.*, p. 7. Dans cette comptabilisation, notons que certaines affaires se retrouvent plus d'une fois, puisque passées par tous les degrés de juridiction.
[604] MOUREY (L.), *op. cit.* p. 49.
[605] TGI Nantes, 1 mars 1990, n° 48749.
[606] CA Nouméa, 30 nov. 1999, n° 199267 ; CA Amiens, 7 mars 2005, n° 03/00694.

de la gravité du comportement adopté[607] ; la qualité de professionnel confirmé du prévenu ne pouvant point ignorer l'interdiction absolue qui lui est faite d'être le relais de pratiques discriminatoires[608]. La peine prononcée peut aussi avoir pour intérêt de faciliter la prise de conscience du prévenu de ce qu'en adoptant le comportement pour lequel il a été jugé, il a participé à la discrimination voulue ou pratiquée par d'autres, au risque de l'amplifier[609]. Enfin, S'agissant des circonstances de commission du délit, ont pu être prises en compte à ce titre, les difficultés particulières dans la gestion d'une discothèque en raison notamment de la présence de revendeurs de drogue à proximité[610] ou la peur quant à la survenance de certains incidents ayant déjà eu lieu et justifiant ainsi une peine assez faible[611]. A l'inverse, les codifications raciales dans les listings d'une agence immobilière est d'une réelle gravité qui justifie le maintien d'une peine d'emprisonnement de six ans avec sursis[612].

Aujourd'hui, soit huit ans après l'étude menée par le Groupe d'Etude et de Lutte contre les Discriminations raciales sur *le droit français en matière de discriminations* et trois ans après la première étude portant de manière spécifique sur *le traitement répressif des victimes de discrimination*[613]*,* le déroulement des poursuites au pénal pour discriminations quelles qu'elles soient reste quasiment immuable surtout en ce qui concerne les sanctions. En effet, les condamnations se traduisant par des peines d'emprisonnement sont toujours très peu requises. Toutefois, lorsqu'elles sont prononcées, elle sont toujours assorties d'un sursis. Les peines complémentaires, dont on ne saurait nier l'efficacité, telles la déchéance des droits civiques ou les fermetures d'établissements, sont inexistantes. Peu d'affaires ont d'ailleurs fait l'objet d'une publication de la condamnation dans la presse locale. Les peines d'amendes se sont stabilisées, depuis quelques années maintenant, entre 2 000 euros et 3 000 euros. Seuls les dommages et intérêts varient selon les circonstances de la commission de l'infraction de discrimination et selon la personnalité du prévenu.

---

[607] CA Agen, 15 déc. 2005, n° 0500285-A.
[608] CA Paris, 4 juill. 2008, n° 07/10394.
[609] TGI Nanterre, 27 oct. 2008, n° 0415445153.
[610] CA Paris, 4 févr. 1998, n° 4812/97.
[611] CA Douai, 22 oct. 2009 ; Juris-Data n° 2009-022081. Dans le même ordre d'idée voir, CA Paris, 8 janv. 2010, n° 09/01312.
[612] CA GRENOBLE, 30 avr. 2008, n° 07/ 00202.
[613] Voir respectivement *LATRAVERSE (S.) pour le GELD, Le droit français en matière de discriminations, Informations sociales, n° 125, Chap. IV, p. 118, 2005/5 et MOUREY (L.), Le traitement répressif des victimes de discrimination, Novembre 2010, op. cit.*

## Section 2 : Déroulement des poursuites devant la juridiction civile

Les victimes de pratiques discriminatoires à l'embauche peuvent aussi ester en justice en procédant à la saisine de la juridiction civile territorialement compétente afin de faire valoir leurs droits. Analyser le déroulement des poursuites civiles pour discrimination à l'embauche devant la juridiction prud'homale revient à déterminer le régime juridique de la preuve alors applicable en la matière (**Paragraphe 1**), ainsi qu'à préciser la nature et la consistance des sanctions civiles qui pourront être prononcées le cas échéant (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Régime juridique de la preuve devant le juge civil

C'est en matière civile que le régime juridique de la preuve des discriminations devient très spécifique. L'idée étant permettre au demandeur à l'instance qu'est la victime, d'établir moins difficilement ses prétentions. Egalement construit autour de la charge de la preuve caractérisée par son aménagement (**A**) et des modes de preuve recevables devant le juge civil (**B**), le régime juridique de la preuve devant le juge civil révèle sa particularité.

#### A- Aménagement de la charge de la preuve

Malgré les textes internationaux et communautaires, les recours formés contre les discriminations ne prospéraient pas vraiment devant les juridictions des Etats membres de l'Union. La raison principale expliquant cet état des choses tenait principalement dans le fait que les juges nationaux s'attachaient, pour prononcer des sanctions, à ce que la preuve de l'intention discriminatoire soit rapportée. La difficulté, pour les victimes, d'y parvenir les privait par conséquent de leurs droits. C'est la raison pour laquelle, la CJCE[614], par le biais de sa jurisprudence, a peu a peu élaboré une approche nouvelle de la preuve pour que les actions en justice, contre les discriminations, puissent enfin aboutir devant les juridictions civiles notamment. Dès la seconde moitié des années 1980, la CJCE n'a plus uniquement

[614] Cour de justice des Communautés européennes, et depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (le 1er décembre 2009), Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne par les vingt-sept Etats membres de l'Union européenne, le traité transforme l'architecture institutionnelle de l'Union.

recherché la preuve de l'intention discriminatoire mais s'est attachée au résultat, à l'impact de la décision discriminatoire. La Cour a peu à peu considéré que le demandeur satisfait aux obligations lui incombant alors, à savoir la charge de la preuve, lorsqu'il établit le résultat défavorable d'une décision sur sa personne, en soumettant des éléments de fait pouvant être effectivement considérés comme des indices apparents d'une discrimination. La Cour a donc précisé comment le défendeur, en l'espèce l'employeur, doit se justifier pour établir la légitimité de sa décision dans une affaire où les travailleurs à temps partiels n'avaient pas bénéficié des mêmes droits que ceux à temps plein dans une entreprise. C'est au cours du procès, grâce au transfert de la preuve sur la partie défenderesse, qu'il a pu être démontré que les salariés à temps partiel, les plaignants en l'espèce, étaient en grande majorité des femmes[615]. Il n'y a discrimination que si l'impact de la même décision, qui a été défavorable au demandeur à l'instance, ne l'est pas pour une autre personne ou groupe de personnes, placée dans la même situation. Seule la comparaison entre la situation du demandeur et le groupe constitué par les autres, peut démontrer la différence de traitement. Si la preuve se révèle ainsi nécessairement comparative, il reste que les éléments de comparaison sont, le plus souvent, en possession du défendeur à l'instance. Celui-ci devra, dans certains cas sous l'injonction du juge et pour assurer sa propre défense, les verser au débat. La Cour a ainsi mis en place ce système de preuve, dont la production a été mise à la charge du défendeur à l'instance, pour permettre au demandeur d'accéder aux éléments matériels concourant à l'établissement de ses prétentions.

Compte tenu de ce qui précède et qui a été interprété comme "*le renversement de la charge de la preuve*", les tribunaux civils nationaux ont montré beaucoup de réticence à suivre la jurisprudence de la Cour de justice en matière de discrimination. Au bout d'une dizaine d'années de négociations, la directive 97/80 de décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe[616], a été adoptée. Suivirent celles du mois de juin[617] et de novembre[618] 2000 concernant les discriminations fondées

[615] CJCE, 13 mai 1986, BILKA, aff. 170/84, Rec. 1607.
[616] Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Journal officiel n° L 014 du 20/01/1998, p. 0006-0008.
[617] 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 ethnique. Journal officiel n° L 180 du 19/07/2000, p. 0022-0026.
[618] 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. Journal officiel n° L 303 du 02/12/2000, p. 0016-0022.

l'origine, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, les convictions, la religion et instaurant également le même régime probatoire. Ces directives combinent le droit communautaire[619] et la jurisprudence de la Cour en érigeant un véritable régime spécifique de la preuve en droit des discriminations, devant la juridiction civile. **Au civil, il appartient au demandeur à l'instance d'établir non plus un but discriminant, mais les faits et les indices apparents de discrimination. La charge de la preuve est ensuite transférée sur le défendeur à l'instance**.

Ce système, somme toute novateur, a nourrit une grande controverse. En effet, certains y voyaient tout simplement un renversement de la charge de la preuve contraire aux principes du droit civil français, tandis que d'autres y ont décelé un partage des tâches. Il est exact qu'avant que le défendeur ne soit obligé de se justifier, le demandeur doit tout de même relater les faits, soumettre ses indices, décrire les éléments qui laissent supposer une apparente discrimination. Reste que, ce sont les éléments de comparaison se trouvant entre les mains du défendeur qui pourront alors en établir la preuve et que la loi accorde, au demandeur, le droit d'accès à ces documents. Droit d'accès que le juge devra ordonner le cas échéant. En matière civile, ce système pose problème pour agir en justice sur la base de l'article 1382 du Code civil, qui suppose « *un fait générateur, un préjudice et un lien de cause à effet pour que la responsabilité de l'auteur des faits soit engagée* »[620]. En effet, il faut convaincre le juge civil de se détacher de la faute et de l'intention discriminatoire, pour ne voir que le résultat défavorable duquel découle l'apparence de discrimination[621] ; et que le demandeur à l'instance doit avoir accès aux éléments matériels de preuve détenus par la partie adverse[622]. Ces deux éléments sont intimement liés. Plus le juge recherchera la faute, moins il sera enclin à en transférer la charge de la preuve, et pourtant le fait générateur ne pourra être démontré que de la sorte.

En transposant en droit interne les directives européennes relatives à la preuve des discriminations, le législateur français a finit par aligner la jurisprudence des juridictions nationales sur celle de la Cour. Il retient que, en cas de litige devant le juge civil, le candidat à l'emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise et le salarié, présente

[619] On parle actuellement du droit de l'Union.
[620] De manière précise, « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».
[621] Seuls éléments que le demandeur à l'instance expose et qui lui permettent d'initier son action.
[622] Ce qui implique que la preuve de la discrimination sera élaborée, par méthode comparative, pendant le procès.

des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte telle que définie par la loi[623]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, lesquels sont étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, les mesures d'instruction qu'il estime utiles. En définitive, c'est à l'auteur des faits qu'il revient de prouver l'absence de discrimination à l'encontre du salarié ou du candidat à l'emploi[624]. Justifie alors sa décision, la chambre sociale de la Cour de cassation qui retient que « *dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement discriminatoire, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* »[625].

Si devant le juge pénal la charge de la preuve incombe toujours à l'accusation en matière de discrimination, le cadre juridique a été assoupli, en faveur de la victime, devant le juge civil. C'est la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations[626], qui a introduit cet "*aménagement de la charge de la preuve*", obligeant l'employeur accusé de discrimination à prouver que sa décision n'est pas fondée sur un critère discriminatoire. Le législateur a ainsi posé une présomption légale en matière de discrimination , qui établit non pas "*un renversement*" mais plutôt "*un aménagement*", plus précisément "*un partage*" de la charge de la preuve du mobile discriminatoire dans le travail. Ceci uniquement devant les juridictions civiles. Au lieu d'établir la certitude du mobile discriminatoire, la victime doit seulement établir la vraisemblance de celui-ci. Le mis en cause doit rapporter la preuve que des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, ont fondé sa décision. Le partage ou l'aménagement de la charge de la preuve devant le juge civil, ne saurait donc en aucun cas être interprété comme son renversement. Le plaignant doit toujours étayer ses propos par des éléments. Pour ce faire il lui faudra collecter un maximum d'informations, établir un faisceau d'indices.

---

[623] Article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. JORF n° 0123 du 28 mai 2008, p. 8801, texte n° 1.
[624] Article L. 1134-1 du Code du Travail.
[625] Soc. 24 septembre 2008 : RJS 11/08, n° 1070, 3e esp.
[626] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *op. cit.*

La charge de la preuve, étant ainsi partagée entre la victime de discrimination et la partie défenderesse à l'instance devant le juge civil, induit d'autres problèmes. En effet, le recours civil en matière de discrimination repose également sur le constat d'une inégalité de traitement. Le "*testing*" n'étant pas admissible en matière civile, se pose le problème de la forme de la preuve du constat de discrimination, auquel se rajoute celui de l'accès de la victime aux éléments de preuve pour l'établir[627]. A la fin des années 1990, les syndicats se sont inspirés du droit communautaire pour élaborer une démonstration de discrimination fondée principalement sur la comparaison entre la situation des représentants syndicaux et celle des autres salariés. Avant même l'adoption des directives 2000/43 et 2000/78 et leur transposition en droit interne, la Cour de cassation a progressivement reconnu, en matière de discrimination syndicale, l'approche comparative inspirée du droit communautaire. Elle a procédé à la comparaison de l'évolution des carrières entre les représentants syndicaux et les autres salariés comme moyen pour établir la présomption de discrimination, à charge pour l'employeur de prouver l'absence de discrimination[628].

Dans l'arrêt FLUCHERE[629], la Cour est allée jusqu'à reconnaître que priver le demandeur de l'accès à la preuve en possession de la partie adverse, s'apparentait à priver la victime de son recours[630]. Elle a imposé au juge d'aller, unilatéralement, à la recherche de la preuve en possession de la partie adverse même si l'avocat de la victime n'en faisait pas la demande. Elle a également invité le juge à ordonner la production des documents nécessaires afin de vérifier les allégations d'inégalité de traitement. Malgré les refus de la part des défendeurs de s'y plier, prétextant que le demandeur qui partage la charge de la preuve n'a pas réussi à établir l'inégalité de traitement alléguée et son étendue, la Cour d'appel de Montpellier a décidé que le défendeur, qui ne se conformait pas à une ordonnance[631] destinée à établir l'inégalité de traitement, ne pouvait pas plaider de l'insuffisance de preuves du demandeur. Le refus d'accorder le droit d'accès aux documents de preuve a pour conséquence d'opérer

[627] Le constat de discrimination se prouvant par comparaison d'éléments, généralement détenus par la partie adverse.
[628] Cass. soc. 9 avril 1996, n° 1727 P, RJS 5/96 n° 550 ; Cass soc. 23 novembre 1999, n° 4290, RJS 5/00 n° 498.
[629] Cass. soc. 28 mars 2000, FLUCHERE C/SNCF, n° 1027 P+B, Dr. Ouv. 2000, p. 176.
[630] LANQUETIN (M.-T.), *un tournant en matière de preuve des discriminations*, Dr. Soc. n° 6, juin 2000, pp. 589-593 ; Cass. crim. 14 juin 2000, CFDT Interco, arrêt n° 2792, 99-81.108.
[631] Ordonnance de production de documents.

le transfert la charge de la preuve sur le défendeur[632]. Ce régime probatoire est beaucoup plus favorable à la victime de discrimination, qui se heurtait jusqu'alors à l'obligation[633] de rapporter la preuve des faits reprochés à la partie défenderesse. On comprend facilement pourquoi, jusqu'à cette évolution notable en la matière, la majeure partie des plaintes pour discrimination étaient classées sans suite.

Un parallèle doit être fait avec le régime juridique de la preuve, notamment sur qui pèse sa charge, dans le contentieux des discriminations relevant du juge administratif. En effet, la charge de la preuve d'une discrimination dans la fonction publique incombe au demandeur à l'instance[634], mais aussi au défendeur[635]. Il y a donc, comme en matière civile, un partage de la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur à l'instance. Ceci s'explique notamment par la toute puissance de l'administration, face à laquelle il n'est pas toujours évident de prouver le caractère discriminatoire que revêtirait une décision par elle prise. Le partage de charge de la preuve entre la victime et l'administration, dans le sens où la victime apporte des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination à son encontre et l'administration mise en cause se devant alors de démontrer que seuls des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ont fondé sa décision, semble faciliter son rapport.

**B- Modes de preuve**

La question qui se pose ici est celle de savoir quels sont les types de preuve qui seront recevables devant le conseil de prud'hommes pour établir ou non l'existence d'une discrimination dans le travail, ou celle vécue lors de l'embauche par le candidat à l'emploi ? Devant le juge civil comme devant le juge pénal, le principe qui régit la matière est celui de la liberté de la preuve. La discrimination indexée peut donc être prouvée par tout moyen en principe, à la seule condition cependant que les preuves fournies ne soient pas obtenues de manière déloyale. La charge de la preuve partagée entre le demandeur et le défendeur à l'instance, implique l'obligation de communication des pièces entre les parties intéressées.

[632] C.A Montpellier, 25 mars 2003, BUSCAIL c/IBM, n° 0200504, in *Des situations de discrimination au travail*, Guide discrimination CFDT, 5/07, p. 12 et 19.
[633] Unilatérale.
[634] La victime de discrimination.
[635] L'administration mise en cause.

Devant le conseil de prud'hommes, seront admises les preuves écrites ou orales comme les fiches de paie, les notes de services, les témoignages d'autres salariés, les présomptions, les procès-verbaux des inspecteurs du travail faisant foi jusqu'à preuve du contraire, ceux des agents du Défenseur des droits[636]. Le juge pourra, le cas échéant, ordonner la présentation de certaines pièces. Il peut aussi intervenir pour obtenir des mesures d'expertise dont les frais sont à la charge du mis en cause. Ce fût d'ailleurs le cas dans une affaire en 2005, où les juges ont ordonné, aux frais de l'employeur mis en cause, une expertise pour rechercher les éléments objectifs, étrangers à toute discrimination, invoqués par ce dernier et pouvant justifier la disparité constatée[637]. Les approches comparatives de situation entre les salariés sont également recevables[638]. Avec le développement de l'informatique et de l'internet, la question s'est posée de savoir si la preuve sur support informatique était recevable. S'il est possible de produire, comme preuve des faits reprochés, des courriers électroniques ou des éléments sur support informatique, les juges manifestent une certaine réticence à propos. Ils arguent, et à juste titre, de la forte probabilité de détournement en la matière. En cas de doute, les preuves rapportées par ce moyen n'auront pas toujours l'effet escompté. Le juge formera alors sa conviction sur la base des éléments de preuve qui lui seront rapportés.

**Paragraphe 2 : Nature et consistance des sanctions civiles**

Lorsque la preuve de l'acte discriminatoire causant un préjudice à la victime est rapportée par le truchement de l'aménagement de sa charge, elle appelle au prononcé de sanctions civiles par le juge saisi à cet effet. Plusieurs fois, la CJUE a rappelé qu'elle ne peut se substituer aux juridictions nationales seules habilitées à prononcer des sanctions dans ce domaine. Toutefois, les sanctions prononcées doivent être adéquates[639], pour permettre d' atteindre l'objectif fixé. En effet, sur le fondement de l'article 5 du traité sur l'Union, la Cour retient que tous les Etats membres doivent veiller à ce que les violations du droit de l'Union soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure conformes à celles qui s' appliquent au droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état

[636] Procès-verbal du délit de discrimination dressé par un agent (du Défenseur des droits) assermenté et habilité à cet effet par le Procureur de la République.
[637] Cass.soc. 4 octobre 2005, 03-45. 690.
[638] Documents accessibles aux représentants du personnel.
[639] BOSSU (B.), *op .cit.*, p. 25

de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif[640]. La Cour indique d'ailleurs que l'on pourrait, dans le cas d'une discrimination à l'embauche, exiger de l'employeur mis en cause qu'il engage le candidat discriminé ou alors qu'on assure à celui-ci une indemnisation pécuniaire adéquate en réparation du préjudice ainsi subi[641].

Soucieux du respect des principes civilistes français tout en étant en adéquation avec les recommandations de la Cour, le législateur national a choisi la deuxième solution à savoir l'indemnisation pécuniaire du candidat discriminé à l'embauche. Obliger l'employeur à recruter un candidat n'empêche pas que ce dernier soit à nouveau écarté de la procédure de recrutement pour un motif non discriminatoire cette fois, ou encore qu'il subisse tout au long de sa carrière diverses formes de discrimination[642]. En outre, cette solution constitue une violation grave du principe de la liberté contractuelle selon lequel « *l'employeur choisit librement ses collaborateurs* »[643]. Par conséquent, les sanctions civiles qui sont prononcées par le juge saisi dans ces circonstances[644], s'organisent principalement autour de la nullité de l'acte discriminatoire et de l'attribution de dommages et intérêts à la victime.

Comme sanction civile infligeable à l'auteur d'une discrimination dans le travail, la nullité de plein droit de l'acte ou des dispositions discriminatoires implique que tout acte ou disposition, pris à l'égard d'un salarié, qui méconnait le principe de non-discrimination, est nul[645]. C'est le cas par exemple de toute mesure prise par l'employeur en considération de l'affiliation syndicale ou de l'activité syndicale du salarié[646]. En fonction de la demande introduite par la partie plaignante, et sauf si la remise en l'état est impossible, le juge saisi doit ordonner, si une réintégration est demandée, la poursuite de l'exécution du contrat de travail qui n'a pas été valablement rompu[647] ; si une réintégration n'a pas été demandée, le salarié victime d'un licenciement nul a droit à des indemnités de rupture mais également à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite de l'acte pris relatif à son licenciement. Cette dernière indemnité doit être au moins égale à celle prévue

[640] RODIERE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J, 2008.
[641] CJCE, 15 octobre 1987, HEYLENS, Affaire 222/86, Rec., 1987, Page 4096.
[642] Harcèlement moral, discrimination dans la rémunération, retard dans l'évolution de carrière, etc.
[643] Principe affirmé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 juillet 1988.
[644] Discrimination à l'embauche ou dans le travail.
[645] Article L. 1132-4 du Code du travail.
[646] Soc. 4 décembre 2001 : RJS 2/02, n° 197.
[647] Soc. 17 mars 1999 : TPS 1999, comm. 201 ; à rapprocher, Cph Paris 17 décembre 2002 : RJS 3/03, n° 309, à propos d'un licenciement prononcé en raison de l'apparence physique et des convictions religieuses du salarié.

par l'article L. 1235-3 du Code du travail[648]. Toutefois, une discrimination à l'embauche ne saurait être sanctionné par la nullité. En effet, la décision de l'employeur ne peut pas être annulée dans la mesure où ceci reviendrait à envisager la possibilité, exclue, de le forcer à embaucher le candidat éconduit. Il y aurait alors là une atteinte manifeste au principe de la liberté contractuelle qui s'impose au juge. Il ne reste, comme alternative de sanction, que la condamnation pécuniaire de l'employeur. Celle-ci consistera en le versement de dommages et intérêts au candidat écarté de l'embauche sur un fondement discriminatoire.

En tant que sanction civile pécuniaire, le versement de dommages et intérêts, par l'employeur fautif au candidat discriminé à l'embauche, est censé réparé l'entièreté du préjudice dont se plaint la victime. Quelques difficultés notables demeurent cependant. En effet, le Code du travail[649] reste muet sur le montant de la sanction pécuniaire applicable. Ceci n'est pas étonnant dans la mesure où on ne peut pas rétablir la situation antérieure à celle de la discrimination. Pour le faire, il faudrait réinsérer le candidat dans une procédure d'embauche déjà close. De plus, le poste convoité doit déjà être pourvu. Comment chiffrer le préjudice en la matière puisqu'il n'existe pas de plafond minimum, ni même maximum, et qu'une réparation symbolique ne saurait être satisfaisante ? L'évaluation du préjudice causé par une discrimination lors de l'embauche résultera de l'application de l'article 1382 du Code civil. Le juge apprécie la perte pour le candidat au recrutement d'une chance réelle et sérieuse. Ceci parce qu'il s'agit d'une véritable atteinte à la dignité de la personne. Mais l'évaluation du préjudice est faite de manière approximative par les juges et les conseils. La sanction civile, pour être dissuasive, doit atteindre des montants assez élevés. Pour ce faire, les juges doivent prononcer des sanctions pécuniaires à la hauteur de la gravité des faits. Il conviendrait, sur le chiffrage du préjudice, d'élaborer des barèmes minimum ou maximum en fonction de la situation des parties et par domaine de discrimination. C'est seulement en droit du travail qu'il existe une jurisprudence de référence sur les panels de comparaison et le préjudice lorsqu'une carrière a été empêchée, dans son évolution, pour discrimination en raison de l'activité syndicale. En cas de discrimination à l'embauche, le candidat discriminé ne pourra, devant les juridictions civiles, qu'obtenir une réparation pécuniaire du préjudice subi dont le montant final est soumis à la libre appréciation du juge.

[648] Soc. 27 juin 2000 : RJS 9-10/2000, n° 937.
[649] Article L. 1132-1 du Code du travail.

Dans tous les autres cas de discriminations vécues dans le travail, en plus du l'allocation des dommages et intérêts, le juge peut légitimement exiger de l'employeur le rétablissement total du salarié dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable ne s'était jamais produit[650]. L'employeur pourra, dans ces conjectures, être condamné au rattrapage de carrière et de salaire en matière de discrimination syndicale ; l'employeur ne devrait pas prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne l'avancement et la rémunération d'un salarié[651] : au rappel des sommes dont le salarié n'a pas bénéficié pour avoir participé à une grève finalement déclarée licite. En effet, s'il est exact que la seule participation à une grève ne suffit pas à caractériser une action syndicale, ce n'est pas le cas lorsque le mouvement est déclenché par une organisation syndicale pour satisfaire les revendications professionnelles et collectives, et que les mesures prises ultérieurement par l'employeur, contre l'ensemble des grévistes, ont eu pour objet ou résultat de briser l'action syndicale[652] ; à la réintégration possible en cas de licenciement nul ou de rupture de période d'essai nulle.

Un autre parallèle peut être effectué entre les sanctions prononcées par le juge civil et celles prononcées par le juge administratif en cas de discrimination dans le travail. Les sanctions prononcées par le juge administratif saisi d'un cas de discrimination vécue par un fonctionnaire ou un agent de droit public sont identiques à celles prononcées par le juge civil à savoir, entres autres, la nullité de la décision administrative discriminatoire ainsi que le dédommagement du préjudice, subi par le fonctionnaire, par le versement de dommages et intérêts. Doit ainsi être annulé le licenciement pour insuffisance professionnelle en fin de stage, d'un stagiaire ayant fait l'objet, pendant une partie du stage, de harcèlement moral à caractère discriminatoire au sens de l'article 6 quinquiès de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et qui n'a bénéficié pendant tout le déroulement du stage d'aucun encadrement ni même de la fixation d'objectifs[653]. En l'espèce, la décision de l'Etat, relative au licenciement d'un stagiaire, a été annulé par le tribunal administratif en raison du fait que le plaignant a prouvé l'existence du harcèlement moral dont il faisait

[650] Soc. 23 juin 2004 : RJS 11/04, n° 1163.
[651] Soc. 8 avril 1992 : Dr. trav. 1992, n° 6, page 5, point 289.
[652] Crim. 15 décembre 1981: D. 1982, inf. rap., 321, obs. BERAUD (J-M).
[653] TA Nice, 4e chambre, 29 juin 2007, M. NANA, n° 0504605 ; La lettre du tribunal administratif de Nice du 5 septembre 2007, n° 22, page 5. Voir aussi CE, 12 juillet 1978, Ministre de l'éducation c./ LAMPERIER et CE, 2 octobre 1981, Centre hospitalier Maillot.

l'objet. L'Etat a été condamné à réintégrer cet ancien stagiaire, n'ayant pas été titularisé, à la Direction Départementale de l'Equipement[654] des Alpes-Maritimes et à lui verser 2 000 euros de dommages et intérêts[655].

Notre analyse du déroulement des poursuites pour discrimination à l'embauche engagées devant les juridictions civiles pêche toutefois d'un point de vue pratique. En effet, si théoriquement nous sommes particulièrement bien renseignés sur le régime juridique de la preuve des discriminations devant le juge civil tout comme sur la nature et la consistance des sanctions civiles, nous ne pouvons malheureusement pas fournir de précisions chiffrées relatives au nombre de cas de discrimination traités annuellement par les juridictions civiles statuant sur ces litiges. L'absence de données statistiques précises émanant des juridictions civiles plus à même de nous documenter sur la question, en est la cause principale. Nous ne nierons pas l'existence de bases de données manuelles et électroniques qui, tant bien que mal, regroupent l'ensemble des décisions rendues par les juridictions civiles sur des cas de discrimination en général. Mais le fait qu'elles ne font état que des décisions publiées, leur diversité et leur organisation complexes, n'aident pas à repérer avec exactitude les cas qui nous intéressent le plus pour notre étude. Or, de telles données sont très importantes dans la mesure où elles renseignent sur la fréquence de pareils cas dans le contentieux civil et, *in fine,* permettent aux juridictions civiles de repérer les difficultés que leur posent ces cas et, ainsi, de contribuer à une réflexion globale afin d'améliorer leur traitement. Le contentieux administratif sur la question appelle malheureusement aussi au même constat. Néanmoins et d'un point de vue strictement logique, le partage de la charge de la preuve au civil entre le demandeur à l'instance et le défendeur dans le contentieux des discriminations, pourrait avoir comme conséquence de favoriser davantage la voie civile en cas de discrimination. En effet et contrairement au pénal qui ne connaît que des cas de discriminations directes et où la charge de la preuve incombe exclusivement au plaignant, tous les cas de discrimination à savoir directe et indirecte peuvent être portés devant le juge civil. De plus, la victime n'aura qu'à relever un faisceau d'indices laissant penser à une discrimination, à charge pour le mis en cause de prouver que sa décision n'est pas fondée sur un critère discriminatoire. Mais est-ce à déduire que la voie civile est la plus efficace pour traiter des cas de discrimination ?

[654] DDE.
[655] 1 000 euros à titre d'indemnité et 1 000 autres euros en application de l'article 1761-1 du Code de justice administrative.

Schéma 8 : Récapitulatif des procédures (régime juridique de la preuve et sanctions) devant les juridictions civiles, pénales et administratives dans le contentieux des discriminations.

| | | Juridictions civiles | Juridictions pénales | Juridictions administratives |
|---|---|---|---|---|
| Déroulement (Preuve) | Charge de la preuve | Partage entre demandeur et défendeur | Demandeur assume la preuve avec le procururer et le juge d'instruction désigné par ce dernier | Partage entre demandeur et défendeur |
| | Mode de preuve | Libre : témoignages, écrits, PV, comparaisons de situation (avec des panels) sauf preuve obtenue de façon déloyale (irrecevable) | Tout moyen : aveux, écrits, témoins, testing | Libre mais les juges peuvent refuser les preuves obtenues de manière illégale |
| | Rôle du juge dans l'obtention de la preuve | Procédure contradictoire : le juge peut demander des éléments utiles | Procédure inquisitoire | Procédure inquisitoire (recherches, etc.) Mais si le plaignant estime qu'il y a préjudice, il doit apporter la preuve de la responsabilité de l'administration |
| Résultats (décision) | Nature des condamnations | - nullités des actes (ex : licenciements)<br>- remise en l'état<br>- dommages et intérêts | Amende et/ou emprisonnement ; dommages et intérêts | Nullité de la décision administrative discriminatoire+dédommagement du préjudice subi |
| | Frais du procès | Condamnation aux dépens (frais de justice) | Condamnation aux frais de justice | Gratuité de la justice administrative |
| | Force de la décision | La décision pénale s'impose au civile | La décision pénale s'impose au civil | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Recours | Cour d'appel puis Cour de cassation possible sauf pour les petites affaires | Cour d'appel puis Cour de cassation | Cour administrative d'appel puis Conseil d'Etat |

Source: ISM-Corum, http://antidiscrimination-syndicat.org/juger_3_tab1.html

**Conclusion**

En termes de bilan de notre analyse du traitement judiciaire de la discrimination à l'embauche, il convient de retenir *dans un premier temps et de manière très globale* que seul le rapport de la preuve légalement établie des faits spécifiés devant les différents juges saisis entraine la sanction des personnes juridiquement reconnues comme auteurs des faits spécifiés. La preuve des actes discriminatoires est soumise à un régime juridique spécifique, du point de vue sa charge, en fonction notamment de la juridiction saisie. Autrement dit, la partie à qui incombe la charge de rapporter la preuve des faits reprochés n'est pas la même selon qu'on se trouve devant le juge pénal, civil ou administratif. En effet, si devant le juge pénal c'est à la victime aidée par le ministère public qu'il revient de rapporter la preuve des faits reprochés, au civil comme devant le juge administratif, elle est partagée le plaignant et le mis en cause. L'administration de la preuve en la matière est en principe libre, toutefois elle doit être légalement obtenue et contradictoirement discutée. Une fois établie, le juge prononce une condamnation. La nature et la consistance de cette dernière seront fonction de la demande initiale, la juridiction saisie, la personne et la personnalité du mis en cause, ainsi que les circonstances de commission des faits litigieux. *Une précision doit cependant être faite, la nullité d'un refus d'embauche discriminatoire ne peut pas être prononcée au titre de sanction.* Les sanctions prononcées par le juge pénal, civil ou administratif, ne sont pas les seules possibles en la matière. En effet, la discrimination à l'embauche ou dans la relation de travail, n'est pas toujours du fait de l'employeur privé ou public. L'auteur peut être un salarié ou un fonctionnaire exerçant une autorité sur ses collègues ou disposant de pouvoirs propres[656]. Ce dernier pourra également faire l'objet d'une sanction disciplinaire à caractère personnel, voire d'un licenciement, au regard de la gravité des actes posés et en

[656] Responsable hiérarchique, chargé du recrutement, manager, etc.

application des règles de déontologie régissant la structure pour laquelle il travaille, et dans l'exercice des fonctions de laquelle il a commis les actes discriminatoires reprochés[657].

*Dans un second temps et de manière plus détaillée,* de l'analyse de la sanction des actes discriminatoires à l'embauche, il ressort que la juridiction répressive est l'une des juridictions qui connaît plus de difficultés dans le traitement des discriminations en général. C'est aussi l'une des juridictions qui s'en saisit le moins. Pour se l'expliquer, il convient sans doute de commencer par comprendre ce qu'elle condamne, la face la pernicieuse de l'acte de discrimination à savoir la discrimination intentionnelle qui très souvent inavouée. Celle à travers laquelle le prévenu a voulu porter atteinte à l'altérité de la personne, celle imposant l'exclusion par classification de l'être humain. Le droit pénal laisse, de la sorte, en dehors de son champ tout autre type d'exclusion certes non voulue par l'homme mais engendrée par son action. Il ne connaît pas non plus les discriminations indirecte ou systémique parce qu'il est porteur de la sanction la plus grave pour laquelle seule les atteintes les plus graves sont admissibles. Parce qu'elle peut prononcer une condamnation, la juridiction pénale exige la démonstration convaincante des éléments de faits et de droit relatifs à la commission de l'infraction. Partant, il est donc difficile de prouver un comportement qui repose avant tout sur la psychologie humaine[658]. Gardons nous cependant de croire que l'issue est meilleure ailleurs. S'il est vrai que la voie civile offre plus de possibilités en raison de l'aménagement de la charge de la preuve qui facilite le traitement des cas de discrimination dans l'accès à l'emploi et dans le travail, les sanctions prononcées en cas de discriminations avérées n'ont, malheureusement, pas la même portée que la sanction pénale. Cette dernière, au-delà de sévèrement sanctionner les auteurs de tels actes, véhicule et matérialise la condamnation au nom de la société française toute entière des atteintes porter à l'altérité de la personne, à la dignité de l'être humain et à son exclusion par sa classification. Dans la sphère publique de l'emploi dont il faut se garder de croire à son exemplarité, même si celle-ci est beaucoup moins sujette à reproches dans le domaine des discriminations, il convient de saluer le rôle du juge administratif qui protège l'individu face à la "*toute puissance*" de l'administration. Il appert donc capital, quand bien même l'effectivité de l'institution répressive laisse songeur, de maintenir sa place dans le traitement des tels comportements insoutenables.

[657] Sanctions prises en interne.
[658] MOUREY (L.), *op. cit.*, p. 51.

Nous ne saurons point insister dans nos remarques conclusives sur le traitement judiciaire de la discrimination à l'embauche, sur une critique à l'attention de ses acteurs. *Le manque de données statistiques sur les cas traités annuellement par les juridictions saisies ne nous permet pas d'identifier de façon précise les difficultés d'ordre pratique rencontrées par les acteurs judiciaires du traitement de ce phénomène.* Pourtant ces données sont très importantes puisqu'elles permettent, en termes d'effectivité, de quantifier la fréquence des cas de discrimination portés devant la justice, de déterminer l'issue qui leur est réservée et, pour les acteurs intervenant dans cette sphère, de poser la discrimination en objet d'étude pour remédier aux difficultés que leur pose son traitement et évaluer leur propre action. *Il est donc opportun, en termes de préconisations, que les acteurs du traitement judiciaire de la discrimination échangent sur leurs difficultés respectives, communiquent davantage avec les acteurs de l'accompagnement des victimes, et fournissent, dans une fréquence annuelle si possible, les données chiffrées des cas traités comme le fait un autre acteur actif dans le traitement des discriminations au travers de ses rapports annuels, la HALDE/Défenseur des droits*[659]. Le traitement judiciaire des cas de discrimination n'en sortira que plus renforcé.

Les autres pays membres de l'Union européenne sanctionnent autant les actes discriminatoires dans l'emploi. En Allemagne par exemple, tout acte juridique, qui enfreint une interdiction législative, est frappé de nullité ; à moins que l'interdiction ne soit assortie d'une autre sanction[660]. En théorie, les décisions discriminatoires, émanant de l'employeur, ne produisent aucun effet. Mais, la loi sur les comités d'entreprise énonce que l'employeur qui viole de manière grossière l'une des obligations qu'elle impose, pourra se voir contraint, par la juridiction de travail, soit de renoncer à sa décision ou, au contraire, de prendre une décision donnée. Cependant, peu de juristes affirment, sur le fondement de l'article 823 du Code civil allemand[661], que la violation du principe d'égalité de traitement justifierait une demande de dédommagement des différents préjudices matériels en résultant. Pour cela, il

[659] Depuis 2004, les procédures de traitement des discriminations ont fait l'objet d'un morcellement visant à l'amélioration de la prise en charge de ce comportement. Le traitement des discriminations n'est plus l'apanage d'une seule prise en charge judiciaire. Conformément à la directive européenne 2000/43/CE du conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, la victime de discrimination a également la possibilité de s'adresser à une institution spécialisée dans ce domaine, la HALDE aujourd'hui le Défenseur des droits.

[660] Article 134 du Code civil allemand.

[661] Quiconque porte illicitement atteinte, intentionnellement ou par imprudence, à la vie, l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, au droit de propriété ou à un autre droit d'autrui est tenu, envers autrui, de réparer le dommage qui en résulte.

aurait fallu que le principe d'égalité de traitement fit partie, comme le "*droit général de la personnalité*", des droits considérés, par la jurisprudence, comme susceptibles de justifier l' action fondée sur cet article 823 du Code civil. Or, il n'est pas évident qu'une discrimination constitue une violation du "*droit général de la personnalité*". En Belgique, les dispositions de la loi de 1981, fixent la durée et le montant des peines d'emprisonnement et d'amendes prononcées contre les auteurs de discriminations dans l'emploi[662]. La loi précise également que l'employeur est civilement responsable des amendes auxquelles ses mandataires et/ou préposés ont été condamnés. Au Danemark, la victime d'une discrimination[663] est en droit d'exiger par exemple la différence entre son salaire et celui de ses collègues. La réparation des préjudices par le versement de dommages et intérêts vient généralement sanctionner tout acte discriminatoire. Le montant de l'indemnité est fixé par les différentes juridictions, qui appliquent, pour ce faire, les règles de droit commun. Cependant, lorsque l'interdiction d'une offre d'emploi discriminatoire est transgressée, et qu'il s'avère impossible d'identifier les victimes, l'auteur de l'infraction doit simplement payer une amende. En Espagne, c'est la nullité qui sanctionne l'ensemble de dispositions discriminatoires généralement contenues dans les conventions collectives, les contrats individuels ou les décisions unilatérales prises par les employeurs[664]. Cette disposition s'appliquant quelque soit le motif de discrimination autorise cependant l'octroi d'avantages liés à l'âge. Seules les infractions reconnues comme "*très graves*", par la définition qu'en donne la loi portant statut des travailleurs salariés et la loi sur les infractions et sanctions en matière sociale[665], sont sanctionnées par une peine d' amende dont le montant est fixé par les mêmes textes de loi. Le Code pénal espagnol érige en délits certaines atteintes aux droits des salariés, parmi lesquels toute discrimination, et prévoit que les personnes, auteurs de ces infractions, sont passibles d'une peine d'amende ou d'emprisonnement[666]. Une circonstance aggravante est même prévue, matérialisée par la volonté de discrimination affirmée[667]. En Grande-Bretagne, les discriminations lors de l' embauche ou dans le travail ne constituent pas des infractions spécifiques. Par conséquent, les plaintes y relatives sont soumises aux juridictions du travail, qui peuvent rendre alors un

[662] Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Elle même complétée, entre autres, par la loi du 12 avril 1994 introduisant la définition de la discrimination et un article sur la discrimination raciale dans l'emploi. *op. cit.*
[663] Discrimination en termes de rémunération.
[664] Article 17-1 de la loi du 10 mars 1980 portant statut des travailleurs salariés, *op. cit.*
[665] Loi n° 8/1988 du 26 décembre 1988 sur les infractions et sanctions en matière sociale.
[666] Article 314 du Code pénal espagnol.
[667] Article 14 du Code pénal espagnol.

jugement déclaratif des droits du plaignant, enjoindre à l'employeur de pallier ou de limiter les conséquences de son acte, ou encore que l'employeur indemnise la victime[668]. De plus le préjudice moral sera indemnisé même si le préjudice réel ne l'est pas. Le montant des dommages et intérêts n'est pas plafonné, cependant il existe une restriction importante qu' est que la discrimination indirecte ne saurait y donner lieu lorsque l'accusé prouve qu'il n'a pas eu l'intention de discriminer. Aux Pays-Bas, sont frappées de nullité toutes les décisions discriminatoires qui mettent fin à un contrat de travail. Les ruptures de contrat de travail se justifiant par le fait, pour le salarié, d'avoir tenté de se prévaloir des dispositions législatives le protégeant contre les discriminations, sont également nulles. De même, la loi sanctionne de la nullité de plein droit, toute disposition obligeant l'employeur à embaucher ou à ne pas embaucher, des personnes de race particulière, d'une religion ou conviction philosophique ou politique donnée, ou les membres d'une association déterminée[669]. Constitue une délit punissable d'une peine d'emprisonnement et d'une amende, le fait pour une personne de commettre une discrimination raciale intentionnelle dans le cadre professionnel. De plus, le Code pénal néerlandais qualifie de contravention punissable d'une peine de prison et d'une amende, le fait pour une personne de commettre une discrimination, fondée sur la race, les convictions personnelles, le sexe, la religion et l'orientation sexuelle dans le travail. Le Code civil prévoit, pour sa part, que l'auteur d'un acte dommageable doit réparer le préjudice qui en résulte[670]. Or, la jurisprudence a établi a plusieurs reprises que la discrimination raciale causait un préjudice et que la victime avait droit à des dommages et intérêts. La procédure en résultant permet certes d'éviter l'enquête de police, mais oblige également la victime à payer les frais de justice si elle perd son procès. C'est sans doute la raison pour laquelle elle reste très peu utilisée.

## Conclusion de la Première partie

De la définition du délit de discrimination à l'embauche au traitement judiciaire de ce comportement qui aboutit, lorsqu'il est avéré, à la sanction des personnes qui en sont auteurs, en passant par l'étude des droits des victimes, nous avons analysé le premier volet

[668] Voir le *Race Relations Act du 22 novembre 1976.*
[669] Article 1-3 de la loi néerlandaise relative aux conventions collectives.
[670] Article 162 du Code civil néerlandais.

de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche : le volet répressif et d'aide aux victimes. Qu'est-il opportun de retenir au terme de notre analyse ? *Le premier constat à faire porte sur la connaissance de ce phénomène.* S'il est vrai que le droit français définit de manière précise le comportement discriminatoire, tant dans les critères prohibés qui le fondent que dans ses différentes formes d'expression et les domaines où il intervient, *nombreuses sont encore les potentielles victimes, voire même les victimes, ne connaissant même pas l'existence d'une législation prohibant les pratiques discriminatoires*[671]. Pourtant la répression de tels comportements nécessite, en amont, un minimum de connaissance et d'information des victimes, afin que ces dernières puissent d'abord détecter la violation de leurs droits, puis identifier les voies de recours existantes. D'où l'importance de renforcer les actions de communication et d'information qui existent sur ce phénomène. *Ce qui mène à l'étape de l'accompagnement des victimes ainsi que leur accès au droit sur laquelle porte notre second constat*. *C'est celui d'un accompagnement juridique commun aux différentes structures qui interviennent dans ce domaine, un accompagnement cependant individuel et morcelé, une tendance générale à orienter les victimes vers les alternatives aux poursuites.* La combinaison de ces éléments, associée aux contraintes d'ordre juridique et économique, n'aide pas les victimes à obtenir la reconnaissance juridique d'un tel statut et favorise, de fait, la non-application du droit-sanction par les voies d'action juridictionnelles. De plus, le traitement des faits de discrimination, qui fait également l'objet d'un délitement entre la HALDE/Défenseur des droits et les acteurs judiciaires en les différentes juridictions qui sont compétentes en la matière, est lui aussi confronté au problème relatif à la preuve des faits reprochés. Cette dernière étant plus ou moins difficile à rapporter en raison notamment de la nature complexe de la discrimination et, surtout, du régime juridique de la preuve propre à chacune des juridictions pouvant être saisies d'un pareil cas. *C'est en ce dernier point que réside notre troisième constat.* Tous ces constats ont pour conséquence majeure de ne pas contribuer à une plus grande effectivité de la répression de la discrimination à l'embauche.

[671] En témoigne, le rapport de l'Eurobaromètre 2007 réalisé par la direction générale Emploi et Affaires sociales de la Commission européenne. Une des questions posées portait sur la notoriété de la législation interdisant les pratiques discriminatoires. Les résultats indiquaient, en réponse à la question 12 (*Existe-t-il une législation qui interdit les types de discrimination suivants en matière d'embauche. Des discriminations sur base de. ..*), que 30 % à 45 % des personnes qui ont été interrogées ne connaissaient pas l'existence d'une législation interdisant les discriminations à l'embauche, notamment à raison du handicap, du sexe, de l'origine ethnique, de la religion, de l'âge ou de l'orientation sexuelle. Voir EUROBAROMETRE, *La discrimination dans l'Union européenne*, 2007, p. 35. Constat encore valable aujourd'hui, comme il en ressort de notre analyse menée auprès d'un large public pour la réalisation de notre travail de recherche, voir *Annexe*.

D'où l'intérêt du travail collectif sur cette question, regroupant les acteurs qui s'investissent dans l'accompagnement des victimes et ceux du traitement des cas de discrimination dans une chaîne du droit afin non seulement d'avoir plus de visibilité sur le parcours des victimes de ce phénomène, d'identifier les difficultés qui minent sa répression, mais aussi et surtout d'y réfléchir et travailler assidûment pour davantage progresser en termes d'améliorations, condition *sine qua non* de l'effectivité recherchée. **Le volet répressif et d'aide aux victimes de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche en France est donc, indéniablement, un système au schéma organisationnel bien ficelé. Toutefois, dans sa pratique, bien des écueils existent encore et constituent un frein à sa pleine effectivité.**

Il convient dès à présent de s'intéresser, avec également beaucoup de soin, au second volet de notre réflexion sur la politique criminelle de lutte contre la discrimination à l'embauche, la prévention de ce comportement.

# Deuxième partie

## Volet préventif de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche

C'est au XXème siècle avec Von LISZT que l'on peut situer le point de départ du mouvement moderne de politique criminelle lorsqu'il définit cette dernière, sous l'angle de ses acteurs, comme l'ensemble systématique des principes aux moyens desquels l'Etat et la société doivent organiser la lutte contre le crime[672]. Cette nouvelle approche de la politique criminelle tranche de manière significative avec sa conception originelle et nettement plus restrictive, qui la définissait uniquement comme étant « *la sagesse de l'Etat légiférant* »[673]. Les acteurs de la politique criminelle ne sont plus uniquement l'Etat, mais plutôt, ce dernier et l'ensemble de la société. Le but de la politique criminelle a également été élargi afin de la mettre en adéquation avec le traitement des infractions. La politique criminelle moderne et contemporaine vise au-delà de la simple répression du phénomène criminel[674], elle intègre pleinement sa prévention. La politique criminelle actuelle s'entend d'une stratégie juridique et sociale fondée, entre autres, sur des choix politiques pour répondre, avec pragmatisme, aux problèmes posés par la répression et la prévention du phénomène criminel[675]. Ainsi, La prévention est distinctement incorporée dans toute politique criminelle.

La prévention appelle, par essence, à la prise en compte du risque qui est défini, par le civiliste Gérard CORNU, comme un évènement dommageable dont la survenance est incertaine concernant sa réalisation où la date sa réalisation. Le risque se dit aussi bien de l'éventualité d'un évènement, que de l'évènement précis dont la survenance est envisagée. Autrement dit, tout évènement dont la survenance est possible mais non certaine constitue un risque[676]. La notion de risque n'est plus entendue comme intervenant indépendamment du fait de l'homme ; bien au contraire, celui-ci en est à l'origine. Le législateur s'est emparé de cette notion, civiliste à l'origine, pour l'adapter en droit pénal[677]. La prise en compte du risque par le droit pénal s'explique par la volonté d'une répression pus lourde[678] mais aussi, par le souci d'une prévention parant aux effets, pas toujours dissuasifs, de la sanction. Une politique de prévention n'est alors concevable que si elle s'adresse à des comportements et

[672] LAZERGES (C), *op. cit*, p. 8.
[673] FEUERBACH (P-J), *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*,1801.
[674] Contrairement à la conception classique de la politique criminelle, la réduisant presque uniquement à la répression du crime.
[675] Englobant les comportements de déviance, de délinquance, les actes criminels et, de manière générale, les infractions à la loi.
[676] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., P.U.F - Quadrige, 2011.
[677] Afin d'essayer de mettre un terme aux agissements égoïstes des personnes ne souciant pas des conséquences de leurs actes sur autrui.
[678] Traditionnellement pensée comme plus efficace.

non si elle se focalise sur leurs conséquences. D'où les propos selon lesquels « *il vaut mieux prévenir les crimes que d'avoir à les punir* ; *tout législateur sage doit chercher* à *empêcher le mal plutôt qu'à le réparer, puisqu'une bonne législation n'est que l'art de procurer le plus grand bien être aux hommes et de les garantir de toutes les peines qu'on peut leu ôter, d'après le calcul des biens et des maux de cette vie* »[679].

Prévenir la discrimination à l'embauche c'est donc adopter une attitude en vue d'en limiter le risque de survenance[680], mais aussi prévoir des mesures pour la combattre, si elle survient[681]. La question qui se pose dans cette partie de notre réflexion est donc celle de savoir en quoi consiste concrètement la prévention de la discrimination à l'embauche ? Autrement dit, quelles sont les modalités de prévention de la discrimination à l'embauche ?

Pour y répondre, nous analyserons d'abord l'implication de l'Etat français et de la société civile[682] à travers les associations œuvrant dans le domaine des discriminations en termes de prévention. Nous nous intéresserons ensuite aux méthodes développées dans cette optique par les acteurs socio-économiques que sont les employeurs publics et privés respectivement au sein de la Fonction publique et dans les entreprises publiques et privées puisqu'en tant que principaux auteurs de discriminations à l'embauche et dans le travail, ils sont les premiers concernés. Seront ainsi successivement étudiés, le dispositif national de prévention de la discrimination à l'embauche (**Chapitre1**) et les pratiques des employeurs publics et privés pour prévenir le comportement discriminatoire spécifié au sein de leurs structures respectives (**Chapitre 2**).

[679] BECCARIA (C), *Dei delitti e delle pene chapitre XLI : Des moyens de prévenir les crimes*, *op. cit.*

[680] C'est la prévention proprement dite qui regroupe l'ensemble des mesures visant, par la suppression ou la réduction de la probabilité d'occurrence du phénomène dangereux, à prévenir le risque.

[681] On parle alors, dans cette hypothèse, de la prévision ou protection entendue comme l'ensemble des mesures visant à limiter l'étendue et la gravité des conséquences du phénomène dangereux, sans toutefois en modifier la probabilité d'occurrence

[682] Domaine de la vie sociale civile organisée qui est volontaire, largement autosuffisant et autonomes de l'Etat. Le Livre Blanc de la gouvernance de l'Union européenne précise que la société civile regroupe notamment les organisations syndicales et patronales qui sont les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, etc.

# Chapitre 1 : Dispositif national de prévention de la discrimination à l'embauche

Le dispositif national de prévention de la discrimination à l'embauche consiste en l'ensemble des mesures prises par l'Etat français et la société civile représentée ici par les associations qui œuvrent dans le domaine des discriminations. L'action de l'Etat dans ce domaine résulte de la production normative du législateur national. Cette dernière consiste en la mise en place, par voie la législative notamment, d'un ensemble de moyens de lutte contre le phénomène discriminatoire d'où émergeront les dispositions spécifiques relatives à la prévention de la discrimination à l'embauche. De même qu'elle fonde la répression des pratiques discriminatoires, la production normative du législateur a également une valeur préventive, dans la mesure où "*nemo legem ignorare censetur*"[683]. L'idée étant donc que personne ne saurait tirer argument du fait de son ignorance de la loi, pour échapper aux sanctions qu'elle prévoit en cas de violation de ses dispositions. Pour ainsi dire, il incombe à chaque employeur qui entend ou procède au recrutement de personnels ou collaborateurs de se renseigner préalablement sur le régime juridique applicable aux actes qu'il pourrait poser pendant les étapes concourant à la réalisation de la procédure de recrutement[684]. Le principe de clarté et de précision de la loi permettra ainsi aux employeurs d'appréhender les comportements que la loi prohibe en la matière et les sanctions qui leur sont réservées. Les lois et règlements en matière de lutte contre les discriminations à l'embauche, dont les articles des Codes pénal, du travail, de la fonction publique[685] sont la résultante condensée, sont un moyen d'information et de dissuasion pour les auteurs éventuels de discrimination à l'embauche. L'action de la société civile résulte pour sa part de l'initiative des associations investies dans la lutte contre les discriminations.

Le présent chapitre se fixe pour objectif de déterminer avec précision le contenu du dispositif étatique de prévention de la discrimination à l'embauche d'une part, et d'autre

[683] *Nul n'est censé ignorer la loi*, précepte de droit romain que la pensée juridique et politique moderne admet toujours comme l'un de ses principes les plus incontestables.
[684] Rédaction de l'offre d'emploi, diffusion, réception des candidatures et leur traitement, etc.
[685] Articles 225-1, 225-1-1 et 225-2-2 du Code pénal , articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail et articles 6, 6 *bis*, 6 *ter*, 6 *quinquiès* et 6 *sexies*, de la loi n° 84-634 du 13 juillet 1983 dite "*loi Le PORS*" portant droits et obligations des fonctionnaires, *op .cit.*

part la consistance des actions menées par les associations opérant dans ce domaine. C'est la raison pour laquelle nous étudierons successivement le dispositif étatique (**Section 1**) et les actions menées par les associations (**Section 2**), afin de prévenir la discrimination lors de l'embauche.

## **Section 1** : **Dispositif étatique**

Le dispositif étatique de prévention de la discrimination à l'embauche consiste en un corpus législatif conséquent (**Paragraphe 1**) et d'un organe institutionnel spécifique (**Paragraphe 2**).

### **Paragraphe 1 : Corpus législatif conséquent**

La construction de la protection des demandeurs d'emploi, de stage, ainsi que des travailleurs contre les discriminations s'est faite en France sous l'impulsion majeure de la législation européenne. Les directives qui en résultent traduisent cette volonté de l'Union européenne de lutter contre toutes les formes de discrimination dans l'ensemble des pays membres de l'Union (**A**) ; les lois nationales issues de leur transposition en droit interne (**B**) rendent compte de la construction et du contenu du corpus législatif antidiscriminatoire à l'embauche en France.

#### **A- Influence des directives européennes anti-discrimination**

C'est le Traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur au 1er mai 1999[686], qui fonde l'engagement de l'Union européenne dans la lutte contre les actes et comportements discriminatoires sur l'ensemble du territoire de l'Union. Le traité prévoit formellement, en son article 13, que le Conseil peut prendre toutes les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique,

[686] Publié au Journal officiel n° C 340 du 10 novembre 1997; ratifié par la France en mars 1999 par la loi n° 99-229 du 23 mars 1999 (loi autorisant la ratification du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes). JORF n° 71 du 25 mars 1999, page 4463, texte n° 1.

la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. S'appuyant sur cet article, l'action communautaire, encadrant les domaines de l'emploi et du travail, a consisté en le renforcement et l'harmonisation des dispositifs nationaux, notamment par l'adoption de trois principales directives que sont : la directive "*Race*" (**1**), la directive "*Emploi*" (**2**) et la directive "*Refonte*" (**3**).

**1- Directive 2000/43/CE dite "*Race*" du 29/06/2000**

La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Adoptée par le Conseil le 29 juin 2000, la directive 2000/43/CE encore appelée directive "*Race*"[687] a un vaste champ d'application regroupant les domaines de l'emploi, la sécurité sociale, la protection sociale, l'éducation, l'accès et la fourniture des biens et services aussi bien dans le domaine public que privé. Elle s'applique également eux ressortissants de pays tiers sans préjudice des questions touchant à l'entrée et au séjour, l'accès à l'emploi et au travail. Dans le domaine précis de l'emploi et du travail qu'elle couvre, la directive "*Race*" s'applique, aux activités salariées et à celles qui ne le sont pas, précisément en termes de sélection, de recrutement, d'orientation professionnelle, de promotion, d'apprentissage et de formation, des conditions de travail, de licenciement, de rémunération, d'accès à une organisation représentative de salariés, d'employeurs ainsi qu' à un corps professionnel. Toutes les discriminations, fondées sur les différents critères visés par la directive, sont prohibées ; comme le sont les discriminations directes ou indirectes, le harcèlement discriminatoire et l'injonction discriminatoire.

La directive "*Race"* propose également aux Etats membres de moyens d'action pour sa mise en œuvre. C'est le cas lorsqu'elle leur reconnait la possibilité de recourir à des actions positives[688] pour assurer la pleine égalité de traitement et la légitimité de certaines différences de traitement lorsqu'elles interviennent dans des circonstances précises[689]. Elle invite tous les Etats membres à favoriser le dialogue social entre partenaires sociaux[690] et

[687] Voir *Journal officiel n° L. 180 du 19/07/2000 p. 0002-0026.*
[688] Actions ou mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser des désavantages liées à la race ou à l'origine ethnique.
[689] Article 5 de la directive.
[690] Article 11 de la directive.

avec les organisations non-gouvernementales[691], afin de promouvoir l'égalité de traitement y compris par la surveillance des pratiques sur le lieu de travail, au moyen des conventions collectives, des codes de conduite et la recherche ou l'échange d'expériences et de bonnes pratiques. Elle reconnaît également au profit des organisations syndicales, des associations légitimement concernées, le doit d'engager toute procédure judiciaire ou administrative, pour le compte ou en appui du plaignant avec l'approbation de ce dernier[692]. Elle invite les Etats membres à améliorer l'accès aux procédures mises en place et aidant à faire respecter les obligations découlant du texte de la directive[693]. De même, les Etats membres doivent prendre, conformément à leur système judiciaire, les mesures nécessaires afin que dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits permettant alors de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, que le défendeur prouve qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement[694]. Les législations des Etats membres doivent aussi protéger les personnes contre les mesures de rétorsion[695]. Elle incite les Etats membres à mettre en place un ou plusieurs organismes de promotion de l'égalité[696].

### 2- Directive 2000/78/CE dite "*Emploi*" du 27/11/2000

Relative à la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la directive 2000/78/CE encore appelée directive "*Emploi*" a été adoptée par le Conseil de l'Union européenne le 27 novembre 2000[697]. En raison de son domaine d'application très précis, cette directive est l'une des plus importantes en matière de lutte contre les discriminations dans l'emploi. Elle vient compléter la directive "*Race*", en élargissant la liste des motifs sur lesquels les discriminations peuvent être fondées. Ainsi, la

[691] Organisations non-gouvernementales qui ont, conformément aux pratiques et législations nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, en vue de promouvoir le principe de l'égalité de traitement. Voir *article 12 de la directive*.
[692] Article 7, 2., de la directive.
[693] Procédures judiciaires, administratives et de conciliation. Voir *article 7. 1. de la directive*.
[694] Article 8 de la directive.
[695] Conséquences défavorables suite à une plainte ou une action en justice visant à faire respecter le principe d'égalité de traitement. Voir article 9 de la directive.
[696] Article 13, §1 de la directive.
[697] Voir *Journal officiel n° L 303 du 02/12/2000 p. 0016-0022.*

religion, les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle intègrent les critères des discriminations prohibées dans le travail et la formation professionnelle[698] que ceux soient privés ou publics. Elle vise à garantir le principe de l'égalité de traitement dans l'emploi, en termes d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, de promotion, de conditions de travail, la rémunération, le licenciement, l'affiliation et/ou l'implication des travailleurs et employeurs dans toute organisation représentative ou professionnelle. Comme la directive "*Race*" qui la précède, la directive "*Emploi*" réaffirme l'importance de la reconnaissance, sur le territoire de l'Union, des différences, conditionnant le vivre ensemble : enjeu essentiel de la construction européenne.

La directive "*Emploi*" invite les Etats membres à prendre des mesures identiques à celles détaillées dans les dispositions de la directive "*Race*", pour sa mise en œuvre. Ces mesures visent à établir un cadre général minimal de protection contre les discriminations dans le domaine de l'emploi. Elle recommande précisément aux différents Etats membres d'améliorer la défense des droits par le renforcement des différentes procédures judiciaires et de conciliation[699], tout en octroyant aux syndicats et associations notamment la capacité d'ester en justice[700] ; de prendre les mesures nécessaires afin que, lorsqu'une personne qui s'estime lésée, dans l'emploi, par le non respect du principe de l'égalité de traitement à son égard et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits laissant présumer l'existence d'une telle discrimination, la partie défenderesse prouve alors qu'il n y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement[701] ; de protéger, contre les mesures de rétorsion, les travailleurs[702] ; de favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux, avec les organisations non-gouvernementales, afin de promouvoir l'égalité de traitement[703] ; de veiller à ce que les dispositions adoptées en application de la directive, ainsi que celles déjà en vigueur dans ce domaine, soient portées à la connaissance des personnes concernées[704] par tous moyens appropriés, comme l'affichage sur les lieux de travail, sur tout le territoire de leur Etat.

[698] Considérant (11) de la directive.
[699] Article 9, 1.) de la directive.
[700] Article 9, 2.) de la directive.
[701] Article 10 de la directive.
[702] Article 11 de la directive.
[703] Articles 13 et 14 de la directive.
[704] Article 12 de la directive.

### 3- Directive 2006/54/CE dite "*Refonte*" du 5/07/2006

Adoptée par le parlement européen et le Conseil le 5 juillet 2006[705], la directive "*Refonte*" a pour but la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail. Elle reprend, en un seul texte, six autres directives la précédant et portant toutes sur l'égalité, entre les hommes et les femmes, dans l'emploi et le travail[706] ; d'où le terme "*Refonte".* Elle fixe le cadre de la protection contre la discrimination qui, dans l'emploi et le travail, est fondée sur le critère du sexe. Une fois rappelée que l'égalité entre les femmes et les hommes constitue un principe fondamental du droit européen depuis 1976[707], elle affirme la nécessité qu'est celle d'adopter des mesures spécifiques pour garantir sa mise en œuvre dans l'emploi et les conditions de travail, la protection sociale, le congé parental et la défense des droits et la promotion de l'égalité de traitement[708]. Dans l'emploi et les conditions de travail, elle interdit toute discrimination directe ou indirecte concernant les conditions de recrutement, d'accès à l'emploi ou au travail non salarié, de licenciement, de formation et de promotion professionnelle, d'affiliation aux organisations de travailleurs ou d'employeurs. Le traité sur le fonctionnement de l'Union interdit, en plus, la discrimination lorsqu'elle est fondée sur le sexe en matière de rémunération pour un même travail ou un travail de même valeur[709]. Ce principe s'applique également aux systèmes de classification professionnelle utilisés pour la détermination des rémunérations. Toutefois une discrimination intervenant en la matière peut être justifiée sen raison de la nature des activités professionnelles concernées, si bien sûr les mesures prises sont légitimes et proportionnées. Elle invite aussi les Etats membres à encourager les employeurs et responsables de la formation professionnelle à prendre des mesures pour lutter contre toutes les formes de discrimination fondée sur le sexe, surtout à prendre des mesures préventives contre le harcèlement et le harcèlement sexuel sur le lieu

[705] Voir *Journal officiel n° L 204/23 du 26/07/2006.*

[706] Directives 75/117/CEE du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; 76/207/CEE du 9 février 1976 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 à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, modifiée par la directive 2002/73/CEE ; 86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe d l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, modifiée par la directive 96/97/CE ; 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe ; 98/52/CE du 13 juillet 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/80/CE.

[707] Considérant (2) de la directive.

[708] Articles 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 et 22 de la directive.

[709] Article 157 du Traité sur l'Union européenne. Voir également *article 4 de la directive.*

de travail[710]. En termes d'égalité dans la protection sociale, les femmes et les hommes sont traités de façon égale dans le cadre des régimes professionnels de sécurité sociale[711]. Toute la population active est concernée[712]. En termes de congé parental, les travailleurs ont le droit de retrouver leur emploi ou un emploi équivalent, et ceci dans des conditions qui ne leurs sont pas moins favorables. Ils doivent aussi bénéficier des améliorations de conditions de travail auxquelles ils auraient eu droit durant leur absence. Des voies de recours doivent être mises en place, par les Etats membres, pour les travailleurs victimes de discrimination qui doivent être protégées contre toute mesure de rétorsion. Des régimes de sanctions et de réparation ou d'indemnisation, par rapport au dommage ainsi subi, doivent être mis en place[713]. Les entreprises doivent promouvoir le principe d'égalité des sexes, et renforcer le rôle des partenaires sociaux et des organisations non-gouvernementales[714].

Les directives européennes antidiscriminatoires[715] définissent la stratégie de l' Union pour la non-discrimination et fixent le cadre propice à sa réalisation. L'examen de ces textes européens fait apparaître trois aspects importants. Tout d'abord, ils agissent dans le domaine des discriminations à la fois directes et indirectes et couvrent ainsi l'ensemble du champ de la discrimination. Les concepts de discrimination directe et indirecte, récemment introduits en droit français, sont un apport de la législation européenne. Ces notions, issues de la jurisprudence de la Cour de Justice et reprises par les textes législatifs européens[716], permettent de définir le phénomène discriminatoire par sa forme. En effet, elles ont permis d'introduire dans la législation française la prise en compte des pratiques discriminatoires non-intentionnelles dans la recherche de la preuve au cours de l'instance civile notamment, où il n'est plus exiger, du plaignant, d'établir l'intention discriminatoire de la personne mise en cause, mais où il conviendra au juge de s'attarder sur l'effet induit de la pratique fondée sur un critère apparemment neutre. Ensuite, elles autorisent la mise en place d'actions ou

[710] Considérant (7) de la directive.
[711] En particulier concernant le champ d'application et les conditions d'accès aux régimes, les cotisations, les calculs des prestations, y compris les majorations, les conditions de durée et de maintien des droits.
[712] Y compris les travailleurs indépendants ; les travailleurs dont l'activité est interrompue par une maladie, une maternité, un accident, un chômage involontaire ; les personnes en recherche d'emploi, les travailleurs retraités ou invalides, et les ayants droits de ces travailleurs.
[713] Articles 24 et 25 de la directive.
[714] Article 26 de la directive.
[715] Directives "*Race*", "*Emplo*i" et "*Refonte*".
[716] Articles 2, 2. de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à a charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe (JOCE n° L 014 du 20/01/1998 p. 0006-0008) ; article 2 des directives "*Race*", "*Emploi*" et "*Refonte*" précitées.

de mesures spécifiques pour compenser les désavantages rencontrés par les personnes qui sont discriminées. Ainsi, Il est possible et même recommandé pour les Etats membres de maintenir ou de prendre des mesures spécifiques destinées à prévenir, ou compenser, les conséquences de la discrimination. Enfin, les directives introduisent le partage de la charge de la preuve, devant les juridictions civiles[717], afin de permettre aux personnes de disposer de moyens utiles dans leur volonté de faire respecter le principe de l'égalité de traitement.

Afin de garantir une protection juridique efficace contre les discriminations sur le territoire de l'Union, la Commission européenne a exigé la transposition, par tous les Etats membres, de l'intégralité des directives antidiscriminatoires dans leur ordre juridique respectif. Quel est le résultat de cette obligation dans l'ordre juridique français ?

**B- Lois nationales issues de la transposition des directives européennes**

Depuis la directive européenne "*Race*", première grande directive européenne en matière de discrimination[718], en dehors bien sûr des dispositions éparses déjà présentes et relatives aux discriminations dans la législation pénale[719] et le droit du travail[720] français

[717] Partage ou aménagement consistant en le fait que lorsqu'il existe un faisceau d'indices laissant supposer l'existence d'une discrimination établie par le demandeur à l'instance, il revient au défendeur de prouver que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

[718] Directive 2000/43/CE du 29/06/2000 dite "*Race*" précitée.

[719] Il convient de noter que le législateur français a pris en compte somme toute tardivement en droit pénal la problématique des discriminations. Il a fallu attendre la loi PLEVEN n° 72-45 du 1er juillet 1972 pour que cette dernière, relative à la lutte contre le racisme, soit adoptée. C'est ailleurs elle, qui crée l'infraction pénale de discrimination raciale en ses articles 6, 7, et 8 sous l'influence notable du droit international des droits de l'homme (1ère convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale entrée en vigueur en France le 28 juillet 1971). Quasiment jamais invoquées devant les tribunaux nationaux en dépit de la multiplication croissante des discriminations de fait, c'est au courant des années quatre-vingt-dix qu'on a pu enfin relever dans le droit interne des mesures pertinentes de lutte contre les discriminations. Ces mesures vont alors amorcer l'élargissement de la liste des domaines dans lesquels les discriminations sont combattues ainsi que celle des critères prohibés.
La loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 vient condamner les discriminations liées au sexe et à la situation de famille, celle n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social prend en compte les discriminations fondées sur les mœurs, celle n° 89-18 du 13 janvier 1989 portant diverses mesures d'ordre social et la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 protègent les personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

[720] Parce qu'initialement limitée au droit pénal, ce n'est qu'à partir de 1982 que la lutte contre les discriminations va être prise en compte par le droit du travail. Confèrent loi n° 82-689 du 4 aout 1982 dite loi « Auroux » qui intègre dans le Code du travail l'ancien article L 122-45 prohibant la sanction ou le licenciement d'un salarié fondé sur " *son origine, son appartenance à une ethnie, une nation ou une race* "; loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, qui vient compléter la liste des critères prohibés ; loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dite « *Le PORS* » portant droits et obligations des fonctionnaires au travers du rappel entre autres de l'interdiction

témoignant effectivement de la volonté politique d'aller toujours plus en avant dans la lutte contre les discriminations[721], quatre lois spécifiques antidiscriminatoires, toutes issues de la transposition en droit interne des directives européennes "*Race*", "*Emploi*" et "*Refonte*" de lutte contre les discriminations prises dès le début des années 2000[722], ont été adoptées. Il s'agit notamment de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 (**1**), la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 (**2**), la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 (**3**) et la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 (**4**).

**1- Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001**

Entrée en vigueur le 19 novembre 2001, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001[723] est la première loi majeure issue de la transposition en droit interne des directives européennes antidiscriminatoires. Composée de 11 articles, elle a pour objet l'instauration d'un véritable cadre général de lutte contre les discriminations en France. Pour ce faire, elle modifie les dispositions relatives à ces dernières, contenues dans les Codes pénal, du travail de la sécurité sociale et la loi du 13 juillet 1983 portant statut des fonctionnaires.

En droit pénal, elle étend le domaine de la discrimination prohibée à l'accès à un stage ou une période de formation en entreprise[724]. Elle étend la liste des motifs ou critères de discriminations en y intégrant l'apparence physique, le patronyme, l'orientation sexuelle et l'âge[725]. D'où la définition de la discrimination telle qu'aujourd'hui rédigée à l'article 225-

---

d'établir des distinctions illégitimes entre fonctionnaires, qui introduit la lutte contre les discriminations dans le secteur public.

[721] Il est indéniable que ces mesures ont renforcé le dispositif juridique de lutte contre les discriminations. Mais, elles semblaient encore insuffisantes pour lutter efficacement contre ce fléau. Considérée comme une atteinte aux fondements de la République, par la mise en cause de l'égalité, et comme un risque non négligeable pour la citoyenneté, dans un contexte de tensions déjà extrêmes sur le marché du travail, dès 1997 sous le gouvernement Jospin, de nouveaux moyens sont mis en œuvre pour établir un programme d'actions cohérentes parallèlement à l'instauration de structures institutionnelles compétentes en matière de discrimination, dans le cadre d'une politique globale de lutte contre les discriminations. Au-delà de la reconnaissance des discriminations raciales, il s'agit de la prise de position publique pour favoriser entres autres la mobilisation de l'ensemble des acteurs, la connaissance des processus discriminatoires et la possibilité de prise en compte des différentes victimes.

[722] Directive "*Race*" du 29/06/2000, directive "*Emploi*" du 27/11/2000 et directive "*Refonte*" du 05/07/2006. Voir *supra*, *Paragraphe 1: Influence des directives européennes anti-discrimination*, p, 179.

[723] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n° 267 du 17 novembre 2001, page 18311, texte n°1.

[724] Article 1er, IV, de la loi.

[725] Article 1er, III, de la loi.

1 du Code pénal et les domaines de discrimination spécifiés à l'article 225-2 du même Code. En droit du travail, la loi a enrichi de manière significative l'interdiction des discriminations. L'ancien article L. 122-45 actuellement L. 1131-1 a été modifié et complété plusieurs points. La protection des salariés est renforcée. Elle porte désormais sur l'embauche, les sanctions et le licenciement, l'accès à une stage ou une période de formation en entreprise, ainsi que sur les principaux actes de la vie professionnelle[726]. Les notions de discrimination directe et indirecte sont introduites dans la définition de la discrimination, sans toutefois en donner la consistance[727]. La protection des témoins des faits discriminatoires est spécifiée. S'ils sont des salariés, ils sont protégés de toute sanction résultant de leur témoignage[728]. De même, la liste des critères prohibés est enrichie[729]. Le régime juridique de la preuve, tel que connu aujourd'hui devant les juridictions civiles, est également un apport conséquent de la loi du 16 novembre 2001[730]. Elle renforce, également, les actions en justice pour la défense des droits de personnes discriminées, par la reconnaissance, aux syndicats professionnels ainsi qu'aux associations œuvrant dans le domaine des discriminations, du droit d'agir en justice. Toutefois, ces derniers ne pourront le faire que dans le respect de certaines conditions. A l'inspecteur du travail, la loi octroie des pouvoirs d'enquête élargis lui permettant alors de dresser des procès-verbaux établissant la réalité des discriminations dans le travail. Enfin, une procédure d'alerte est mise en place pour permettre, aux délégués du personnel ayant constaté des atteintes aux droits des personnes ou alors aux libertés individuelles, de saisir l'employeur[731]. En droit de la fonction publique, la loi su 16 novembre 2001 a complété les dispositions relatives à la discrimination dans la loi portant statut des fonctionnaires[732], par l'introduction de nouveaux motifs de discrimination et des conditions pour toute distinction se fondant sur l'âge[733]. La loi du 16 novembre 2001 inscrit, en plus, le dispositif 114-CODAC dans un cadre législatif[734]. Les dispositions de la loi du 16 novembre 2001 ont elles-mêmes

[726] Rémunération, formation, reclassement, affectation, classification, promotion professionnelle, mutation ou renouvellement de contrat, etc. (Voir article *1er, I, de la loi*).
[727] Article 1er, I, de la loi.
[728] *Idem*.
[729] *Idem.* Prise en compte des nouveaux critères constitués par l'orientation sexuelle, l'âge, l'apparence physique le patronyme.
[730] Articles 1er, I et 5, I, de la loi.
[731] Article 2, I, et suivants de la loi.
[732] Loi "*Le PORS*" du 13 juillet 1983 précitée.
[733] Article 11, I, II, III, de la loi du 16 novembre 2001. Voir également, *article 6 alinéa 2 et suivants de la loi "Le PORS" précitée.*
[734] Il s'agit d'un service d'accueil téléphonique gratuit, créé par l'Etat et concourant la mission de prévention et de lutte contre les discriminations raciales. Par le 114, les appels, des personnes estimant avoir été victimes ou

été complétés par d'autres textes de loi à l'instar de la loi sur la modernisation sociale du 17 janvier 2002 consacrée à la lutte contre les discriminations dans l'accès au logement[735] et le harcèlement moral au travail pour lequel elle instaure un régime juridique précis[736], entre autres ; la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite loi Perben II[737]. Cette dernière est consacrée, en partie, à la lutte contre le racisme et l'homophobie où elle allonge le délai de prescription de l'action en justice formée contre des propos racistes et négationnistes[738]; en termes de discrimination, les peines encourues sont portées à 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende[739].

C'est n'est qu'en 2005, qu'on pourrait circonscrire la parution d'un premier bilan pertinent d'application de la loi du 16 novembre 2001. Si le vote de cette dernière avait été salué par le public comme « *un vent frais européen contre les discriminations*»[740], les notes d'observateurs plus avertis étaient nuancées[741]. En effet, le contentieux des discriminations était plutôt très récent, faible, quantitativement et essentiellement un contentieux pénal. Une évolution s'est toutefois dessinée dans la mesure où, le contentieux au civil a connu un développement significatif. Le contentieux pénal devant malgré cela se maintenir, en raison non seulement de sa fonction symbolique, mais aussi de l'importance de la discrimination liée à l'embauche qui ne relevait pas de la compétence du Conseil de prud'hommes comme il l'est aujourd'hui, depuis 2006. Le développement du contentieux civil des discriminations à l'embauche tient presque entièrement au rôle joué par l'aménagement relatif à la charge de la preuve devant les juridictions civiles saisies. Le lien entre le déplacement de la charge

---

témoins de discriminations raciales, sont recueillis. Le service répond aux demandes d'information, de conseil, recueille les cas de discriminations signalés ainsi que les coordonnées des personnes morales désignées comme ayant pu commettre un acte discriminatoire. Les CODAC à savoir les Commissions départementales d'accès à la citoyenneté sont des commissions qui ont pour fonction, en liaison avec l'autorité judiciaire, les organismes et les services ayant pour mission ou pour objet de concourir à la lutte contre les discriminations, d'assurer le traitement et le suivi des cas signalés et d'apporter un soutien aux victimes, selon les modalités permettant d'assurer la confidentialité des informations. Article 9 de la loi du 16 novembre 2001.

[735] Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (JORF du 18 janvier 2002, p.1008, texte n° 1). Elle s'intéresse à la discrimination dans l'accès au logement et complète l'article 1er de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs (JORF du 8 juillet 1989, page 8541).

[736] Code du travail, Chapitre IV consacré au harcèlement moral au travail, correspondant aux anciens articles L. 122-49 à L. 122-53.

[737] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ( JORF n° 59 du 10 mars 2004, page 4567, texte n° 1).

[738] Le délai passe de trois mois à un an.

[739] Voir *Chapitre IV, article 41 de la loi Perben II précitée.*

[740] XAVIER' (93), *La Loi du 16 novembre 2001 : un vent frais européen contre les discriminations !* , Article en ligne : http://www.pulpeclub.com/news/?fuseaction=view_news&news=200.

[741] LANQUETIN (M-T.), GREVY (M.), *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, Rapport pour le ministère de l'emploi et de la cohésion sociale, décembre 2005 ; note de synthèse publiée dans la Revue *Etudes et Migrations*, n° 135, mai 2006.

de la preuve et la méthode comparative mise en œuvre par la Chambre sociale de la Cour de cassation, montre le rapport étroit entre la règle de fond et la règle de procédure.

Par ailleurs, il importe de noter que la loi du 16 novembre 2001 n'appréhendait pas pleinement la définition de la notion même de discrimination contrairement aux textes européens dont elle est le fruit de leur transposition en droit interne. Ceci pour diverses raisons tenant, entre autres, à l'existence de grandes différences selon les motifs : certains dominaient, telle que l'activité syndicale, tandis que d'autres étaient peu mis en évidence, notamment l'état de santé ou la grossesse, probablement liés à la difficulté de passer d'un régime juridique national de droit commun, à un droit de la discrimination ; d'autres encore étaient quasiment absents en raison du fait que certains outils n'étaient pas mobilisés, tels la méthode de comparaison dite hypothétique ou la notion de discrimination indirecte. Une pleine utilisation de ces outils aurait permis de traiter certaines situations discriminatoires à l'exemple des discriminations structurelles ou encore sectorielles concernant les femmes, les discriminations tenant à l'origine ethnique des personnes ou le handicap. Mais encore aurait t-il fallu pour cela que ces situations soient clairement définies de manière détaillée et qu'elles soient perçues comme discriminatoires dans la loi spécifiée, et que les acteurs s'en saisissent. Une confusion existait également entre la notion de discrimination indirecte et systémique, qui bien qu'évoquées dans le texte de loi, n'étaient absolument pas définies. La première caractérise une mesure apparemment neutre aboutissant au même résultat qu'une discrimination directe et relève de l'égalité de traitement tandis que la seconde vise un effet cumulatif et interactif de diverses pratiques ou idéologies à l'œuvre notamment au niveau du marché du travail, lesquelles font systèmes. On ne saurait imputer à un auteur unique, la responsabilité d'une discrimination systémique : les politiques publiques pouvant elles-mêmes y concourir. La connaissance des phénomènes discriminatoires devrait alors inciter les acteurs collectifs à mobiliser les outils juridiques. C'est d'ailleurs le cas de l'action en justice des syndicats, dans l'intérêt de la profession, qui a permis de conduire quelques procès de principe sauf, bien sûr, en matière de discrimination indirecte. Malgré la loi de 2001, la mobilisation des acteurs était encore trop faible : associations et syndicats portant alors certaines discriminations mais pas toutes. De même, des approfondissements étaient souhaitables dans le volet des sanctions[742]. Ce qui est en cause derrière la lutte contre les

[742] Concernant notamment la place du juge des référés, et celle des mesures de rétablissement de la légalité.

actes discriminatoires, au-delà d'une volonté politique affichée, c'est la nouvelle conception de la citoyenneté. De nombreux groupes de personnes ont été, pendant longtemps, exclus de la pleine citoyenneté. Les droits fondamentaux sont indivisibles. En effet, il ne suffit pas d'être titulaire de droits civils et politiques pour être citoyen : la citoyenneté implique aussi d'être titulaire de droits économiques et sociaux à l'instar des travailleurs handicapés.

C'est dans ce contexte de réflexion sur l'impact de la loi du 16 novembre 2001, sur l'évaluation de sa mise en œuvre notamment, qu'a été promulguée la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.

**2- Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004**

La création de la HALDE[743] est son objet principal. Suivant les recommandations du rapport remis le 16 février 2004, par Bernard STASI[744], au Premier ministre d'alors, la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004[745] intervient dans un processus semblable à celui de la loi du 16 novembre 2001 précédemment analysée, à savoir la transposition en droit interne français de la directive européenne du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Elle crée ainsi en la HALDE, une nouvelle autorité administrative indépendante compétente pour toutes les formes de discriminations prohibées par la loi nationale et les engagements internationaux auxquels la France fait partie. S'inscrivant à la fois dans un contexte national et européen de renforcement des dispositions relatives à la lutte contre les discriminations, cette création est issue du projet de loi présenté en conseil des ministres du 15 juillet 2004 donnant suite à une mission confiée au Médiateur de la République par le Premier ministre. Cette loi est également présentée comme le résultat d'un souhait exprimé par le Président de la République dans son discours dont l'idée tient de manière précise en ces mots : « *le refus des communautarismes ne se conçoit pas sans une lutte contre les discriminations. Au-delà mêmes de celles dont peuvent être victimes les personnes d'origine étrangère, je*

[743] Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.
[744] STASI (B.), Médiateur de la République, *Vers la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité* , Rapport au Premier Ministre, Collection des Rapports officiels, Paris, La Documentation française, 16 février 2004.
[745] Journal officiel de la République française, Lois et Décrets, n° 304 du 31décembre 2004, page 22567, texte n° 3.

*souhaite qu'une autorité indépendante soit créée pour lutter contre toutes les formes de discriminations qu'elles proviennent du racisme, de l'intolérance religieuse, du sexisme ou de l'homophobie* »[746].

Comme le souligne Olivier Cotte, la création de la HALDE avait déjà été proposée à plusieurs reprises et jugée indispensable par la CNCDH[747] dans son rapport de 1997 et par le Haut Conseil à l'intégration dans son rapport publié le 20 octobre 1998[748]. La même idée fut reprise par Jean-Michel BELORGEY en tant que président du Haut Conseil à l'intégration en 1999. Dans le rapport remis au premier ministre en 2004 par Monsieur STASI, ce dernier explique que « *ces réflexions n'ont pas abouti en raison de la réticence à admettre que la question des discriminations devait être traitée globalement et non de façon sectorielle, en raison aussi de la sous-estimation des difficultés rencontrées par les victimes pour établir la preuve des manquements, dont elles sont l'objet, et surtout d'une hésitation des pouvoirs publics concernant les voies et moyens les plus adaptés pour conduire cette politique* ». Le changement d'attitude ayant pour conséquence la création de la HALDE ne s'explique que par l'adhésion à cette approche globale de l'Union dans le traitement des discriminations et sa dynamique. C'est en vue de la transposition de la directive européenne 2000/43/CE du Conseil, qu'une telle autorité a été créée. Cette directive, prise sous sur le fondement de l'article 13 du traité CE, aurait dû être transposée avant le 13 juillet 2003. C'est donc avec un retard de dix-sept mois que la HALDE a vu le jour en France.

La loi du 30 décembre 2004 ne porte pas, exclusivement, sur la création de la HALDE, elle comporte également deux autres titres. Le titre II de la loi compète la directive "*Race*" et rappelle l'aménagement de la charge de la preuve des discriminations devant le juge civil[749]. En son titre III, la loi renforce la lutte menée contre les propos discriminatoires à caractère sexiste, homophobe, ou encore motivés par la handicap d'une personne. Ainsi sont prohibées et sanctionnées la provocation à la haine, la violence, la discrimination et la diffamation, tout comme l'injure faite à une ou plusieurs personnes en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap. La loi autorise le ministère public, dans ces

[746] CHIRAC (J.), Discours de Troyes dans l'Aube, 14 octobre 2002. www.veronis.fr/discours/auteur/CHIRAC
[747] Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
[748] COTTE (O.), *La loi du 30 décembre 2004 portant création d'une Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité : Du rôle de l'Europe*. Article paru dans la revue L'Europe des libertés, n°16 de juin 2005. http://leuropedeslibertés.u-strasbg.fr/rubrique.php?id_rubrique=10
[749] Article 19 de la loi du 30 décembre 2004.

cas, à poursuivre d'office lorsqu'un groupe est visé . Dans l'hypothèse où une personne est individuellement concernée, le ministère public doit, d'abord, recueillir son consentement. Toute association dont l'objet consiste en la défense des droits des catégories spécifiées de personnes, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits reprochés, peut désormais, au pénale, exercer les droits reconnus à la partie civile[750]. Le législateur a aligné, par ces dispositions, la protection offerte aux personnes agressées en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap sur celle qui existait déjà en matière d'intolérance ethnique ou religieuse. Ces dispositions, qui modifient la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ont dans un premier temps fait l'objet d'un projet de loi distinct, vite abandonné suite à l'avis défavorable rendu par la CNCDH, pour enfin être intégrées au texte de la présente loi.

Notons cependant que depuis le 29 mars 2011, une loi nouvelle a été votée en France supprimant l'existence de la HALDE dont les prérogatives sont transférées, depuis le 1er mai 2011, à une nouvelle instance qu'est le Défenseur des droits. Les attributions de cet organisme reprennent également celles, moins centrales en droit du travail, du médiateur de la République, du défenseur des enfants, et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité[751].

### 3- Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006

Les violences urbaines de l'automne 2005 ont mis l'égalité des chances[752] au cœur de l'action du gouvernement[753]. Après avoir réagi par la fermeté[754], le gouvernement

[750] Articles 20 à 22 de la loi du 30 décembre 2004.

[751] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011, page 5497, texte n° 1.

[752] L'égalité des chances est une vision de l'égalité qui cherche à faire en sorte que les individus disposent des "*mêmes chances*", des mêmes opportunités de développement social, indépendamment de leur origine sociale ou ethnique, de leur sexe, des moyens financiers de leurs parents, de leur lieu de naissance, de leur conviction religieuse, d'un éventuel handicap… Allant plus loin que la simple égalité des droits, l'égalité des chances consiste principalement à favoriser des populations qui font l'objet de discrimination afin de leur garantir une équité de traitement. Elle implique que les écarts liés au milieu d'origine soient neutralisés. L'accès à la formation supérieure et aux grandes écoles, les tests de recrutement et entretien d'embauche, l'accès aux emplois sont autant d'exemples de domaines où l'égalité des chances peut être recherchée. La qualité du système scolaire est l'un des principaux leviers permettant d'établir l'égalité des chances. L'égalité des chances s'oppose à l'égalité des résultats. Proche de la notion d'équité, elle admet une inégalité "*juste*" induite par les capacités intellectuelles, le mérite individuel ou les efforts consentis. L'égalité des chances est souvent considérée comme l'un des éléments de la politique libérale qui, s'il n'est pas accompagné de mesures

a pris des mesures appropriées telles que le choix de l'égalité des chances comme grande cause nationale pour l'année 2006, la création par décret de six préfets délégués pour l'égalité des chances dans les départements les plus concernés par les évènements[755] et l'annonce, le 1er février 2006, d'un plan d'action qui a aboutit à la promulgation de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances[756]. Cette dernières s'articule autour de 5 thèmes principaux que sont l'éducation, l'emploi et le développement économique[757]; la responsabilité parentale[758]; la lutte contre les incivilités[759] ; le service civil volontaire[760] ; l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations[761] qui retiendra particulièrement notre attention.

---

concrètes et efficaces, peut devenir un alibi de l'accroissement des inégalités sociales et fait porter sur le seul individu la responsabilité de son sort. En d'autres termes, "*l'égalité des chances*", c'est le droit de ne pas dépendre exclusivement de chance, ni de la malchance. C'est le droit égal, pour chacun, de faire ses preuves, d'exploiter ses talents, de surmonter, au moins partiellement, ses faiblesses. C'est le droit de réussir, autant qu'on le peut et qu'on le mérite. C'est le droit de ne pas rester prisonnier de son origine, de son milieu, de son statut. C'est l'égalité, mais actuelle, face à l'avenir. C'est le droit d'être libre, en se donnant les moyens de le devenir. C'est comme une justice anticipée, et anticipatrice : c'est protéger l'avenir, autant que faire se peut, contre les injustices du passé, et même du présent". In Guide républicain, COMTE-SPONVILLE (A.), *Définition de l'égalité des chances*, 2004.

[753] L'action pour l'égalité des chances est une action transversale au cœur du pacte républicain. Son est inscrit dans la devise de la République. Lors de sa conférence de presse du 1er décembre 2005, le Premier ministre d'alors a déclaré l'égalité des chances « *grande cause nationale pour l'année 2006* ». C'est une action qui touche différents domaines (emploi, éducation, logement, politique de la ville et lutte contre les discriminations, parité homme-femme, action en faveur des personnes handicapées…) et mobilise plusieurs ministères et autorités administratives indépendantes. Depuis 2005 il existe d'ailleurs en France un ministère délégué à la Promotion de l'égalité des chances. L'égalité des chances a d'abord été inscrite dans le Plan de cohésion sociale, préparé par Jean-Louis BORLOO, ministre de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, et adopté le 18 janvier 2005. C'est un ensemble de mesures concrètes dans les domaines de l'emploi (lutter contre le chômage), le logement (résoudre la crise du logement) et l'égalité des chances. Ce dernier volet prévoit des mesures en faveur de l'accompagnement des enfants en difficulté, l'amélioration de l'égalité entre les territoires et la lutte contre les discriminations. C'est d'ailleurs dans ce domaine qu'a été créée, par la loi du 1er décembre 2004, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE). Le gouvernement souhaite également favoriser la diversité dans les entreprises en s'appuyant sur la charte de la diversité lancée en 2004dans le but d'encourager les entreprises à refléter dans leur effectif les diverses composantes de la société française. L'action du gouvernement vise également l'insertion des personnes handicapées (grande cause nationale 2003) qui s'est traduite par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personne handicapées. Dans le domaine de la parité homme-femme, a été votée la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Infosynthèse, *La France à la Loupe : L'égalité des chances en France*, Ministère des Affaires étrangères, octobre 2006.

[754] Mise en place de l'état d'urgence

[755] Décret n° 2005-1621 du 22 décembre 2005 relatif aux préfets délégués pour l'égalité des chances dans le Val d'Oise, l'Essonne, le Nord, la Seine-Saint-Denis, le Rhône, et les Bouches-du Rhône.

[756] Journal officiel de la République française n° 79 du 2 avril 2006, page 4950, texte n° 1.

[757] Titre I de la loi.

[758] Titre III de la loi.

[759] Titre IV de la loi.

[760] Titre V de la loi.

[761] Titre II de la loi.

En termes d'éducation, la loi pose l'école comme garant de l'apprentissage de la langue nationale. Elle baisse également l'âge minimum de l'apprentissage à 14 ans, mettant l'apprenti junior sous la tutelle d'une personne formée dans cette optique. Trois ans après sa publication, les organisations professionnelles et syndicales représentatives au niveau national sont invitées à engager une négociation interprofessionnelle sur la définition et les modalités d'exercice de la fonction de tuteur. La durée des stages, en dehors des stages intégrés dans le cursus scolaire, est limitée à 6 mois. Des dispositions relatives aux classes préparatoires ouvertes principalement dans chaque région aux élèves de Zones d'Education Prioritaires sont également annoncées. Pour l'emploi, la loi met en place plusieurs mesures dont le très controversé CPE[762] qui, sur le même principe que le CNE[763], est un CDI[764] écrit mais échappant à quelques dispositions du Code du travail pendant les deux premières années de son exécution en ce qui concerne les motifs de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur ou du salarié, les indemnités, la durée ou l'absence de préavis, la rupture abusive de la période d'essai à l'initiative du salarié, les procédures de licenciement ou le licenciement économique. L'article 8 la présente loi, qui instituait le CPE, contrat à durée indéterminée assorti d'une période d'essai de 2 ans durant laquelle il pouvait être rompu tant du fait de l'employeur que de l'employé, a par la suite été abrogé le 10 avril 2006 et remplacé par la loi n° 2006-457 du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise œuvrant par des mesures concrètes pour leur professionnalisation. Le développement économique est favorisé par le soutien aux entreprises se traduisant par des exonérations fiscales à leur profit lorsqu'elles embauchant en CDI les jeunes issus des zones d'éducation prioritaire ou très peu qualifiés. Des zones franches dans lesquelles les entreprises pourront, sous conditions strictes, bénéficier d'exonérations particulières, sont également créées.

Le contrat de responsabilité parentale est mis en place. En cas d'absentéisme scolaire, de trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale, un contrat de responsabilité parentale peut être peut être proposée aux parents. Ce contrat rappelle les obligations des parents ou tuteurs et comporte des mesures d'aide et d'action sociales jugées de nature à remédier

[762] Contrat première embauche.
[763] Contrat nouvelle embauche.
[764] Contrat à durée indéterminée.

à la situation. A noter également que les prestations sociales relatives à l'enfant peuvent être suspendues pour une durée maximum de 3 mois, renouvelable jusqu'à un cumul de 12 mois maximum. Concernant la lutte contre les incivilités, le maire peut, tant qu'aucune action en justice n'est engagée, proposer une transaction au contrevenant pour réparer le préjudice. Il pourra alors s'agir de travaux d'intérêts généraux pour le compte de la ville. De même, les organismes ayant un intérêt général ou ceux d'insertion professionnelle peuvent bénéficier d'un agrément concernant des jeunes de 16 à 25 ans. Ces organismes ont pour mission de former le jeune, notamment aux valeurs civiques, de l'accompagner après la fin du contrat, jusque dans la recherche d'un emploi ou d'une formation.

Concernant particulièrement les mesures relatives à l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations, la loi pour l'égalité des chances crée un nouvel organisme en l'Acsé[765]. Il a pour mission de contribuer à différentes actions en faveur des personnes rencontrant des difficultés d'insertion sociale ou professionnelle à l'exemple des personnes immigrées ou issues de l'immigration. Elle lutte contre l'illettrisme, pour l'accès au savoir et à la culture. Le CSA[766] veille quant à lui, auprès des radios et télévisions nationales, à ce que leur programmation reflète la diversité de la société française. Il doit rendre compte dans un rapport annuel de l'action des éditeurs de services dans ce domaine. Mais assurément, c'est le renforcement des pouvoirs de l'Autorité administrative indépendante créée par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 à savoir la HALDE qui semble être d'une importance capitale dans la présente loi. En effet, la présente loi renforce les pouvoirs de la HALDE et par là même contribue davantage à la mise en conformité de la législation française aux exigences européennes en matière de lutte contre les discriminations, qui imposent aux Etats membres de se doter d'un organisme aux pouvoirs conséquents pour mener à bien la lutte contre ce phénomène. Dans l'hypothèse d'une affaire de discrimination, la HALDE peut, dans un cadre bien défini, procéder à des perquisitions sans l'accord du responsable des lieux[767]. Or avant cette loi relative à l'égalité des chances, elle ne pouvait procéder à de telles perquisitions sans autorisation préalable du responsable des lieux. De même est désormais de droit et non plus facultative, la demande d'audition de la HALDE faite par la

[765] Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances. Voir *article 38 de la loi pour l'égalité des chances.*
[766] Conseil supérieur de l'audiovisuel.
[767] Article 8 du Titre 1er de la loi du 30 décembre 2004 complété par la loi pour l'égalité des chances.

juridiction menant une enquête sur des faits de discriminations[768]. Les agents assermentés de la HALDE, spécialement habilités par le Procureur de la République, pourront désormais dresser des procès-verbaux de faits de discriminations qui ont été prouvés par la méthode du "*testing*" légalisée par l'article 225-3-1 du Code pénal[769]. La HALDE a la possibilité de proposer à l'auteur d'une discrimination une transaction homologuée par le Procureur de la République. Laquelle transaction consiste en une amende de 3 000 euros lorsqu'il s'agit d'une personne physique et 15 000 euros lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Elle peut parfois aussi comporter d'autres mesures comme un affichage de la décision dans les lieux publics pendant une durée n'excédant pas deux mois, la publication d'un communiqué dans le Journal officiel et dans divers journaux sans que ceux-ci puissent s'y opposer, la publication de la décision au sein de l'entreprise de l'auteur des faits, etc. Ces mesures sont toutes aux frais de l'auteur des faits mais ne doivent néanmoins pas dépasser le montant de l'amende[770]. L'application de la transaction met fin à l'action publique. En cas de refus de la transaction, le dossier est transmis au Procureur de la République pour qu'il puisse déclencher l'action publique[771] sauf à propos des dommages purement civils où la victime pourra de son propre chef intenter un procès. La HALDE, lorsqu'elle a constaté des faits discriminatoires, peut demander, dans le cadre des activités professionnelles de l'auteur de faits, à l'autorité publique dont l'auteur des faits est soumis à agrément ou à autorisation ou qui dispose du pouvoir de prendre des sanctions contre le coupable, de faire usage des pouvoirs de suspension et de sanctions dont elle dispose[772]. Enfin, le rapport que la HALDE rend chaque année au Président de la République et au Premier ministre devra énumérer les faits portés à sa connaissance. Ce rapport est ensuite rendu public[773].

Au premier abord, la HALDE peut se présenter comme un auxiliaire de la justice, avec ses pouvoirs d'investigation[774] . Elle pourrait par exemple demander des explications aux personnes privées mises en cause devant elle, leur demander la communication de certains documents et entendre toute personne dont le concours lui paraîtrait utile. Mais

[768] Article 13 du Titre 1er de la loi du 30 décembre 2004 complété par la loi pour l'égalité des chances.
[769] L'antépénultième de l'article 2, ainsi complété par la loi pour l'égalité des chances.
[770] Articles 11-1, 11-2 de la loi du 30 décembre 2004, créés par l'article 41 de la loi pour l'égalité des chances.
[771] Article 11-3 de la loi du 30 décembre 2004, créé par l'article 41 de la loi pour l'égalité des chances.
[772] Article 14 paragraphe 2 de la loi du 20 décembre 2004 complété par l'article 44 de la loi pour l'égalité des chances.
[773] Article 16 de la loi du 30 décembre 2004 complété par l'article 43 de la loi pour l'égalité des chances.
[774] Un champ de compétence ouvert à toutes les discriminations et de vrais pouvoirs d'investigation.

ce pouvoir est en pratique très limité. En effet, il est prévu que la Haute Autorité puisse, après une mise en demeure infructueuse, s'appuyer sur l'intervention du juge des référés. Elle dispose par ailleurs de la possibilité de déléguer ses propres agents pour procéder à des perquisitions ou vérifications sur place. Elle doit, pour cela, avoir obtenu l'accord préalable des mis en cause. Les juristes en déduisent qu'elle n'a pas de réel pouvoir de perquisition sans l'intervention d'un officier de police judiciaire ou d'un juge d'Instruction. En cas de poursuite décidée par le Procureur de la République sur dénonciation de la HALDE, celle-ci ne peut que présenter ses observations devant le tribunal et proposer une transaction. Son pouvoir se limite donc en réalité à saisir la justice devant le constat d'une infraction[775], ce qui est du ressort de tout citoyen, sans autre pouvoir de contrainte. Pour ces motifs, sa raison d'être est parfois contestée[776]. Par ailleurs, les transactions auxquelles elle pourrait procéder ne peuvent pas interrompre une enquête de police judiciaire, ou mettre terme à une plainte déposée par une victime[777]. Il y a toutefois une tendance certaine à renforcer ses pouvoirs coercitifs. Ainsi en décembre 2008, était mis en circulation une proposition de loi[778] amendant l'article 9 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, en insérant qu'est puni, d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, le fait d'entraver l'action de la Haute Autorité.

Il a fallu attendre quatre années après la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, pour qu'une loi nouvelle, s'inscrivant directement dans la transposition en droit interne des directives européennes de la lutte contre la discrimination[779], intègre la législation française en la matière. C'est la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

### 4- Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008

En date du 15 mai 2008, le Sénat français a définitivement adopté le projet de loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le

[775] Les droits des victimes. www.cdad-var.justice.fr/articles/pages/?id=61.
[776] *La HALDE : une autorité contre les discriminations aux méthodes contestées*, Article en ligne sur le site http://www.ifrap.org/La-Halde-une-autorite-contre-les-discriminations-aux-methodes-contestees,999.html.
[777] Bulletin officiel du ministère de la Justice, n° 102.
[778] Assemblée nationale, *Proposition de loi visant à lutter contre les discriminations liées à l'origine, réelle ou supposée*, n° 1305, 16 décembre 2008.
[779] Contrairement à la loi sur l'égalité des chances qui la précède et dont l'objet est beaucoup plus large.

domaine de la lutte contre les discriminations[780]. Afin de poursuivre la mise en conformité de la législation nationale avec les directives européennes "*Race*", "*Emploi*", "*Refonte*", elle introduit trois séries de dispositions dans le droit français. Elle précise, enfin, les définitions des notions de discrimination directe et de discrimination indirecte, telles qu'actuellement reprises dans les Code pénal et du travail[781]. Tous les agissements fondés sur les motifs de discrimination visés par la loi, et ceux à connotation sexuelle, subis par une personne, sont inclut dans la discrimination lorsqu'ils ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité, ou de créer un environnement hostile, dégradant, humiliant ou offensant[782] ; il en est de même pour le fait d'enjoindre à quelqu'un de pratiquer une discrimination[783]. La loi prohibe ensuite de manière très explicite un certain nombre de discriminations comme par exemple les discriminations en matière de biens et services, de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux et d'éducation, fondées sur la race ou l'origine ethnique[784] ; celles dans le travail et l'emploi fondées sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie ou une race, la religion, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle ou les convictions ; les discriminations en raison de la maternité ou la grossesse, sauf à ce qu'il s'agisse d'en assurer la protection ; les discriminations fondées sur le sexe dans l'accès aux biens et services et la fourniture de ceux-ci[785]. La loi renforce les garanties accordées aux personnes victimes de discrimination et celles qui pourraient en témoigner, en rappelant la règle de l'aménagement de la charge de la preuve devant les seules juridictions civiles et le maintien de la protection contre les rétorsions qui pourraient les frapper[786].

Rappelons quand même, pour la petite histoire, que la France a dû une fois de plus se "*faire remonter les bretelles*" par la Commission européenne, parce qu'elle a encore dépassé les délais impartis pour la transposition des directives européennes de lutte contre les discriminations. En effet et comme le souligne Maître ALLEGRA dans la critique qu'il fait de la présente loi[787], la Commission européenne estimait que le législateur français n'avait

[780] Loi n° 2008- 496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n° 0123 du 28 mai 2008, page 8801, texte n°1.
[781] Article 1, alinéas 1 et 2, de la loi du 27 mai 2008.
[782] Définition des faits constitutifs du harcèlement moral et sexiste. Voir *article 1, 1°, de la loi du 27 mai 2008.*
[783] Article 1, 2°, de la loi du 27 mai 2008.
[784] Article 2 de la loi du 27 mai 2008.
[785] Article 8 de la loi.
[786] Article 3 de la loi
[787] ALLEGRA (A.), *Discriminations : loi adoptée le 27 mai* 2008 ; Extraits de l'article paru sur Le Blog Maître ALLEGRA (LBMA), 19/06/2008.

pas tiré conséquence desdites directives, notamment en ce qu'il avait omis d'inscrire, dans les lois, la définition des notions de discrimination directe, indirecte, du harcèlement moral et du harcèlement sexuel. La Commission de Bruxelles avait alors engagé, à l'encontre de la France, trois procédures d'action en manquement dont les deux premières ont donné lieu à l'envoi d'une mise en demeure et la troisième à un avis motivé. Il devenait urgent pour la France, sous peine de(s) sanction(s), d'actualiser sa législation en la matière. C'est ce que le législateur français s'est empressé de faire par le vote de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

Soucieuse de se mettre en conformité avec les directives européennes relatives à la lutte contre les discriminations[788] telles qu'en résultent ses obligations en tant qu'Etat membre de l'Union européenne, motivée en cela par le refus d'être montrée du doigt par les autres Etats membres de l'Union, la France a transposé ces directives en intégrant, dans sa législation, quatre lois spécifiques. Les lois n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, n° 2004-1486 du 30 décembre, n° 2006-396 du 31 mars 2006 et n° 2008-496 du 27 mai 2008, sont le résultat de cette transposition et représentent, par ailleurs, l'un des éléments importants de la charpente du dispositif étatique relatif à la prévention les discriminations. Prévenir les actes et comportements discriminatoires se traduit également par la promotion de l'égalité entre les personnes. D'où la création, comme l'avaient déjà recommandé les directives en la matière, d'un organe institutionnel capable de traiter les questions et problématiques de la discrimination dans une approche globale et non sectorielle. Qu'en est-il exactement ?

**Paragraphe 2 : Organe institutionnel spécifique**

Dans son rapport rendu au Premier ministre à la suite duquel a été votée la loi portant création de la HALDE[789], le Médiateur de la République a commencé par établir le bilan des structures institutionnelles étatiques existant déjà dans le domaine précis de la lutte contre les discriminations. Seuls deux structures constituaient d'ailleurs l'essentiel de

[788] Directives européennes 2000/43/CE dite « Race » du 29/06/2000, 2000/78/CE dite « Emploi » du 27/11/2000, 2006/54/CE dite « Refonte » du 5/07/2006 respectivement relatives à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, la création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

[789] Rapport STASI, *Vers le Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité*, 16 février 2004.

ce dispositif institutionnel. Le Groupe d'études et de lutte contre les discriminations[790] et les Commissions Départementales d'Accès à la Citoyenneté[791]. Elles étaient respectivement chargées des études du phénomène discriminatoire notamment les discrimination raciales, du traitement et du suivi des cas signalés en liaison avec les autorités judiciaires. Bien que leur rôle semble parfaitement rempli, du point de vue de la connaissance du phénomène discriminatoire, le rapport STASI dénonce la faiblesse de leur implication dans la dimension du soutien aux victimes[792]. La mission STASI critique également la multitude de structures très dispersées et sans coordination dotées de moyens limités, qui conduit à des échecs. D'où l'enlisement de la politique de lutte contre les discriminations en France. Ceci révèle alors immanquablement, d'après Monsieur STASI, "*l'urgence d'agir*". C'est la raison précise pour laquelle, il recommande la création d'une instance nouvelle, que sera la HALDE. Créée par la loi du 30 décembre 2004 et mise en place par décret d'application en date du 4 mars 2005[793], la HALDE, devenue depuis le 29 mars 2011 le Défenseur des droits[794], représente la pierre angulaire du dispositif institutionnel de lutte contre les discriminations. L'analyse de la structure de cette instance (**A**) et celle de ses attributions (**B**), charpenterons la présente étape de notre développement[795].

---

[790] Créé en 1999 sous la forme d'un groupement d'intérêt public associant, sous la tutelle du ministère des affaires sociales, des ministères, des organisations professionnelles, des associations de lutte contre le racisme et des universitaires, le GELD (Groupe d'études et de lutte contre les discriminations) exerce d'abord une mission d'observatoire national des discriminations raciales. Il réalise à cet effet des analyses et des notes qui sont portées à l'attention des administrations, des partenaires sociaux, de l'opinion publique. Il était également en charge de la gestion du numéro d'appel gratuit 114, que pouvaient alors utiliser les victimes et témoins de discriminations raciales. Mis en place le 16 mai 2000, ce service a été consacré par l'article 9 de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

[791] Ce même article 9 de la loi du 16 novembre 2001 définit par ailleurs le dispositif mis en place dans chaque département, sous l'autorité du préfet, pour assurer le traitement et le suivi des cas signalés. Ce sont les CODAC (Commissions Départementales d'Accès à la Citoyenneté), auxquelles ont succédé les COPEC Commissions pour la Promotion de l'Egalité des Chances et la Citoyenneté, lesquelles étaient le relais des signalements effectués auprès du 114, que l'article 19 du projet de loi de 2004 remplace par un service d'accueil plus généraliste.

[792] Rapport STASI, *op. cit.*, p. 8 puis p. 29 à 31.

[793] Décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 publié au Journal officiel de la République française, n° 55 du 6 mars 2005, page 3862, texte n° 2.

[794] Le Défenseur des droits remplace la HALDE ; les prérogatives de cette dernière sont transférées au Défenseur des droits depuis le 1 mai 2011 voir *Cons. const. 29 mars 2011 n° 2011-626, Loi organique 2011-333 du 29 mars 2011 publiée au Journal officiel de la République française aux pages 5497 et suivantes*.

[795] S'il est vrai que depuis mars 2011 la HALDE a été remplacée par le Défenseur des droits, la jeunesse de ce nouvel organisme ne nous permet pas d'effectuer un développement conséquent sur son action. De plus les pouvoirs de la HALDE, qui a eu six années d'existence effective, ont simplement été transférés au Défenseur des droits et nous donnent par conséquent plus matière à développer sur son action. Néanmoins, concernant les innovations chez le Défenseur des droits, nous les mentionnerons à chaque point de notre développement.

**A- Structure**

Les autorités françaises ont, parmi les possibilités qui leurs étaient déjà offertes par l'article 13 paragraphe 1er de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 rappelées ensuite par la directive 2002/73/CE[796], à savoir la mise en place d'un ou de plusieurs organismes, opté pour un organisme unique (**1**) doté d'un statut particulier (**2**).

**1- Organisme unique**

Les Etats membres ont eu une grande liberté dans le choix de la physionomie de l'instance à concevoir, plusieurs instances pouvant coexister. Les Etats membres pouvaient envisager une répartition selon les domaines où sévissent les discriminations par exemple le cadre de l'emploi se distinguant des autres, ou alors une répartition dite territoriale. De même il leur était loisible d'envisager de fondre cette instance dans une autre, plus grande, chargée de défendre les droits de l'homme. Ces possibilités se sont accrues avec l'adoption de la directive 2002/73/CE relative à l'égalité entre les hommes et les femmes : les Etats membres pouvant alors soit transposer séparément les directives européennes 2000/43/CE et 2002/73/CE par la création de deux organismes compétents respectivement en matière de racisme et d'égalité entre les sexes, soit créer un seul organisme compétent dans tous ces domaines à l'exemple des Pays-Bas avec sa Commission pour l'égalité de traitement. Certains pays membres de l'Union illustraient d'ailleurs déjà cet exemple d'application des deux directives. En effet, en Suède où l'*Ombudsman* est compétent dans le domaine des discriminations lorsque celles-ci touchent les minorités ethniques, d'autres organismes sont compétents pour les discriminations fondées sur le handicap et l'orientation sexuelle. En Grande-Bretagne, ce sont trois Commissions qui coexistaient. A savoir la Commission pour l'égalité raciale, la Commission pour l'égalité des chances dont le domaine de compétence couvre uniquement les discriminations entre les hommes et les femmes, et la Commission pour les droits des personnes handicapées.

Chacune des précédentes hypothèses présente des avantages. En effet, l'unicité d'un organisme se comprend car le même mécanisme d'exclusion se vérifie quelque soit le

[796] Article 8 bis de la directive 2002/73/CE précitée.

critère de discrimination. De plus cette solution permet d'appréhender, comme différents aspects d'un mouvement général, les différents motifs de discrimination et les domaines dans lesquelles elles interviennent. Au-delà, cette solution permet des interactions et une coordination des moyens utilisés pour combattre les différents types de discrimination. Elle renforce en même temps les instruments disponibles à l'encontre des discriminations qui ne bénéficient pas de la même priorité politique que d'autres. Par ailleurs, un organisme unique est plus visible notamment du point de vue des victimes. Néanmoins, certains se sont émus que la lutte contre certaines formes de discrimination soit diluée, que la lutte contre les discriminations fondées sur le sexe et la race ou l'origine ethnique étouffe celle menée contre les autres types de discrimination, ou au contraire ne soit pas reconnue à sa juste valeur. Ces arguments en sens inverse militent assurément en faveur de la création de plusieurs organes. Ce qui permettrait une plus forte identification des groupes victimes de discrimination.

Le gouvernement français a retenu, pour sa part, l'idée d'un organisme unique et a suivi la tendance, déjà affichée, par les autres Etats membres. Par exemple, la Grande-Bretagne a, au moment précis de la transposition des directives européennes, abandonné ses divers organismes au profit d'un seul : la CEHR[797]. Cette tendance, générale, s'explique en partie par le fait que d'autres directives sont venues poser des obligations similaires à celle existant dans la directive du 29 juin 2000. Le choix d'un organisme unique permettant de transposer, en temps voulu, les deux directives relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes[798], elles-mêmes fondues dans la directive "*Refonte*".

A ce stade où le gouvernement s'apprêtait à se doter d'un organisme compétent pour lutter contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique et le sexe, fallait-il s'en contenter ou alors aller plus loin ? Fallait-il tout simplement se satisfaire d'une transposition fidèle des directives ou alors réaliser sur le plan national ce qui n'avait pas pu être fait lors de la discussion des directives de lutte contre les discriminations adoptées en 2000? Il faut rappeler que, quelques mois après l'adoption de la directive 2000/43/CE, a été adoptée la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité

[797] Commission for Equality and Human Rights.

[798] Directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la première.

de traitement en matière d'emploi et de travail intégrant les motifs de religion, conviction, âge, handicap, orientation sexuelle. Contrairement à sa devancière, cette dernière directive ne prévoyait nulle part pas la création d'un organisme spécialisé dans la lutte contre les discriminations fondées sur ces motifs. Pouvait-on imaginer que le nouvel organisme traite à la fois des discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique et le sexe, ainsi que celles fondées sur ces nouveaux motifs introduits par la directive 2000/78/CE ? Plusieurs options s'offraient au gouvernement français. Soit se contenter de transposer fidèlement les directives, ou alors faire montre d'audace et d'une logique imparable en intégrant tous ces critères de discrimination dans le domaine de compétence d'un seul organisme ; soit renvoyer, à la mission d'étude par lui mise en place, le soin de s'interroger sur l'opportunité d'étendre la compétence matérielle du futur organisme.

C'est la seconde option qui avait d'office été retenue par le Premier ministre, puisque dans sa lettre de mission au Médiateur de la République, il indiquait que le champ de compétence de la HALDE couvrirait tous les motifs de discrimination. Une différence notable est cependant à relever, entre la solution préconisée par le Rapport STASI et le texte législatif : à la différence du Rapport STASI qui avait choisi de clairement énoncer tous les motifs de discrimination pour lesquels l'organisme devait être compétent, la loi s'est contentée, et en ce sens a fait preuve d'une grande ouverture d'esprit en tenant en compte des possibles évolutions en la matière, d'énoncer que la Haute Autorité est compétente pour connaître de *toutes les discriminations*, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France fait partie[799]. La loi organique du 29 mars 20111 relative au Défenseur des droits[800], qui abroge celle portant création de la HALDE, ne déroge pas au choix pour un organisme unique. Le Défenseur des droits, en remplacement de la HALDE, est le seul organisme chargé de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France[801].

[799] Article 1 de la loi portant création de la HALDE.
[800] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, publiée au Journal officiel de la République française n° 30, pages 5497 et suivantes.
[801] Article 4 alinéa 3 de la loi organique du 29 mars 2011.

**2- Statut particulier**

C'est en s'inspirant des "*Principes de Paris*"[802] auxquels se réfèrent l'ECRI[803] du Conseil de l'Europe[804], que les autorités françaises ont défini le statut juridique de la HALDE aujourd'hui le Défenseur de droits. Ces principes s'articulent autour de six axes principaux que sont : une entière indépendance garantie par un cadre constitutionnel ou législatif, une autonomie par rapport au gouvernement, un pluralisme jusque dans la composition, un mandat étendu, des pouvoirs d'investigation adéquats ainsi que des ressources suffisantes. Il en résulte que, la HALDE est une autorité administrative indépendante composée d'un collège de 11 membres désignés par différentes autorités de l'Etat. Si deux de ses membres sont désignés par le Président de la République, les présidents du Sénat, de l'Assemblée nationale, et le Premier ministre choisissent eux aussi deux membres. A leur tour, le vice-président du Conseil d'Etat, le premier président de la Cour de cassation et le président du Conseil économique et social, désignent chacun un membre. La parité entre les hommes et les femmes, dans le choix de ces membres, est de rigueur. Cette désignation par les plus hautes autorités de l'Etat est assez courante en France, notamment lorsqu'il est question des autorités administratives indépendantes et le nombre de membres de cette instance est assez proche de celui retenu par les autres organismes étrangers. Ils siègent pendant une durée de cinq ans non renouvelable et sont désignés par moitié tous les deux ans et demi. L'irrévocabilité de leur mandat se révèle être une garantie de leur indépendance vis-à-vis des autorités qui les nomment. Les membres sont eux-mêmes tenus par des exigences d'impartialité et d'indépendance. La loi leur impose par ailleurs de se déporter lorsque la Haute autorité est amenée, lorsqu'elle est saisie, à se prononcer sur le cas d'une entreprise, d'une administration avec laquelle ils ont eu ou ont encore des liens particuliers[805]. Parmi ces membres, le Président occupe une place importante puisqu'il a autorité sur l'ensemble

[802] Principes fondamentaux applicables aux commissions indépendantes et définis lors de la première rencontre internationale des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme qui s'est déroulée à Paris en octobre 1991.
[803] Commission européenne contre le racisme et l'intolérance.
[804] Recommandation de politique générale n° 2 de l'ECRI : les organes spécialisés dans la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance au niveau national, CRI(97)36.
[805] L'article 3 de la loi énonce qu'aucun membre de l'organisme ne peut : participer à une délibération ou procéder à des investigations relatives à un organisme au sein duquel il détient un intérêt direct ou indirect, exerce des fonctions ou détient un mandat ; participer à une délibération ou procéder à des investigations relatives à un organisme au sein duquel il a, au cours des trois années précédant la délibération ou les vérifications, détenu un intérêt direct ou indirect, exercé des fonctions ou détenu un mandat.

du personnel de l'institution et fixe l'ordre du jour des réunions du collège. Il a également une voix prépondérante en cas de partage égal.

Un comité consultatif, composé de personnalités qualifiées et choisies parmi les représentants des associations, syndicats, organisations professionnelles et toutes autres personnes ayant une activité dans le domaine de la lutte contre les discriminations et pour la promotion de l'égalité, assiste la Haute Autorité dans ses travaux[806].Le projet de loi au départ l'évoquait comme étant une simple possibilité laissée à la discrétion de la Haute Autorité. Mais l'influence sans cesse croissante du milieu associatif a pesé en faveur de son inscription dans la loi. En revanche, ce comité n'est là que pour assister la Haute Autorité, il n'est pas une de ses composantes. Ce comité consultatif est composé de dix huit membres désignés par le collège pour une durée de trois ans renouvelable une fois. La loi reprend la position de la CNCDH[807] et du Rapport STASI proposant un organe exécutif collégial d'une dizaine de membres et un organe consultatif large. Par contre, la proposition de la CNCDH indiquant que ce dernier organe rend obligatoirement un avis sur le rapport annuel publié par la Haute Autorité n'a pas été retenue.

Le décret d'application, du 4 mars 2005, mettant en place la HALDE prévoit au profit de cette dernière la possibilité d'avoir des délégués régionaux[808] pour répondre de la sorte au principe d'accessibilité, un des principes de base que doivent remplir les organes spécialisés tels que la Haute Autorité. En effet, les organes spécialisés devraient envisager, le cas échéant, la mise en place d'agences locales en vue d'accroître leur accessibilité et d'améliorer l'effectivité de leurs fonctions d'éducation et de formation. C'était également le souhait de la CNCDH et du Rapport STASI. Ce dernier soulignait en effet que « *la création d'un réseau de délégués semble effectivement indispensable, afin de tenir compte des réalités du terrain et de rapprocher, selon une logique de proximité, l'Autorité des victimes de discriminations, d'assurer la mise en œuvre effective de ses actions et de sa politique de communication sur l'ensemble du territoire. Ces délégués favoriseraient une collaboration effective entre les acteurs locaux -associatifs et syndicaux- et la justice. Ils pourraient, en outre, décharger la structure centrale de certaines tâches opérationnelles* ». Conscients de l'importance des représentants locaux dans la lutte contre les discriminations, il semble

[806] Article 2 portant création de la HALDE.
[807] Commission nationale consultative des droits de l'homme.
[808] Article 14 du décret du 4 mars 2005.

paradoxal que ceux-ci ne soient qu'une simple possibilité pour la Haute Autorité, qui de plus n'est prévue que dans le texte réglementaire d'application de la loi, comme le souligne à juste titre Olivier COTTE[809].

Pour assurer son bon fonctionnement autant interne qu'externe[810], la HALDE est dotée de moyens humains et financiers très importants. En 2005 lors de sa mise en place, son budget annuel s'élevait à 3,2 millions d'euros[811]. En l'espace de six années d'existence, il est passé de 3,2 millions d'euros à 11,247 millions d'euros en raison notamment des frais de fonctionnement qu'elle engendre[812]. Lors de sa mise en place, elle avait un effectif de 56 agents à son siège situé à Paris et une dizaine de personnes en délégation, contre 87 agents permanents et 109 correspondants locaux bénévoles en 2011. Par comparaison, son corollaire en la Commission pour l'Egalité Raciale au Royaume-Uni est doté en moyenne par an d'un budget de 30 millions d'euros, compte une centaine d'agents auxquels se rajoutent environ deux cents délégués territoriaux. Le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a un budget de 8 millions d'euros et compte une centaine d'agents. Quant à la commission néerlandaise pour l'égalité de traitement, un budget d'environ 3,5 millions d'euros lui est accordé annuellement et elle emploie une soixantaine d'agents. La physionomie de ces organismes est assez proche. Le Rapport STASI souligne en effet qu' *« il s'agit de commissions de dix à quinze membres en moyenne, dont la composition traduit la volonté de garantir l'indépendance, le pluralisme et la diversification des compétences. Ces commissions s'appuient sur des services administratifs assez étoffés de cinquante à deux cents agents, la plupart disposant d'une cinquantaine de salariés. Elles sont autonomes par rapport au gouvernement et sont régies par des règles dérogatoires au droit commun des administrations publiques notamment en ce qui concerne le statut de leurs agents. Presque toutes sont dotées d'un réseau de délégations locales* ».

La structure du Défenseur des droits ne tranche pas totalement avec celle de la HALDE qu'il remplace dans la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité. Quelques différences doivent néanmoins être signalées. Le Défenseur des droits, comme la HALDE, est le seul organisme compétent pour lutter contre les discriminations, directes ou

[809] COTTE (O.), *op. cit.*
[810] Actions de la Haute Autorité sur l'ensemble du territoire national,
[811] Budget rattaché à celui des affaires sociales.
[812] 45 % de son budget étant destiné à la rémunération de son personnel.

indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité. A la différence de cette *autorité administrative* qu'était la HALDE créée par une loi ordinaire, le défenseur des droits est une *autorité constitutionnelle indépendante* créée par une loi organique[813]. Tout changement à lui apporter implique la modification de la loi organique beaucoup plus complexe que celle d'une simple loi ordinaire. Les garanties d'indépendance et d'autonomie du Défenseur des droits sont toujours, sinon davantage, promues et surveillées[814].

Voici analysée la structure de la HALDE, actuellement le Défenseur des droits, créée et mise en place par les autorités françaises pour combattre les discriminations sur le territoire national, dans le respect de la lettre des directives européennes exhortant, depuis le début des années 2000, les Etats membres à créer des organes spécialisés pour mener à bien cet objectif. La lutte contre tous les types de discrimination, et dans tous les domaines dans lesquels elle sévit, suppose, pour ce faire, que des compétences claires et précises leur soient conférées. Quelles sont donc les compétences de l'organe institutionnel français ?

**B- Attributions**

Les directives européennes de lutte contre les discriminations, invitant les Etats membres à s'y atteler et à promouvoir l'égalité par la mis en place d'organismes spécifiques dédiés à cet effet, prévoient elles-mêmes les compétences qui doivent leur être reconnues. Si l'es directives "*Race*" et "*Emplo*i" l'indiquent précisément en ce qui concerne le domaine de l'emploi et du travail, d'autres directives telle que la directive 2004/113/CE[815] l'exigent dans les domaines de prestation et fourniture de biens et de services. Dans les dispositions consacrées aux organismes nationaux de promotion de l'égalité, les directives tiennent à ce que, les Etats membres font en sorte « *d'apporter aux personnes victimes de discrimination*

[813] Article 2 de la loi organique du 29 mars 2011 *op. cit.* Une loi organique est une loi relative à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics. Votée par le Parlement, elle précise ou complète les dispositions de la Constitution qui a fixé les principes généraux. En France, dans la hiérarchie des normes, la loi organique se situe en-dessous de la Constitution ou d'une loi constitutionnelle mais au-dessus des lois ordinaires ou simples. Les lois organiques contribuent à la pérennité de la Constitution en déléguant au Parlement le pouvoir de préciser certaines dispositions constitutionnelles susceptibles de changer avec le temps.

[814] Articles 1, 2 et 3 de la loi organique du 29 mars 2011 précitée.

[815] Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, Journal officiel de l'Union européenne du 21 décembre 2004, texte L 373/37.

*une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ; de procéder à des études indépendantes concernant les discrimination ; de publier des rapports indépendants et formuler des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations* »[816]. Les compétences la HALDE, aujourd'hui le Défenseur des droits, sont analogues à celles qui sont prévues par les directives européennes. Le changement législatif opéré en 2011, et qui a entraîné la disparition de l'autorité administrative au profit de l'autorité constitutionnelle toutes deux indépendantes, a, à quelque innovations près, transféré les compétences de la première à la seconde. Lesdites compétences s'articulent autour de deux axes principaux que sont l'assistance aux victimes et le combat contre les discriminations (**1**) ainsi que la promotion de l'égalité (**2**).

### 1- Assistance aux victimes et combat contre les discriminations

Comme la HALDE qu'il remplace, le Défenseur des droits assiste les victimes de discrimination qui doivent au préalable le saisir. L'autorité constitutionnelle peut être saisie de trois manières différentes. *Soit directement* par toute personne qui s'estime victime de discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international ratifié ou approuvé par la France[817]. L'envoi d'une lettre indiquant les faits reprochés suffit. L'argument qui peut être objecté à la saisine directe du Défenseur des droits, selon lequel celle-ci serait difficile à gérer, ne doit pas être retenu. En effet, un trop important nombre de saisine semble peu probable à long terme, parce que les victimes sont très souvent peu enclines à poursuivre les auteurs d'une discrimination. Les raisons résident dans la difficulté du rapport de la preuve, même si celle-ci a été aménagée devant le juge civil ; la longueur des procédures et la crainte que les sanctions ne soient que symboliques. Néanmoins, cette saisine directe est à saluer, puisqu'elle répond aux exigences de la Commission européenne relatives à l'accessibilité de l'organisme[818]. En outre, les exemples étrangers, où la saisine

[816] Sans préjudice des droits des victimes et des associations, des organisations et autres personnes morales. Voir *article 12, 2 a, b et c de la Directive 2004/113/CE*.
[817] Article 5, 3° de la loi organique du 29 mars 2011.
[818] La Commission relève que l'accessibilité constitue, pour les victimes de discrimination, un problème majeur. Pour elles qui appartiennent souvent à un groupe marginalisé de la société, le simple fait de chercher conseil et de relater une expérience de discrimination peut constituer une tâche décourageante. Si la personne doit en plus surmonter des obstacles pour contacter l'organisme de lutte contre les discriminations, le cas en question risque de n'être jamais rapporté ou enregistré. Les facteurs d'accessibilité incluent l'accès physique à l'institution, son image, les connaissances linguistiques de son personnel et la confiance en le fait que l'institution sera en mesure

directe est courante, ne mettent pas en relief des difficultés dans la gestion de la quantité des plaintes[819]. La saisine de l'autorité constitutionnelle n'est pas une cause d'interruption, ni même de suspension, des délais de prescription des actions en matière pénale, civile ou administrative, ou de ceux relatifs à l'exercice des recours administratifs et contentieux[820]. Elle est gratuite. Le Défenseur des droits doit accuser réception de la demande lorsqu'il est saisi par un particulier. Il doit également l'informer de la suite qu'il lui donne, même lorsqu' il se considère incompétent ou que la requête est mal fondée, et des démarches qui seront effectuées. C'est un dialogue perpétuel qui rythme ses rapports avec la victime qui le saisit. Il peut aussi être, *indirectement*, saisi par l'intermédiaire d'un parlementaire[821] qui, après avoir reçu une réclamation, la transmet au Défenseur des droits s'il estime qu'elle appelle son intervention. Le Défenseur des droits informe le parlementaire des suites données à cette transmission[822]. La saisine indirecte filtre les éventuelles réclamations abusives mais compense, dans bien des cas, l'absence de saisine directe comme concernant le Médiateur de la République. Les parlementaires l'avaient introduite lors des débats parlementaires sur la loi portant création de la HALDE. Le projet gouvernemental ne prévoyait qu'une saisine directe. Les sénateurs avaient rajouté, en première lecture, cette voie complémentaire à celle de la saisine directe pour faire du parlementaire un acteur de proximité. Il appert que la motivation résulte plus de l'attention portée au rôle du parlementaire, plutôt que d'une critique de la saisine directe. La saisine indirecte a été reconduite dans la loi organique sur le Défenseur des droits. Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, et se proposant par ses statuts de combattre les discriminations et/ou d' assister les victimes, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination

---

de régler, rapidement et professionnellement, la situation de discrimination. Voir sur la question, le *Rapport de la Commission européenne*, *Promouvoir la diversité : 21 organismes pour promouvoir l'égalité et combattre la discrimination dans l'Union européenne*- Rapport de synthèse. 2003, p. 8.

[819] Le Rapport STASI reprend ces mêmes arguments en sa page 19 : « *Trois arguments militent en faveur de cette option. D'abord, elle participe d'une conception démocratique, qui est particulièrement justifiée en matière de lutte contre les discriminations, et elle a été réclamée par une majorité des interlocuteurs. Ensuite, les risques d'engorgement paraissent maîtrisables, dès lors que l'on impose aux plaignants de saisir l'autorité personnellement par écrit. Les saisines fantaisistes ou mal orientées devraient pouvoir être identifiées sans trop de difficultés. L'expérience des autres autorités indépendantes exerçant une fonction de traitement des réclamations, comme celle des organismes étrangers homologues, semble plutôt rassurante. La Commission nationale de l'informatique et des libertés, qui reçoit environ cinq mille dossiers par an, les traite efficacement, sans mettre en place de service de filtrage, alors qu'elle dispose d'un effectif limité d'une soixantaine de personnes. De même, la Commission d'accès aux documents administratifs reçoit moins de cinq mille demandes d'avis de particuliers par an. Enfin la saisine directe a été retenue dans la plupart des pays étrangers qui ont créé des structures semblables* ».

[820] Article 6 de la loi organique du 29 mars 2011.

[821] Député, sénateur, représentant français au Parlement européen.

[822] Article 7 de la loi organique du 29 mars 2011.

ou avec son accord, peut saisir le Défenseur des droits[823]. On parlera dans cette hypothèse, d'une *Co-saisine* du Défenseur des droits. Enfin, il peut *s'autosaisir*[824]. Dans ce cas précis, et lorsqu'il est saisi autrement qu'à l'initiative de la personne lésée, son intervention ne peut se faire qu'à condition que la personne lésée en soit avertie et ne s'y oppose pas. Toutefois, il peut toujours se saisir des cas des personnes qui ne sont pas identifiées ou dont il ne peut recueillir l'accord[825]. Il est cependant regrettable que le Défenseur des droits, ne puisse pas saisir, lui même, directement la justice. En effet, la proposition du Rapport STASI, faite dans ce sens déjà avant le vote de la loi portant création de la HALDE, n'a pas été retenue dans la loi organique du 29 mars 2011. Sa lecture n'envisage, à contrario, que la faculté qui lui est reconnue d'informer le Procureur de la République[826]. Le Défenseur des droits ne peut pas saisir la justice, ni se porter partie civile au cours d'un procès[827]. La victime devra elle-même saisir la justice. L'autorité constitutionnelle se distingue ainsi de ses homologues européens qui, pour la plupart peuvent saisir la justice. C'est le cas en Belgique[828], au Royaume-Uni, au Danemark et en Irlande où les organismes analogues jouissent de cette faculté de saisir directement la justice.

Une fois qu'il est saisi, le Défenseur des droits rassemble toutes les informations relatives au cas d'espèce. Il dispose pour y parvenir de pouvoirs importants. En effet*, il peut demander des explications à toute personne, physique ou morale, mise en cause*[829]. Il peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile. Les mis en cause doivent faciliter l'accomplissement de sa mission ; ils sont tenus d'autoriser leurs agents et leurs préposés à répondre à ses demandes. Ceux-ci sont tenus de répondre et de déférer à ses convocations qui doivent mentionner l'objet de l'audition. Les destinataires des demandes d'explications peuvent se faire assister du conseil de leur choix. Un procès-verbal contradictoire est établi et remis à la personne entendue, à la fin de l'audition. Si l'autorité constitutionnelle en fait la demande, les ministres donnent instruction, aux corps de contrôle, d'accomplir toutes les toutes vérifications ou enquêtes dans le cadre de leur compétence. Ils l'informent en retour

[823] Article 5, 3º de la loi organique du 29 mars 2011.
[824] Article 5 de la loi organique, *op. cit.* Cette auto-saisine est également possible pour l'Ombudsman suédois ou la Commission for Racial Equality au Royaume-Uni.
[825] Article 8 de la loi organique du 29 mars 2011.
[826] Article 33 de la loi précitée.
[827] Puisqu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique.
[828] Où le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme peut ester en justice dans le cas d'une discrimination soit en portant plainte directement, soit en se constituant partie civile.
[829] Article 18 de la loi organique du 29 mars 2011.

des suites données à la demande. Ce procédé s'applique dans les secteurs privé et public. Lorsque les mis en cause font preuve de mauvaise volonté, par exemple en ne donnant pas de réponse dans le délai imparti, le Défenseur des droits peut les y contraindre au moyen d' une mise en demeure. Il peut ensuite saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure qu'il juge utile[830]. Aucune personne ne pourra être poursuivie pour violation du secret professionnel, lorsque les informations qui lui sont communiquées ont pour but de dénoncer un cas de discrimination[831]. Par ailleurs, les droits de la défense sont bien respectés, dans la mesure où la personne convoquée à l'audition en est avertie au moins quinze jours fermes avant sa tenue. Elle peut se faire assister du conseil de son choix. *Le Défenseur des droits peut procéder à des vérifications in situ*[832] dont la conduite, par des agents habilités, donne lieu à la rédaction d'un rapport transmis aux personnes intéressées. Ces dernières[833] ont la possibilité de faire parvenir en retour des observations. De nouvelles modalités sont prévues lors des vérifications sur place[834]. Elles diffèrent selon la nature des locaux visités. Dans les locaux administratifs, l'autorité compétente ne pourra s'y opposer que pour des motifs graves, impérieux liés à la défense nationale ou la sécurité publique[835]. Elle devra fournir les justifications de son opposition. Le Défenseur des droits pourra, le cas échéant, saisir le juge des référés afin qu'il autorise les vérifications en question. Celles-ci s' effectueront sous l'autorité et le contrôle de ce juge, qui pourra se rendre dans les locaux pendant l'intervention et décider de leur arrêt ou leur suspension. En ce sens précisément, les prérogatives du Défenseur des droits sont plus étendues que celles de la HALDE[836]. Dans les locaux privés, en cas d'opposition du responsable des lieux à toute visite ou vérification, les vérifications ne pourront se dérouler qu'après l'autorisation donnée par le JLD[837] du TGI territorialement compétent. Ce dernier statuera dans les conditions à fixer dans un décret à paraître[838]. Une autre nouveauté tient dans le fait qu'en cas d'urgence ou lorsque la gravité

[830] Article 21 de la loi organique du 29 mars 2011.
[831] Article 20 de la même loi.
[832] Article 22, I, 1° de la loi organique du 29 mars 2011, (*in situ* = sur place).
[833] La victime présumée de discrimination, l'auteur de l'acte litigieux, mais aussi son supérieur hiérarchique au sein de l'administration ou de l'entreprise.
[834] Ce qui n'était pas le cas pour la HALDE.
[835] Article 22, II de la loi organique du 29 mars 2011.
[836] Elle devait, avant toute visite, aviser les autorités responsables des locaux et obtenir leur accord. En cas d'opposition, la HALDE pouvait saisir le juge des référés. Le Défenseur des droits est dispensé de prévenir les autorités et ces dernières ne peuvent s'opposer à la vérification sur place que pour des motifs liés à la défense nationale ou la sécurité publique.
[837] Juge des libertés et de la détention.
[838] Article 22, III de la loi organique du 29 mars 2011.

des faits à l'origine du contrôle,-le risque de destruction ou de dissimulation de documents- le justifient, le Défenseur de droits pourra procéder à une visite sans que le responsable des locaux n'en soit informé. L'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention est requise. Dans ce cas, le responsable des lieux ne peut s'y opposer. La visite s'effectuera en présence de l'occupant des lieux ou son représentant assisté d'un conseil ou, à défaut, en présence de deux témoins qui ne sont pas placés sous l'autorité des personnes chargées du contrôle, et sous l'autorité du JLD[839]. Les vérifications sont une aide non négligeable dans le sens où elles concourent au rapport de la preuve de la discrimination. L'aide aux victimes se traduit également *par une assistance dans la constitution de leur dossier et l'indication des recours adéquats*[840]. Lorsque qu'il estime, au regard des conditions définies par l'article 24 de la loi portant sa création[841], que la réclamation d'une personne appelle son intervention, le Défenseur l'assiste dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas, y compris lorsque celles-ci incluent une dimension internationale. Il n'a pas de compétences juridictionnelles, ne peut pas trancher avec force exécutoire les litiges qui lui sont soumis et ne saurait se confondre avec une juridiction. Ce rôle d'assistance des victimes et les nombreux pouvoirs qui lui sont conférés par la loi sont très importants[842]. En justice, le Défenseur des droits peut être solliciter pour communiquer ses observations sans que les parties puissent s'y opposer. Cette présentation d'observations en justice, par une autorité publique, est exceptionnelle. Le Défenseur des droits informe l'autorité investie du pouvoir disciplinaire et doit être tenu des suites données[843], lorsque les faits dont il est saisi appelle des sanctions disciplinaires. *Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution à l'amiable des différents portés à sa connaissance*[844]**.** Il peut proposer à une médiation entre les parties en conflit. Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de

[839] Du temps de la HALDE, les responsables des locaux devaient, dans toutes les situations, être informés au préalable de la visite et pouvaient s'y opposer. A charge pour la HALDE de saisir le juge des référés en vue de l' obtention d'une autorisation.

[840] Article 27 de la loi organique du 29 mars 2011.

[841] Le Défenseur des droits apprécie si les faits, faisant l'objet d'une réclamation ou lui étant signalés, appellent une intervention de sa part. Il indique les motifs pour lesquels il décide de ne pas donner suite à une saisine.

[842] Lors des consultations effectuées par la mission STASI, et donc avant le vote de la loi portant création de la HALDE, nombreux sont ceux qui souhaitaient que le pouvoir de sanction reste entre les mains du juge pour éviter toute confusion de rôle. Ce que la loi indiquait pour la HALDE, est maintenu pour le Défenseur des droits : « *lorsque les faits dont il est saisi sont passibles de sanctions pénales, il en informe le Procureur de la République. dans l'hypothèse où la juridiction pénale est déjà saisie de l'affaire, le Défenseur des droits recueille l'autorisation de l'autorité judiciaire avant d'entreprendre toute action* ».

[843] En 2009, la HALDE a présenté 212 informations devant les tribunaux et son avis a été suivi dans 79 % des cas. Voir *Rapport annuel de la HALDE 2009 paru en 2010, page 3*. Voir également *articles 29 et 30 de la loi organique du 29 mars 2011.*

[844] Article 26 de la loi organique du 29 mars 2011.

la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives, sans le consentement des personnes intéressées ; sauf bien sûr si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent[845]. La durée maximale, pendant laquelle la médiation peut se tenir, est de trois mois renouvelables une fois à la demande du médiateur. Pour être désigné comme tel, le médiateur doit satisfaire aux exigences d'indépendance et jouir d'une bonne expérience de la matière[846]. Le défenseur des droits peut aussi proposer, à l'auteur d'une réclamation et à la personne mise en cause, de conclure une transaction pour laquelle il peut recommander les termes[847]. Lorsqu'il constate des faits constitutifs d'une discrimination sanctionnée, le Défenseur des droits peut, si ces faits n'ont pas déjà mis en mouvement l'action publique, proposer à l'auteur des faits le paiement d'une amende transactionnelle[848] ou s'il y a lieu l'indemnisation de la victime. Le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité des faits, ainsi que des ressources et des charges de l'auteur des faits. La transaction proposée par le Défenseurs des droits, acceptée par l'auteur des faits et, s'il y a lieu, par la victime, doit être homologuée par le Procureur de la République[849].

### 2- Promotion de l'égalité

En la promotion de l'égalité, le Défenseur des droits s'est vu conféré, au-delà de sa mission première de lutte contre les discriminations directes ou indirectes prohibées par les textes législatifs en vigueur en France, une autre mission[850]. Il a recours, pour y parvenir, à plusieurs moyens.

*La formulation de recommandations de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée, à régler les difficultés soulevées devant lui ou en vue d'en*

[845] Cette possibilité, existant depuis longtemps dans les autres pays européens, n'étaient pas envisagée par les directives européennes. La loi organique du 29 mars 2011 a, dans le même sens que la loi portant création de l'organisme qu'elle remplace, opté pour une transposition plutôt enrichie des directives.
[846] La HALDE a effectué avec succès 19 médiations en 2009. Voir *Rapport annuel 2009 de la HALDE paru en 2010 précité*.
[847] Article 28, I de la loi organique du 29 mars 2011.
[848] Le montant de l'amende transactionnelle ne peut excéder 3 000 euros s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 euros s'il s'agit d'une personne morale.
[849] Article 28, II de la loi organique du 29 mars 2011.
[850] Article 4, 3°, de la même loi.

*prévenir le renouvellement*, constitue son premier moyen pour la promotion de l'égalité[851]. Il peut désormais recommander de régler, en équité, la situation de la personne dont il est saisi. Cette possibilité n'était pas prévu pour la HALDE[852]. Il est informé, dans les délais qu'il fixe, des suites données à ses recommandations par les autorités et personnes intéressées. Dans le cas où une de ses recommandations n'est pas suivie d'effet, le Défenseur des droits peut enjoindre, à la personne mise en cause, de prendre les mesures nécessaires dans un délai précis. La HALDE n'avait pas de pouvoir d'injonction en cas de recommandations non suivies d'effet. Elle ne pouvait qu'établir un rapport spécial, adressé au mis en cause, rendu public. Cette modalité est encore ouverte à l'autorité constitutionnelle qui établit, après le constat d'absence de suite à son injonction, un rapport spécial adressé au mis en cause et contenant la réponse de ce dernier. Ce rapport est rendu public selon les modalités qu'elle détermine[853]. C'est là un outil de pression certain pour le Défenseur de droits, dont la seule menace suffirait à entraîner la coopération. Sans y recourir forcément, il peut simplement relater l'affaire dans son rapport annuel.[854] La loi organique prévoit également la possibilité pour le Défenseur des droits, lorsqu'il est saisi d'une réclamation relative à l'interprétation ou la portée d'une disposition législative ou réglementaire et non soumise à une autorité juridictionnelle, de consulter le Conseil d'Etat qui rendra un avis dans les conditions fixées par un décret à paraître. Cet avis peut être rendu public[855]. La faculté de saisir de la sorte la juridiction administrative suprême n'était pas prévue pour la HALDE.

*La participation à la mise en œuvre de programmes de formation* est le second moyen de promotion de l'égalité. Le Défenseur des droits mène toute action d'information, de communication, jugée opportune dans ses différents domaines de compétences. A cette fin, il favorise la mise en œuvre de programmes de formation[856] contribuant à la promotion de l'égalité. Il soutient par conséquent, toutes les actions engagées par un autre organisme. Son numéro d'appel[857] est un vecteur dans la diffusion des informations au même titre que

[851] Article 25 de la loi organique du 29 mars 2011.
[852] Article 25 alinéa 2 de la même loi.
[853] exemple: la publication au Journal officiel de la République française. Voir *Articles 25 alinéa 5 et 36 de la même loi organique.*
[854] La HALDE a, comme il l'est dit dans son rapport annuel paru en 2010, fait et rendu 164 recommandations et avis. Rapport annuel de la HALDE 2010, *op. cit*, p. 5.
[855] Article 31 de la loi organique du 29 mars 2011.
[856] Article 34 de la même loi.
[857] 09 69 39 00

le signalement des cas de discrimination à ses délégués régionaux[858]. Son site internet, où sont mises en ligne les jurisprudences en la matière, est toujours très visité[859].

*La conduite et la coordination des travaux d'études et recherches sur le thème de l'égalité[860] se fixant pour objectif de répondre à la préoccupation déjà exprimée dans le Rapport STASI[861], l'identification, la révélation, la diffusion et la promotion de toute bonne pratique visant à la promotion des droits et de l'égalité[862]*, sont les troisième et quatrième moyens généraux utilisés par le Défenseur des droits, pour remplir sa mission de promotion de l'égalité.

Le Défenseur des droits a un rôle de conseiller du gouvernement puisqu'il est à chaque fois consulté sur tout projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et à la promotion de l'égalité. Le gouvernement peut même la saisir pour avis en dehors de tout projet de loi. Cette possibilité relève à dire vrai d'une obligation. Cependant, ce dernier reste maître dans le choix d'une définition restrictive ou extensive de la notion de projet de loi relatif à la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité[863]. De même, il contribue, à la demande du Premier ministre, à la préparation et la définition de la position française dans les négociations internationales dans les domaines relevant de son champ de compétence[864]. Il peut recommander des modifications législatives ou réglementaires lui apparaissant utiles[865]. Il présent au Président de la République, au président de l'assemblée nationale et au Président du Sénat un rapport qui rend compte de son activité générale et

---

[858] Dans son avant- dernier rapport annuel conséquent paru en 2010, 21 210 appels ont été traités par la plateforme téléphonique de la HALDE qui assurait une mission d'écoute et de conseil permettant de constituer un dossier de réclamation mais aussi de réorienter les personnes intéressées.

[859] www.défenseursdesdroits.fr ; celui de la HALDE a eu 1 649 022 visites en 2009 contre 1 190 271 en 2008, d'après le même rapport annuel paru en 2010.

[860] Article 34, alinéa 2, de la loi organique du 29 mars 2011. Elle soutient des travaux de recherches comme celle du Professeur AMADIEU montrant les discriminations dans l'examen de curriculum vitae (Enquête *"Testing*" sur CV, Adia/Paris I-Observatoire des discriminations, mai 2004, etc.).

[861] « *D'une part, le renforcement de la capacité d'expertise de l'organisme implique l'élaboration d'indicateurs permettant d'identifier et de prendre la mesure des comportements discriminatoires, y compris selon un critère d'origine. D'autre part, les connaissances dites de "premier niveau" concernant les critères de l'âge, de la santé ou de l'orientation sexuelle, comme celle relative aux discriminations indirectes, doivent être développées* ». Rapport STASI *op. cit*, p. 68.

[862] Article 34 de la loi organique du 29 mars 2011. La loi s'est inspirée, sur ce point, de la Commission for Racial Equality qui édicte des codes de bonne conduite. Cette proposition avait été avancée non seulement par le Rapport STASI mais également par la Commission nationale consultative des droits de l'homme.

[863] Article 32 alinéas 2et 3 de la loi organique du 29 mars 2011.

[864] Article 32 alinéa 4 de la même loi.

[865] Article 32 précité, alinéa 1.

comprend une annexe thématique relative à chacun de ses domaines de compétences[866]. Il peut également présenter tout autre rapport au Président de la République, aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ce rapport est publié[867] . Notons que par son travail d'études, le Défenseur des droits opère un suivi des dispositions prises en son domaine de compétences et détermine par quels moyens leur mise en œuvre peut être améliorée. Il met l'accent sur les dysfonctionnements administratifs et sur les situations structurelles de discrimination. La coopération transnationale y prend toute son importance. Le programme d'action communautaire de lutte contre les discriminations avait d'ailleurs mis en place un réseau rassemblant l'ensemble des institutions spécialisées dans le cadre du projet sur « *La mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation antidiscriminatoire de l'UE : le rôle des organismes spécialisés* »[868]. Ce réseau a permis l'échange d'expériences et continue à stimuler le développement dynamique de l'égalité de traitement dans les Etats membres.

S'agissant précisément de la promotion de l'égalité de traitement dans la lutte contre les discrimination à l'embauche, le Défenseurs des droits recommande une analyse tatillonne des processus et procédures de recrutement. Il incombe à chaque employeur de s'interroger sur la procédure de recrutement qu'il met en œuvre, et de s'assurer qu'elle est irréprochable. Les études sur les procédures usuelles de recrutement, réalisées auprès d'un nombre conséquent d'employeurs, avaient permis à la HALDE d'adresser un certain nombre de recommandations permettant aux employeurs de s'assurer, qu'à compétences égales, toutes les candidatures pouvaient être sérieusement envisagées pendant le recrutement. Le Défenseurs des droits réitère ces recommandations qui s'articulent, d'après la synthèse réalisée par Flore FAUCONNIER[869], autour de quatre points principaux : la rédaction d'une offre d'emploi objective, l'élargissement des canaux de recrutement, la formalisation de la sélection des candidatures et la réalisation d'un entretien d'embauche 100 % professionnel.

*Premier pas dans la prévention des discriminations à l'embauche, la rédaction d'une offre d'emploi objective* implique d'abord la définition précise du poste à pourvoir, au

[866] Article 36, II 1° de la loi organique du 29 mars 2011.
[867] Article 36, III de la loi organique du 29 mars 2011.
[868] Programme étalé sur 5 ans c'est-à-dire de 2001 à 2006.
[869] FAUCONNIER (F.), *Prévenir la discrimination à l'embauche*, dossier de synthèse réalisé sur la base des entretiens effectués avec Martine CAMBON-FALLIERES, Directrice adjointe en charge de la Promotion de l'Egalité à la HALDE, JDN Management 27/02/2008 ; http://www.journaldunet.com/management/ressources-humaines/conseil/discrimination/1.shtml

travers de la mission à remplir et des tâches à effectuer. En effet, la rédaction d'une offre d'emploi est une phase où il existe beaucoup de préjugés, de stéréotypes et de jugements de valeur. Pou un emploi de commercial par exemple, on pourrait préférer un homme. Il en est de même lorsqu'il est requis, du candidat postulant, de sortir d'une grande école pour s' assurer simplement de son potentiel. Ce sont là des préjugés et non un raisonnement sur le poste en lui même. Il semble donc opportun de développer un descriptif du poste à pouvoir afin que le candidat sache dès le départ s'il a les qualifications requises, plutôt que d'exiger le diplôme délivré par une grande école. Il convient de concentrer l'attention sur le poste à pourvoir, surtout sur la mission à remplir et les tâches à effectuer. Seulement en procédant de la sorte, les employeurs pourront alors se débarrasser des critères parasites[870], pour se concentrer sur les critères objectifs. Une fois le poste à pourvoir défini, l'offre d'emploi doit être rédigée dans le respect des dispositions légales[871]. Elle doit mentionner l'intitulé exact du poste, la mission à remplir, les tâches à effectuer, le profil recherché et les conditions d'emploi. Les références à des critères interdits par la loi sont à exclure[872], sauf lorsqu'elles sont justifiées. En dehors des mentions visiblement discriminatoires, il semblerait qu'il soit assez courant de rencontrer des demandes sujettes à caution ou d'expressions connotées. C'est le cas lorsque pour contourner l'inter diction de mentionner un âge, le recruteur exige un certain nombre d'années d'expérience. S'il est effectivement dans son droit, cela doit être justifié au regard du poste proposé. C'est aussi le cas lorsqu'une grande autonomie est exigée pour un poste de commercial. Il faut s'interroger sur ce qu'on entend par là, et c'est à ce moment précis qu'on verra si ce type de formulation correspond aux compétences, ou s'il ne faut pas se recentrer sur la mission et les tâches du poste proposé. Le recadrage de la demande vient clore la phase de la rédaction de l'offre d'emploi qui se doit d'être la plus objective. Si la demande du chef de service a besoin d'être recadrée par le responsable du recrutement, c'est l'occasion de le sensibiliser et d'affiner sa demande avec une description plus objective du poste à pourvoir.

*Vient ensuite l'élargissement des canaux de recrutement.* En effet, l'employeur ne doit se priver d'aucune opportunité dans un premier temps. Les canaux de diffusion de

[870] Tels que l'âge, l'origine, le sexe, la grossesse, etc.
[871] Celles du Code du travail et du Code pénal.
[872] On ne doit pas dire par exemple, "*cherche accompagnatrice ou collaboratrice*", mais "*accompagnateur homme ou femme*", même si au final le choix se porte sur la candidate et non le candidat.

l'offre peuvent se limiter au réseau immédiat de l'entreprise, inclure une publication dans la presse locale ou nationale, ou être beaucoup plus diversifiés. Les canaux de diffusion de l'offre doivent être multipliés. Il conviendra de recourir par exemple aux réseaux sociaux, la presse, les écoles, les agences du Pôle emploi, les cabinets de recrutement, les associations spécialisées dans le placement des personnes issues de groupes spécifiés[873]. L'entreprise a tout intérêt à diversifier les candidatures. L'investissement en temps, qu'objectent certains recruteurs à cette idée, n'est pas fondé si les entreprises notamment les petites, prennent en compte le côté stratégique du recrutement d'un collaborateur. Les entreprises doivent adopter ces logiques d'investissement et regarder au delà de leurs réseaux immédiats. C'est de sorte, que les candidatures spontanées pourront avoir toutes leurs chances. Il faut aussi que les entreprises se méfient de la cooptation, méthode anti-diversité par excellence. De plus en plus prisé, ce canal de recrutement présente le désavantage de les priver des profils intéressants. Parce qu'on connaît le coopté, on achète en réalité autre chose que les réelles compétences. Si elle n'est pas interdite, la pratique de la cooptation doit être encadrée[874]. Pour y parvenir, les règles appliquées aux autres candidats "*normaux*" doivent aussi l'être pour ceux qui sont cooptés. ; le cooptant doit être exclu du recrutement. Il faudra expliquer aux collaborateurs les objectifs de l'entreprise en termes de diversité afin qu'ils cooptent des profils diversifiés, gage d'une absence de discrimination. En ce sens, la démultiplication des réseaux de cooptation est souhaitable. Constitue également un danger pour la diversité et la prévention des discriminations à l'embauche, la priorité que les entreprises accordent aux candidats sortis de grandes écoles. En effet, lorsqu'une offre d'emploi mentionne que le candidat doit sortir d'une grande école, le recruteur considère en réalité que le critère important est celui de la notoriété de l'établissement et non la qualité du candidat ; ou, il pense que la formation qui y est dispensée est plus adaptée au poste proposé[875]. Il faudrait élargir ce panel en renforçant les relations avec les établissements dont le recrutement est diversifié et en considérant également les candidats formés à l'Université. Pour la directrice adjointe en charge de la promotion de l'égalité à la HALDE, il convient de « *communiquer sur la réalité de ces métiers en entreprise en particulier afin que nul candidat potentiel ne*

[873] Par exemple le Cap Emploi pour les personnes handicapées.
[874] Pour justement éviter l'effet pervers qu'elle pourrait induire au travers d'une discrimination organisée.
[875] Notamment pour certaines fonctions de l'entreprise où on se limite parfois à quatre ou cinq étoiles du panel possible.

*s'autocensure. La participation à des forums emploi est une voie à suivre* »[876]. La politique des quotas, impliquant qu'il faille se fixer des objectifs de recrutement pour les publics trop souvent victimes de discrimination, ne semble pas, pour la représentante de la HALDE, être une idée des plus efficaces. En effet, une discrimination ne peut se corriger par une autre, en dehors bien sûr des 6 % de personnes handicapées que les entreprises ont l'obligation d' employer[877].

De même, *la formalisation de la sélection des candidatures doit suivre*. En effet, après que les canaux de recrutement aient été élargis, il revient aux recruteurs de procéder à la formalisation de la sélection des candidatures. Cette opération consiste en leur tri. On y décèle bien des fois des critères discriminatoires. Pour y remédier, les recruteurs devraient veiller à ce que le processus repose sur une démarche objective excluant tous les critères de discrimination évidents[878] pour ne prendre en compte que les critères pertinents[879]. Ce qui revient à réaliser le tri des candidatures en respectant une grille de lecture qui s'appuie précisément sur la définition de la demande, la mission, les tâches et les compétences. Il faut ensuite vérifier que ces éléments pertinents sont présents dans les candidatures, qu'ils soient acquis par la formation ou tout au long des différentes expériences professionnelles. Vient alors la phase d'appréciation de chaque élément de la grille de lecture[880] au cours de laquelle le recruteur doit apprécier l'expérience professionnelle à sa juste valeur[881]. Pour ne pas être tenté d'accorder beaucoup trop d'importance aux diplômes, il faudrait alors prêter au moins, autant d'attention à l'expérience du candidat. L'idéal serait donc de s'attacher à ce que la procédure soit la plus formalisée possible. Les critères ne devraient pas évoluer au fur et à mesure des étapes de la procédure de recrutement, mais doivent être bien définis dès le départ.

Enfin, *il convient de procéder à un entretien d'embauche 100 % professionnel*. L'étape de l'entretien d'embauche est ainsi très importante. C'est première rencontre entre

---

[876] CAMBON-FALLIERES (M.), *Prévenir la discrimination à l'embauche*, Extraits d'entretien, *op. cit.*

[877] Loi n° 85-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés (JORF du 12 juillet 1987, page 782).

[878] Age, origine ethnique, patronyme, sexe, nationalité, apparence physique, adresse, statut marital, etc.

[879] La formation, l'expérience professionnelle et les compétences spécifiques qu'exige le poste à pourvoir

[880] La demande, les tâches et les compétences associées au poste à pourvoir.

[881] «*... par l'attribution, par exemple, de points de valeur sur des choses objectives comme la qualification, la connaissance du métier, les compétences techniques, l'expérience et/ou la motivation. Le raisonnement uniquement basé sur le diplôme est insuffisant. Même pour un candidat de 25 ans, jeune diplômé, sans aucune réelle expérience, il faut trouver d'autres de points de valeur objectif ».* CAMBON-FALLIERES (M.), *op. cit.*

le candidat et le recruteur. Ce dernier doit toujours être en conformité avec les dispositions du Code du travail, déterminant un certain nombre de question à ne pas poser au candidat. Ces questions n'ont aucun lien avec les compétences requises, ni aucune influences sur ces dernières[882]. L'employeur doit préparer des questions liées au domaine professionnel. Il est vrai que certaines questions ne sont pas formellement interdites, mais elles restent sujettes à caution. C'est souvent le cas lorsqu'il s'agit d'apprécier la motivation. Certains recruteurs sont tentés de demander au candidat de leur parler de ses loisirs, ses qualités ou défauts. Il est plus approprié de lui demander tout simplement quelle est sa motivation, et veiller à ce que toutes les questions soient reliées au sujet professionnel. Le mieux serait alors pour ce faire, de préparer des questions, avant l'entretien, qui portent sur la demande initialement définie et s'appuient sur la grille récapitulant les compétences et aptitudes professionnelles requises. Cette façon de procéder permet au final d'affiner à l'oral ce qui a déjà été travaillé lors des phases antérieures en privilégiant le recueil des faits. Une autre méthode peut être appliquée pour objectiver davantage l'entretien d'embauche. Elle revient à faire rencontrer le candidat par plusieurs personnes de l'entreprise, aux fins de croiser les opinions, croiser les regards, pour éliminer certaines appréciations trop subjectives. En pratique, cette idée pertinente rebute certains employeurs. Ils estiment que cela nécessite trop de temps et de personnes alors que l'embauche doit se faire "*vite*", pour la bonne marche de l'entreprise.

*Il convient également de garder les traces de l'entretien de recrutement pour en assurer la traçabilité.* En effet, dans l'hypothèse où un candidat s'estimerait discriminé et attaquerait l'entreprise en justice au civil, ce sera à l'employeur de prouver que sa décision n'avait rien de discriminatoire. Les traces de l'entretien d'embauche, tout comme le guide d'entretien rempli sur des critères objectifs, sont des éléments probants en sa faveur. De nombreuses entreprises ont recours aux tests de recrutement pour embaucher des salariés. S'il est vrai qu'ils permettent d'objectiver les informations recueillies en entretien et contribuent aussi à mettre en valeur le savoir-faire de l'intéressé, il faut toutefois prêter une attention toute particulière aux tests de culture générale et autres, qui n'ont généralement aucun lien avec les compétences requises. Lorsque la procédure de sélection est achevée, l'employeur se

[882] Des questions comme : « *Etes-vous marié (e)? Pacsé? Avez-vous des enfants? Votre nom est-il d'origine arabe? Etc.* ». Les renseignements demandés par l'employeur lors de l'embauche doivent avoir pour seul but d'apprécier les qualités professionnelles du candidat et présenter en conséquence un lien direct et nécessaire avec l'emploi auquel il postule. In GUILLON (D.), *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit du travail français et communautaire*, Thèse Lille 3, 1991, p. 135.

retrouve avec une liste précise de candidats[883]. Si la procédure a été objective, centrée sur le poste à pourvoir notamment sur les aptitudes et compétences qu'il requiert, l'employeur a toute liberté de décision puisqu'il s'est assuré de l'équivalence des compétences de tous les candidats retenus. Dès lors, il pourra librement choisir entre ces derniers, sans craindre le succès d'une action en justice, intentée contre lui, pour discrimination à l'embauche.

Comme son prédécesseur dans ses fonctions de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité[884], le Défenseur des droits est l'organisme institutionnel en la matière ; ceci dans le respect des exigences européennes y relatives. Il dispose à ces fins de pouvoirs d'investigation conséquents. Son rôle d'assistance aux victimes lui permet de tirer les leçons des éventuels blocages dans la mise en œuvre des dispositions de lutte contre les discriminations, de proposer des mesures normatives et des campagnes de sensibilisation pour en venir à bout.

### Section 2 : Dispositif associatif

La prévention de la discrimination à l'embauche par le biais des lois nationales s'accompagne d'actions sur le terrain développées cette fois-ci par les associations investies dans la lutte contre les discriminations. L'implication de ces associations dans la prévention du comportement discriminatoire spécifié se traduit par des opérations de sensibilisation et d'information (**Paragraphe 1**) en direction d'un public trop restreint (**Paragraphe 2**).

---

[883] Communément appelée "*Shortlist*".

[884] La HALDE. En sept années de fonctionnement effectif, elle a su faire preuve de son utilité et de son efficacité avec plus de 30 000 réclamations enregistrées qui ont donné lieu à plus de 1418 délibérations du Collège. Les nombreuses réclamations qu'elle a faite on été suivies dans plus de 64 % des cas en moyenne et ses observations devant les tribunaux qui l'ont sollicitée l'ont été dans 79 % des cas. Pour mener à bien son action, elle a su développer des actions d'information en direction des différents publics et devenir un recours pour tous. Elle a su accompagner les actions menées avec les partenaires sociaux par des informations pratiques pour prévenir les discriminations notamment par la mise en place de mesures favorables à l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi entre autres. En 2011, environ 54 % des personnes interrogées contre 16 % en 2005 connaissaient son existence. 83 % de la population interrogée jugeaient son action utile et 96 % considéraient alors son action comme incontournable dans la lutte contre les discriminations. Sa notoriété, qu'elle laisse aujourd'hui au Défenseur des droits, est un gage de son efficacité. Son expertise a toujours été très sollicitée par les entreprises, les administrations publiques et le Parlement national notamment pour le bilan de la politique de gestion des ressources humaines des sociétés nationales de programmes de l'audiovisuel public. Elle a également engagée de nombreuses actions de partenariat avec les acteurs publics et privés de la vie économique et sociale à savoir les ministères, les collectivités locales, les grandes entreprises, les intermédiaires de l'emploi. Elle a su se doter d'un réseau conséquent de plus de 100 correspondants locaux qui assurent encore aujourd'hui, pour le Défenseur des droits, une présence de proximité. Voir *Rapport annuel de la HALDE* paru en 2010, pages 19 et suivantes.

**Paragraphe 1 : Opérations de sensibilisation et d'information**

En complément de l'aide individuelle qu'elles apportent aux victimes pendant la phase d'accompagnement, les structures qui œuvrent dans le domaine des discriminations proposent des actions de prévention. A la différence des actions d'accompagnement, celles de prévention visent à prévenir les discriminations en amont par la sensibilisation ainsi que l'information des personnes sur le délit de discrimination et sur leurs droits et obligations ; alors que l'accompagnement intervient généralement après la commission de l'infraction et porte davantage sur ses conséquences au niveau de la victime. Certaines structures comme les structures généralistes ont intégré les questions relatives à la discrimination dans leurs actions de prévention à travers des démarches d'information ou de sensibilisation. C'est le cas sur le territoire alsacien, des associations Thémis, SOS Aide aux habitants et Viaduq qui sont toutes anciennement des associations de quartiers. D'autres structures comme Accord 67 et Espoir ne proposent pas d'actions de sensibilisation spécifique sur les discriminations. SOS Aide aux habitants et Viaduq conjuguent ainsi des actions d'accompagnement et celles de prévention alors que Thémis Strasbourg est davantage positionnée sur la prévention en raison du fait qu'elle n'est pas sollicitée dans son quotidien pour un accompagnement[885].

Pour illustrer davantage notre propos, nous avons choisi ici de vous faire partager notre propre expérience en tant qu'acteur associatif dans la prévention des discriminations. En 2006, l'association Droit pour la Justice[886] dans laquelle nous nous investissons a mené pour la première fois en Alsace une action "*Droit au Cœur*" visant à sensibiliser et informer sur le thème de la discrimination dans un but préventif. 36 étudiants de Master 1 en faculté de droit à Strasbourg, membres ou sympathisants de l'association, se sont rendus auprès des élèves des lycées alsaciens pour leur présenter, dans un langage adapté et à partir de cas concrets et réels, les différentes règles de droit, notamment pénales, destinées à lutter contre le racisme, l'antisémitisme, le révisionnisme et les discriminations. L'objectif visé par notre action était de doter les élèves de la capacité d'identifier le plus en amont possible les comportements discriminatoires qui sont contraires à la loi. A l'issue de nos interventions, les élèves devraient être en mesure non seulement d'identifier, mais aussi de qualifier, de tels comportements constitutifs d'infractions pénales. En conséquence, ils sauraient quels

[885] ORIV, *op. cit.*, p. 15.
[886] DpJ.

sont, pour chaque type de comportement interdit, les sanctions encourues et les droits des victimes. Parce que notre action visait l'intégration et l'appropriation de la règle de droit, seules garantes du respect de cette dernière, elle s'inscrivait clairement dans une démarche préventive. Les compétences acquises par les élèves furent ensuite évaluées dans le cadre ludique d'un concours inter-lycées où se sont retrouvés quelque 1000 élèves. Conduite en partenariat avec le Conseil régional et le Rectorat dans le cadre de l'opération « *Le Mois de l'Autre* »[887], l'action "*Droit au Cœur*" a été un véritable succès. Ce qui lui a justement valu d'être sélectionnée parmi les 32 projets retenus dans le cadre de l'Année européenne de l'égalité des chances en 2007 et d'être reconduite encore aujourd'hui non plus seulement à une échelle régionale, mais nationale notamment dans la région de Marseille. Notre action, à la différence des opérations menées par d'autres associations telles que SOS Racisme, la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme ou encore le Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples également investis dans ce domaine, se distingue par sa spécificité, puisqu'elle est menée dans le milieu scolaire et estudiantin. Nous avons par la suite mis en place d'autres actions à visée préventive dans les établissements de nuit de la capitale alsacienne pour lutter, par la sensibilisation ainsi que l'information, contre les discriminations dans l'accès à la fourniture d'un bien ou d'un service. Cette action a permis la mise en place et l'attribution du Label Respect, décerné aux établissements de nuit qui se sont engagés à nos côtés pour prévenir les discriminations intervenant tout autant dans le domaine de la fourniture de biens et de services. Le Golden Gate, établissement de nuit de la vile de Strasbourg, a été le premier à recevoir ce label. De plus, nous avons mis en place d'autres opérations de sensibilisation à la problématique des discriminations, à destination des centres sociaux culturels et des structures associatives. Il s'agit notamment des actions « *A la découverte des préjugés* », « *L'égalité pour tous !* », « *Qu'en penses-tu ?* », ou encore « *Droit à la non-discrimination* »[888]. « *A la découverte des préjugés* » est construite sous la forme d'une animation composée de trois à quatre petits jeux de groupes qui permettent d'appréhender de manière ludique la problématique des préjugés et des discriminations au sein de notre société. Elle permet de mettre en scène différentes situations révélatrices de

[887] Cette opération sensibilise les jeunes aux respect de l'Autre dans toutes ses différences. Chaque année, au mois de mars, lycées et Centres de formation d'Apprentis (CFA) alsaciens se mobilisent, accompagnés par des associations et les équipes pédagogiques, autour des projets liés à l'altérité et au respect de la différence, qu'elle soit sociale, culturelle, religieuse, ethnique, qu'elle soit liée au sexe ou au handicap.
[888] Actions consultables en ligne sur le site de l'association DpJ. http://ledroitpourlajustice.blogspirit.com.

préjugés ou stéréotypes, voire de situations discriminatoires, et de confronter les jeunes à ces réalités. Il s'agit en effet de permettre au jeunes de prendre conscience de la force et de l'impact des préjugés propres à tout un chacun afin qu'ils arrivent à bien différencier ce qui relève d'un préjugé et ce qui relève d'un comportement discriminatoire. La dynamique, qui est ici collective, permet de renforcer la confrontation d'idées ou de points de vue sur cette thématique. Ainsi, l'intervention s'articule autour de plusieurs animations dont la première est un temps de découverte des préjugés et des situations discriminatoires par l'utilisation d'illustrations dans les domaines de l'école, du travail et des médias. La seconde animation est le jeu « *Un pas en avant* ». La troisième animation est également un jeu, *« En dedans, en dehors* ». L'intervention dure deux heures par groupe de 20 à 30 personnes, constitué de jeunes de 10 à 18 ans. « *L'égalité pour tous !* » est, pour sa part, un temps d'échange et de débat visant à permettre aux enfants de découvrir les différences qui nous animent tous et de les confronter à travers un échange à l'exigence du principe d'égalité entre les hommes. Cette animation permet de débattre sur l'articulation des différences de tout un chacun, le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations. Elle entend stimuler la discussion sur les problèmes considérés et de confronter les différentes opinions. L'intervention s'articule ainsi autour de deux temps de débat. La découverte des différences propres à chacun par le visionnage de séquences de films et la discussion en est le premier. La découverte de notre principe d'égalité, ses implications et sa conciliation avec les différences propres à chacun, en est le second. L'intervention dure elle aussi deux heures, pour un groupe constitué de 15 à 25 personnes, précisément des enfants de 14 à 18 ans. Notre action « *Qu'en penses-tu* ? » est un action de sensibilisation qui ne travaille que sur la notion de discrimination en faisant appel à l'imagination et la réflexion des enfants. Son objectif est de permettre aux enfants de développer des situations qu'ils jugent discriminantes et de les confronter à ce que la loi protège par la découverte des 19 critères ou motifs qu'elle prohibe. L'intervention s'articule sur un temps de jeu et d'échange des critères considérés comme discriminatoires ainsi que sur la découverte ludique des situations discriminantes qu'ils auront eux-mêmes évoquées. Cela permet à chaque enfant, de se positionner face aux problématiques rencontrées dans des situations discriminatoires. Le temps d'intervention est de deux heures pour un groupe de 15 à 25 personnes âgées de 14 à 18 ans. L'action « *Droit à la non-discrimination* » est un module de formation à destination des acteurs qui interviennent dans le domaine social, et qui vise à les sensibiliser à la problématique des discriminations en milieu éducatif et social.

Elle leur propose de découvrir le processus discriminatoire c'est-à-dire de l'émergence d'un préjugé à l'adoption d'un comportement discriminatoire ; de définir la notion spécifiée telle qu'elle est envisagée par la loi c'est-à-dire entre les critères prohibés et les comportements sanctionnés ; de réfléchir ensemble sur les enjeux de la lutte contre les discriminations dans le domaine éducatif et social ; de construire des applications pratiques de prévention d'une discrimination en confrontant les difficultés rencontrées dans ce secteur et d'identifier les voies d'action existantes. Cette intervention se déroule sur quatre heures. L'association DpJ dispense également une formation « *Lutte contre les discriminations* » à tous les acteurs institutionnels ou sociaux qui sont intéressés par cette thématique. La formation porte sur les aspects juridiques relatifs à la notion de discrimination. Si nous intervenons davantage dans le cadre scolaire ou dans des structures bien définies, DpJ développe ces dernières années des actions portant certes sur les discriminations, mais ouvertes à des publics plus hétérogènes dans des lieux qui leur sont plus accessibles. Nous pouvons citer par exemple le Café débat organisé en février 2011 sur les discriminations Hommes-Femmes, au Snack Michel bien connu à Strasbourg. De plus, nous avons organisé dans le cadre de nos activités une journée d'étude et de formation sur « *le traitement de la victime de discrimination* »[889]. La question de la prise en charge de la victime est centrale et structure toute politique de lutte contre la discrimination. Elle doit mobiliser tous les acteurs de la chaîne pénale, toutes celles et ceux qui, d'une manière ou d'une autre, sont confrontés à celle ou celui qui se sent comme victime de discrimination. Cette journée d'étude et de formation visait à conjuguer information, sensibilisation et pédagogie des acteurs en s'attardant plus particulièrement sur les aspects probatoires essentiels à un traitement judiciaire et efficace permettant à la victime d'obtenir réparation à travers une réelle reconnaissance. Nous avons ainsi accueilli l'ensemble des acteurs institutionnels et sociaux, concernés directement ou indirectement par cette problématique, dans le but d'améliorer les pratiques existantes dans le traitement des victimes de discrimination.

La mobilisation des acteurs associatifs pour prévenir les discriminations quelles qu'elles soient à travers les actions de sensibilisation et d'information portant sur ce thème présente un avantage certain. En effet, de par leur localisation dans les lieux accessibles au public, les déplacements effectués vers les populations et le fait qu'elles ne jugent pas mais

[889] DpJ, *Le traitement de la victime de discrimination*, Journée d'étude et de formation/Colloque, Conseil de l'Europe, Strasbourg le 29 mars 2011.

écoutent, informent, conseillent sensibilisent et forment, les associations qui œuvrent dans le domaine des discriminations atteignent plus facilement le public. De plus, leurs services ne sont pas, pour la plupart, payants ; ce qui est un avantage non négligeable. Toutefois, si leurs différentes initiatives confèrent assurément une effectivité certaine à leur implication dans la prévention des discriminations, elles doivent faire face sur le terrain à des difficultés toutes aussi certaines. La première difficulté et sans doute la plus significative, est relative à la mobilisation des publics. En effet, contrairement à l'accompagnement des victimes pour lequel les personnes concernées viennent d'elles-mêmes solliciter les structures, les actions de prévention ont plus de mal à recueillir la présence en nombre pour le moins conséquent du public. Diverses raisons expliquent cet état des choses. Le manque d'intérêt de certains, le manque de temps ou encore simplement l'insuffisance de communication sur l'action en sont les principales. Il conviendrait donc pour remédier à ces difficultés que les associations communiquent davantage sur leurs actions en utilisant au besoin les différents médias, et que le public s'éveille plus encore à la problématique des discriminations pour lesquelles il peut à tout moment, tôt ou tard, individuellement ou collectivement, être confronté. En ce sens, les actions de sensibilisation et d'information sont capitales dans la mesure où c'est à cause et grâce à elles que le public prendra encore plus conscience de la dangerosité de ce véritable problème de société.

**Paragraphe 2 : Public bénéficiaire trop restreint**

La majeure partie des acteurs associatifs qui interviennent dans le domaine des discriminations en menant des opérations de sensibilisation et d'information s'accorde sur le fait que la plupart des cibles visées par leurs actions de prévention sont les jeunes[890]. Ces actions sont en grande majorité réalisées au sein des établissements scolaires tels que les écoles primaires, les collèges et les lycées. D'autres actions ont lieu lors des manifestations publiques et touchent un publique plus large. C'est le cas par exemple de l'opération bien connue dans notre région aujourd'hui à savoir « *Le Mois de l'Autre* ». Cette opération est organisée par le Conseil régional d'Alsace et l'Académie de Strasbourg. Les thèmes abordés sont variables. Il peut en effet s'agir de la discrimination au sens strict ou de thèmes qui lui

[890] ORIV, *op. cit.*, p. 15.

sont connexes comme le racisme, l'antisémitisme, le vivre ensemble ou encore les rapports filles-garçons . Mais il n'en demeure pas moins que ce sont les jeunes qui sont davantage ciblés. Une raison majeure justifie cet état des choses. Le cadre scolaire est plus facilement accessible puisque les associations interviennent à la demande de l'Académie ou des chefs d'établissement qui intègrent, dans les formations dispensées à leurs élèves au sein de leur établissement, ce genre d'actions. Le public est donc tout trouvé et plus disposé à suivre les opérations de prévention étant donné que les formations sont faites pendant les heures où les élèves se trouvent au sein de leur établissement. Les actions relatives à la prévention de la discrimination qui sont certes effectives ne semblent pas pour autant être efficaces, du moins sur un court terme, dans la mesure où les entreprises ou les acteurs professionnels potentiellement porteurs de discriminations ne semblent pas être les cibles privilégiées des actions de prévention. Or, c'est bel et bien ces employeurs et recruteurs qui discriminent à l'embauche. Ce constat apparaît paradoxal étant donné que certaines structures en charge de l'accompagnement expriment la nécessité d'agir sur les pratiques et les mentalités des mis en cause. Les structures généralistes semblent opérer une distinction entre les victimes et les mis en cause pour des faits discriminatoires. Elles ne conçoivent la personne que sous l'angle de victime, que ce soit dans le cadre de l'accompagnement juridique, mais aussi lors des actions de prévention. En cela, la prévention suit l'accompagnement juridique dans la manière d'appréhender la victime. Or, cette dernière peut également discriminer et le mis en cause se retrouver dans la position de victime. Sur ce point, les structures spécialisées se distinguent des structures généralistes puisque la HALDE/Défenseur des droits propose des formations en direction d'acteurs tels les syndicats, le pôle emploi et bien d'autres encore. De son côté, l'ALDA peut proposer en Alsace des formations en direction des structures au sein desquelles des personnes sont mises en cause, afin de sensibiliser tous les acteurs à la non-discrimination et ainsi faire évoluer les pratiques professionnelles et éviter les risques de récidives[891]. Ces initiatives, plutôt rares, sont pourtant déterminantes. La prévention se doit de couvrir un champ plus large. S'il est indéniable que les actions de sensibilisation et d'information aident les potentielles victimes à identifier avec plus de facilité les situations discriminatoires et à identifier les acteurs capables de leur venir en aide, leur efficacité ne sera que plus renforcée si elles sont également effectuées en direction des personnes mises en cause.

[891] *Idem.*

## Conclusion

Le mécanisme national français de prévention des pratiques discriminatoires à l'embauche composé du dispositif étatique d'une part et associatif d'autre part est, dans la majeure partie de sa construction, le fruit des directives européennes dites de référence en la matière. En tant qu'Etat membre de l'Union européenne et par conséquent en raison des obligations lui incombant dès lors, la France a dû transposer ces directives en droit interne par l'adoption de quatre lois spécifiques parachevant pour l'heure la composition du corpus législatif de prévention des discriminations. Parce qu'il semblait illusoire de lutter contre les discriminations et en même temps d'œuvrer en faveur de la promotion de l'égalité par la simple édiction de lois applicables sur la totalité du territoire national, mais aussi parce que les institutions européennes l'exigeaient, il a fallu créer un organisme capable de traiter le problème des discriminations de manière globale et non sectorielle ; un organisme doté à cette fin d'attributions que sont l'assistance des victimes de discriminations et la promotion de l'égalité ; un organe alliant à la fois une mission défensive et préventive. Défi relevé par les autorités françaises lorsque, par décret d'application de la loi du 30 décembre 2004 en date du 4 mars 2005, est mise en place la HALDE remplacée depuis le 29 mars 2011 par le Défenseur des droits dans ces fonctions. Ce changement d'institution, même s'il ne déroge pas aux recommandations de l'Union dans le domaine de la lutte contre les discriminations, soulève toutefois des interrogations en raison de la multiplicité de compétences qui lui sont reconnues. En effet, la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité ne sont pas ses seules attributions. A la différence de la HALDE, le Défenseur des droits doit, en plus de ses attributions dans le domaine des discriminations, assurer bien d'autres fonctions[892]. Une "*dilution*" de la problématique des discriminations en termes d'efficacité est à craindre parce que fondue dans un contentieux beaucoup trop large qui nécessite pour chacune de ces attributions une logique de traitement spécifique. Ce choix du législateur français, étant de conférer à la seule instance du Défenseur des droits des attributions trop importantes et

[892] Le Défenseur des droits est en plus chargé de : défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public, défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ; veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République. Trois autres attributions antérieurement et respectivement reconnues au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants et à la Commission nationale de déontologie de la sécurité. Voir la *loi organique précitée*, *article 4, 1º, 2º et 4º*.

très diverses afin, semblerait-il, de mener une action plus efficace et de mieux encadrer les multiples dépenses y relatives représentant un coût financier très important dans le budget de l'Etat, est-il judicieux ? *En effet, nous ne pouvons que nous poser la question de savoir si un tel choix ne porte pas en lui-même les germes de l'échec du Défenseur des droits dans la lutte contre les discriminations, en raison notamment des spécificités de cette dernière pas facilement conciliables avec les attributions tout aussi spécifiques des trois autres instances phagocytées en son sein ?* Seul l'avenir pourra nous conforter ou alors rassurer nos craintes sur ce point. Pourtant, il faut saluer la construction du dispositif étatique de prévention des discriminations à l'embauche alliant un arsenal législatif complet et un organe institutionnel significatif.

Le dispositif de prévention de la discrimination à l'embauche mis en place par la société civile notamment les associations qui s'investissent dans ce domaine, appelle aussi quelques remarques. Les opérations de prévention par la sensibilisation et l'information du public menées par ces acteurs de terrain sont d'une importance indéniable. Elles favorisent la prise de conscience collective du problème des discriminations dans notre société ; elles ramènent la loi au niveau des individus en familiarisant les personnes à la législation sur la non-discrimination, ce qui leur permet entre autres de savoir précisément ce qu'ils peuvent faire, ce qu'ils ne doivent surtout pas faire et ce à quoi ils s'exposent le cas échéant. Mais la pratique dans ce domaine n'est pas exempte de toute critique. *En effet, la critique majeure qu'il convient de formuler à son endroit est que les actions de prévention en question sont pour la plupart limitées à un seul public, les jeunes.* S'il est vrai que ce sont ces derniers qui, dans quelques années, postuleront pour un emploi ou procèderons à un recrutement, d'où la nécessité de les sensibiliser et les informer sur cette problématique, il n'en demeure pas moins que les employeurs et les recruteurs n'en sont que très rarement les bénéficiaires. Si procéder de la sorte, c'est-à-dire en ciblant davantage les jeunes, se révèle très efficace sur le long terme, ça ne répond malheureusement pas et en aucun cas aux problèmes actuels posés la discrimination à l'embauche. *Il convient donc en termes de préconisations, d'inviter les associations à mettre en place "des actions de prévention de type proactif" c'est-à-dire combinant les actions de prévention à destination des potentiels mis en cause et victimes*[893]. Concrètement, il s'agira pour les associations porteuses de actions de prévention proactives

[893] Idée développée sur la base d'une proposition d'accompagnement des mis en cause par l'ORIV, *op. cit.*, p.43.

de continuer à sensibiliser et informer les potentielles victimes sur la discrimination surtout à l'embauche tout en intervenant, dans le même dessein, auprès des potentiels auteurs de discrimination à l'embauche à savoir les employeurs et les recruteurs, dans les entreprises et les administrations. Il s'agit d'une démarche active et volontariste en direction aussi des personnes potentiellement porteuses de discriminations pour agir à la source du problème. Pour ce faire une condition doit cependant être remplie, c'est d'avoir des intervenants pour le moins très bien formés ce qui exclut d'emblée les associations et structures généralistes. L'intérêt de ces actions réside dans le fait qu'elles œuvreront en faveur de la mise en place d'échanges permanentes entre les personnes qui recrutent et les demandeurs d'emploi sur la problématique de la discrimination à l'embauche pour laquelle il n'en existe toujours pas. Seules les associations qui interviennent dans une logique de prévention proactive peuvent construire ce lieu d'échanges duquel résultera assurément de nouveaux moyens préventifs de la discrimination à l'embauche. L'efficacité des actions entreprises dans ce domaine ne sera que plus renforcée, sur le court et le long terme.

Les institutions européennes ne se sont pas bornées à fixer un cadre général de lutte contre les discriminations[894]. Elles sont allées plus loin encore notamment aux travers de la mise en place de programmes incitant les Etats membres à aller plus en avant dans ce sens. Lesquels programmes leur apportent les soutiens financier et matériel aidant à faire de leur engagement dans cette lutte, quelque chose de concrètement plus efficace. La mise en place du Programme EQUAL[895] est la première initiative de la Commission européenne à ce propos. Cette initiative communautaire a été financée par le FSE[896] et cofinancée par les Etats membres[897]. Le programme visait le soutien des projets innovants et transnationaux entrepris pour lutter contre la discrimination et le désavantage sur le marché du travail. Ces projets ont été créés pour générer, tester de nouvelles idées identifiant de nouvelles façons de lutter contre les discriminations et inégalités à l'intérieur comme à l'extérieur du marché du travail. Cinq piliers de la Stratégie européenne pour l'emploi composent le programme EQUAL. Il s'agit de l'accroissement de l'employabilité, l'encouragement de l'entreprenariat

[894] Par l'adoption des directives exhortant les Etats membres à les transposer et les appliquer en droit interne, mais aussi par les procédures de recours en manquement dans le but de rappeler ces Etats membres à l'ordre lorsqu'ils ne s'y attèlent pas dans les délais impartis.
[895] http://ec.europa.eu/employment_social/equal_consolidated/
[896] Fonds social européen
[897] Programme étalé sur huit ans allant de l'année 2000 à 2008, avec une période de programmation allant de 2000 à 2006.

inclusif, la facilitation de l'adaptabilité, la promotion de l'égalité entre hommes et femmes et l'intégration des demandeurs d'asile. Le Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement[898] a été désigné comme autorité de gestion.

EQUAL s'est révélé comme étant le plus grand projet de soutien à l'innovation sociale dans les domaines de l'inclusion sociale et l'emploi. C'est grâce à ce programme qu'ont pu être accumulées et partagées les bonnes pratiques en la matière à travers les six années de sa mise en œuvre. Grâce à un investissement d'environ 3 milliards d'euros, EQUAL a contribué à faire du FSE un instrument bien efficace qui contribue à la stratégie de Lisbonne pour la création d'emplois de meilleure qualité avec une accessibilité exempte de discrimination. Il a également fourni la preuve des stratégies politiques innovantes ainsi que des mécanismes de prestation qui apportent l'ouverture des marchés européens du travail sur la diversité. L'innovation et les réalisations d'EQUAL sont ainsi le résultat du travail de 3480 partenariats de développement. Les leçons tirées du programme EQUAL ont été reprises, adaptées et utilisées à travers l'Europe par les gouvernements, les partenaires sociaux, les organisations non-gouvernementales ainsi que les partenaires stratégiques et multiplicateurs. Les travaux en résultant étaient fondés sur les principes de gouvernance du partenariat, l'innovation, la coopération transnationale ainsi que l'égalité des sexes. Les différentes leçons stratégiques apprises par la mise en œuvre du programme offrent des possibilités d'apprentissage et permettent de concrétiser les réformes dans les domaines de emploi et du travail. En outre, le règlement du Fonds social Européen  a intégré les principes de gestion d'EQUAL[899] en les rendant obligatoires pour les autres programmes du FSE repartis sur la période allant de 2007 à 2013.

La seconde initiative européenne est le Programme PROGRESS [900] encore d'actualité. C'est le programme européen pour l'emploi et la solidarité sociale. Il a été créé afin de soutenir financièrement la mise en œuvre des objectifs de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances tels que mentionnés dans l'agenda social de l'Union. Il contribue aussi à la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi. Complément du FSE, PROGRESS s'étend sur une durée de six ans[901] et remplace les quatre

[898] DGEPF-sous direction du FSE.
[899] Partenariat, innovation, égalité des sexes et coopération transnationale.
[900] http://ec.europa.eu/employment/social/main.jsp?catId=327&langd=fr
[901] De 2007 à 2013.

programmes constitués d'actions relatives à la lutte contre les discriminations et l'exclusion sociale, des mesures en faveur de l'égalité hommes-femmes et de l'emploi toutes achevées en 2006. L'Union a opté pour ce programme unique qui permet de rationaliser, simplifier le financement et concentrer les différentes activités en vue de résultats meilleurs. PROGRESS garantit que la politique sociale de l'Union est en mesure de relever les grands défis qui se présentent et de mettre l'accent sur les actions nécessitant un effort commun à l'échelle européenne. Il aide les Etats membres à tenir leur engagement à créer plus d'emplois et de meilleure qualité, à garantir l'égalité des chances pour tous et à appliquer uniformément la législation européenne y relative. Doté d'une enveloppe globale de 743,25 millions d'euros pour sept ans, PROGRESS sert la promotion du changement et de la modernisation dans les domaines de l'emploi, l'intégration et la protection sociale, les conditions de travail, la non-discrimination et l'égalité des sexes. Il est ouvert aux Etats membres de l'Union et aux pays de l'AELE/EEE[902]. Il s'adresse aux Etats membres, aux autorités locales et régionales, aux services publics de l'emploi et aux offices statistiques nationaux. Les organismes spécialisés, les universités, les instituts de recherche, les partenaires sociaux et les organisations non-gouvernementales peuvent également y participer. La Commission sélectionne les projets à financer par le biais des appels d'offres ou propositions et les cofinance, sauf exception, à hauteur de 80 % maximum.

Après avoir étudié le dispositif national de prévention des actes discriminatoires à l'embauche qui traduit une action commune de l'Etat français et de la société civile en les associations œuvrant dans le domaine de la lutte contre les discriminations, il convient, dès à présent, de s'intéresser également à l'implication des employeurs publics et privés dans la prévention de ce phénomène.

[902] Association européenne de libre échange/Espace économique européen.

# Chapitre 2 : Pratiques préventives des employeurs publics et privés face à la discrimination à l'embauche

Avant sa conclusion, pendant son exécution et jusqu'à sa rupture, le contrat de travail met en relation le candidat à l'emploi, le salarié et l'employeur. Ce dernier, qu'il soit public ou privé, est par conséquent un acteur essentiel de la prévention des discriminations à l'embauche et dans le travail étant donné que c'est lorsqu'il choisit de ne pas embaucher, refuse une promotion ou encore procède à un licenciement dont la justification réside dans la prise en considération de critères non objectifs prohibés par la loi, que les discriminations surviennent. De fait, les employeurs publics et privés s'impliquent dans la prévention de ce phénomène. C'est justement de leur implication dans la prévention des actes ainsi que des comportements discriminatoires à l'embauche dont il est question dans le présent chapitre. En effet, nous nous immergerons dans les structures publiques et privées pour déterminer et analyser les pratiques qui y sont développées pour prévenir la discrimination susceptible d'intervenir à l'embauche. Nous pourrons mesurer l'investissement des employeurs publics et privés dans la prévention de la discrimination à l'embauche et aussi apprécier l'effectivité et l'efficacité de leurs méthodes, pour déterminer *in fine* ce qu'il convient sûrement encore de faire pour arriver à une efficacité maximale.

Pour ce faire, nous étudierons dans un premier temps les pratiques développées au sein de la Fonction publique (**Section 1**), avant de nous intéresser dans un second temps à celles mises en œuvre dans les entreprises publiques et privées (**Section 2**). Enfin, il nous appert important de s'intéresser à des mesures utilisées à la fois par les employeurs publics et privés (**Section 3**).

## Section 1 : Fonction publique et prévention de la discrimination à l'embauche

En termes d'effectifs, la Fonction publique est le premier employeur en France. Elle regroupe la fonction publique d'Etat ou administrative, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Elle consiste en un panel de métiers aux compétences

et responsabilités très variées occupant plus de cinq millions de personnes toutes soumises aux règles du droit public concernant leur embauche et leur carrière. Ce qui représente, en France, un cinquième de l'emploi total. La prévention des discriminations à l'embauche s'y manifeste par un cadre juridique traditionnellement conçu comme protecteur (**Paragraphe 1**) et de nouveaux instruments institués au cours de ces dernières années (**Paragraphe 2**).

**Paragraphe 1 : Cadre juridique traditionnellement conçu comme protecteur**

Malgré le nombre de discriminations qui sévissent dans la Fonction publique, on ne saurait nier, à première vue, que la Fonction publique constitue un cadre de relations de travail privilégié. Un cadre susceptible de prévenir tout risque important de discrimination à l'encontre des personnes qui veulent y accéder et surtout des agents qui y sont employés, notamment pour deux raisons majeures. *La première raison qui explique ce constat est que la situation des fonctionnaires est régie par un statut conçu comme protecteur et fondé sur le principe constitutionnel d'égalité entre les agents.* Ce statut diffère par conséquent de la liberté contractuelle liant le salarié du secteur privé et son employeur, d'où le fait qu'il est susceptible de connaître davantage de variations en fonction des situations individuelles. *La seconde raison que nous pouvons également invoquer est que, dans la mesure où l'Etat en tant qu'employeur se reconnaît un devoir d'exemplarité*, les modalités d'emploi des agents publics sont censées constituer un modèle ou, au moins, ne pas encourir de reproche fondé sur un manquement au respect du principe d'égalité[903].

Alors même qu'il existe des règles de droit commun relatives à la prohibition des discriminations, un corpus spécifique a aussi été inséré dans le statut général de la Fonction publique afin d'y proscrire ces pratiques. En effet, l'article 6 du statut, tel qu'issue de la loi n° 836-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, prohibe toute discrimination directe ou indirecte faite entre les fonctionnaires en raison motifs prohibés par la loi. Il interdit également les discriminations à l'encontre d'un fonctionnaire qui aurait adressé un recours hiérarchique ou alors engagé une action en justice pour faire respecter le principe de non-discrimination, ou seulement témoigné d'actes discriminatoires. De plus,

[903] TOURRET (A), *Gestion des finances publiques et des ressources humaines, Fonction publique*, *Avis n° 258 Tome III*, Rapport législatif, Assemblée nationale, 10 octobre 2012, p. 9.

il précise que tout acte discriminatoire constitue une faute disciplinaire. En outre, l'article 6 *bis* du même statut prohibe toute discrimination entre les fonctionnaires en raison de leur sexe. Plus encore, les règles qui s'appliquent aux fonctionnaires organisent l'ensemble de la carrière des agents publics de telle manière que l'égalité entre eux soit assurée aux étapes successives de celle-ci. Ainsi, concernant l'entrée dans la fonction publique, les agents sont, en principe, recrutés par concours. Cette modalité, consacrée à l'article 16 du même statut, est destinée à assurer le respect de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, conformément auquel les citoyens accèdent à l'emploi public « *selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »[904].

De la même manière, l'exigence d'égalité innerve l'ensemble des droits ainsi que des obligations des fonctionnaires tels que définis par les dispositions constitutionnelles et législatives en vigueur dont la portée a bien des fois été précisée par la jurisprudence. Nous pouvons citer la jurisprudence BAREL de 1954 du Conseil d'Etat où a été posé le principe de non-discrimination à raison des opinions d'un agent public. L'article 8 du statut général de la Fonction publique dispose également que les fonctionnaires peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats. Ce principe va ainsi de pair avec l'interdiction des discriminations en raison de l'opinion syndicale prévue à l'article 6 de ce même statut. Par ailleurs, la jurisprudence PASTEAU du Conseil d'Etat[905], rappelle, pour sa part, que l'obligation de neutralité implique qu'un fonctionnaire, dans l'accomplissement de ses missions, se départisse de ses opinions et s'abstienne de tout acte discriminatoire à l'égard des autres personnels et des usagers du service public[906].

**Paragraphe 2 : Nouveaux instruments institués au cours de ces dernières années**

Ces dix dernières années, de nouveaux instruments ont été institués au sein de la Fonction publique pour prévenir les discriminations. Elles se matérialisent notamment à travers un cadre législatif rénové (**A**) et de multiples « *bonnes pratiques* » (**B**).

[904] Le principe d'égal accès des citoyens aux fonctions publiques a été érigé en principe général du droit par le Conseil d'Etat (C.E., 21 décembre 1990, Amicale des élèves de l'Ecole normale Supérieure de Saint-Cloud) et a une valeur constitutionnelle (C. Cons., 14 janvier 1983, n° 82-153 DC), mais la modalité de recrutement qu'est le concours a seule valeur législative.
[905] C.E., 8 décembre 1948, PASTEAU, R*ec*. CE 1948, p. 464.
[906] TOURRET (A), *op. cit.*, p. 10.

**A- Cadre législatif rénové**

Qu'il s'agisse des discriminations en général ou des discriminations fondées sur un critère particulier, de nouveaux instruments ont été institués afin de renforcer la lutte contre les discriminations dans la Fonction publique ces dix dernières années.

De manière a favorisé la lutte contre les discriminations de manière générale, nous pouvons à nouveau indiquer la création de la HALDE en 2004, à la quelle à succédé le Défenseur des droits en 2011. Ce dernier, et bien sûr la HALDE avant lui, a engagé bien des actions pour lutter contre les discriminations par l'émission de recommandations générales en faveur dune plus grande égalité sur des sujets tels que l'égalité dans l'accès aux stages et aux emplois saisonniers pour lutter contre la pratique des postes réservés aux enfants du personnel en 2005, le rôle du dialogue social en 2009, en 2010 l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'accès à l'emploi public des personnes handicapées en 2011 ou encore l'expression de la liberté religieuse au travail en 2011. Il a aussi développé beaucoup d'outils de sensibilisation et d'information tels le dépliant intitulé "*une grossesse sans discrimination*" ou "*le recueil des 150 délibérations adoptés sur l'emploi public*" entre 2005 et 2010, ou encore en proposant des actions d'accompagnement pour les employeurs publics telle la publication en 2009 et 2010 de rapports recensant les bonnes pratiques des employeurs publics de l'Etat[907].

Mais c'est aussi les discriminations identifiées par critère que le législateur a tenté de prendre en compte au cas par cas, que celles-ci soient fondées sur *l'âge* avec pour exemple la suppression de certaines limites d'âge pour accéder à la Fonction publique[908] ; sur *l'origine* avec l'institution d'un mode de recrutement sans concours pour l'accès à des emplois de catégories C au profit de jeunes non diplômés ou non qualifiés, recrutement qui implique une formation en alternance dans le cadre du parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'Etat[909] ; sur *le handicap* avec la création du Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la Fonction publique[910], Fonds

[907] TOURRET (A), *op. cit.*, p. 11.
[908] Ordonnance n° 2005-901 du 1er août 2005.
[909] Dispositif PACTE. Ordonnance n° 2005-901du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'Etat. JORF n° 179 du 3 août 2005, page 12720, texte n° 60.
[910] FIPHFP

analogue à celui existant déjà dans le secteur privé avec l'AGEFIPH ; sur *le sexe* avec la consécration d'un dispositif destiné à favoriser l'emploi des femmes dans les postes relatifs à l'encadrement supérieurs des trois fonctions publiques. En effet, l'article 56 de la loi du 12 mars 2012 portant diverses dispositions relatives à la Fonction publique[911] a rétabli l'article 6 *quater* dans la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pour instituer un dispositif au terme duquel les nominations dans les emplois supérieurs devront concerner au moins 40 % de personnes de chaque sexe à partir de 2018. Depuis le début de l'an 2013 des taux progressifs ont commencé à être appliqués. Le décret n° 2012-601 du 30 avril 2012, complété par une circulaire du 20 août 2012, a précisé les modalités de mise en œuvre de cette mesure. En outre, deux circulaires du Premier ministre visent à inclure cette problématique de l'égalité entre les femmes et les hommes dans la préparation et l'étude d'impact de tout projet ou toute proposition de loi ainsi qu'à préciser les modalités de mise en œuvre de la politique interministérielle relative à l'égalité entre femmes et hommes[912]. Par ailleurs, la loi du 12 mars 2012 précitée comporte d'autres dispositions pour favoriser la parité dans la Fonction publique. C'est le cas de la présentation annuelle par les employeurs publics, d'un rapport sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, devant des comités techniques dans le cadre d'un bilan social. Des dispositions tendant à assurer la représentation équilibrée des femmes et des hommes parmi les personnalités qualifiées des conseils d'administration et de surveillance de chaque établissement public de l'Etat, au Conseil commun et aux conseils supérieurs de la Fonction publique, dans les commissions administratives paritaires ainsi que dans les jurys et comités de sélection. Cette même loi prévoit en plus la remise annuelle par le Gouvernement au Conseil commun de la Fonction publique d'un rapport sur les mesures mises en œuvre pour assurer légalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cette nouvelle instance, qui est issue de la loi relative à la rénovation du dialogue social et qui comporte diverses dispositions relatives à la Fonction publique[913], est compétente pour connaître des questions intéressant les trois versants de

[911] Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la Fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la Fonction publique. JORF n° 0062 du 13 mars 2012, page 4498, texte n° 4.

[912] Circulaire du 23 août 2012 relative à la prise en compte dans la préparation des textes législatifs et réglementaires de leur impact en termes d'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n° 0196 du 24 août 2012, page 13760, texte n° 3 ; circulaire du 23 août 2012 relative à la mise en œuvre de la politique interministérielle en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n° 0196 du 24 août 2012, page 13761, texte n° 4.

[913] Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010, JORF n° 0154 du 6 juillet 2010, page 12224, texte n° 2.

la Fonction publique. Elle est d'ailleurs en phase de devenir un lieu privilégié pour tout ce qui concerne le traitement de la question des discriminations[914].

**B- Multiples « *bonnes pratiques* »**

Forts de la conviction selon laquelle la lutte contre les discriminations ne saurait requérir de seuls outils législatifs, les gouvernements successifs ont également soutenu des politiques publiques destinées à favoriser les « *bonnes pratiques* », combinant de la sorte, pour reprendre la distinction anglo-saxonne souvent utilisée, *hard law* et *soft law.* Les plus importantes d'entre-elles, que nous retiendrons pour en faire l'analyse dans ce point précis de notre réflexion, sont la Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique (**1**) et la responsabilité sociale de l'employeur public (**2**).

**1- Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique**

Signée le 02 décembre 2008 par les ministres en charge de la Fonction publique et le président de la HALDE, la Charte pour la promotion de l'égalité dans le domaine de la Fonction publique témoigne d'une prise de conscience effective de discriminations existant dans l'emploi public et de la volonté des différentes administrations qui la composent, de les combattre. En ce sens, elle constitue un engagement moral fort dans le sens des valeurs du service public[915], devant guider les administrations et leurs agents dans leurs actions. La charte vise la promotion de l'égalité dans tous les versants de la Fonction publique, laquelle passe nécessairement par la prévention des discriminations[916]. Son préambule ne manque pas d'ailleurs de rappeler ces grands principes que sont l'égalité, la laïcité, l'impartialité et la neutralité, ainsi que le principe de non-discrimination, dont le premier corollaire pour les administrations est l'égal accès de tous aux emplois publics tel qu'il figure dans l'article 6 de

[914] TOURRET (A), *op. cit.*, p. 13.
[915] SILICANI (J-L.), *Livre Blanc sur l'avenir de la Fonction publique*, *faire des services publics des atouts pour la France*, Synthèse, Avril 2008, p. 3. Il s'agit de valeurs fondamentales réparties en trois catégories : des valeurs républicaines (liberté ; égalité d'où découlent la laïcité, l'impartialité et la neutralité ; fraternité à la quelle se rattachent l'équité et *le principe de non-discrimination*), des valeurs professionnelles et des valeurs humaines.
[916] Dans les voies et modalités d'accès à la Fonction publique, le déroulement des carrières, l'exercice du droit à la formation et les cessations définitives de fonctions et d'activités.

la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Elle détermine six thèmes qui couvrent les domaines relatifs à la carrière, l'information sur les recrutements, les parcours professionnels, à la formation.

*Agir en amont du recrutement pour promouvoir l'égal accès de tous aux emplois publics, en est le premier thème*. Il convient en effet de développer les actions de communication sur les métiers et le recrutement dans la Fonction publique notamment par le RESP[917] et les IRA[918], en application de la Charte de la diversité et de l'égalité des chances des lauréats des écoles de service public du 3 février 2005 ; les dispositifs pour l'accompagnement et le suivi personnalisé pour faciliter la préparation aux concours de la Fonction publique ; le soutien financier pour encourager la préparation à ces concours et la conduite d'action spécifiques d'information en direction des personnes handicapées. *Il convient également de veiller aux conditions de recrutement pour répondre aux besoins sans discriminer. C'est le deuxième thème développé par la Charte.* Pour ce faire, il faudrait généraliser la formation des jurys, des membres des comités et commissions de sélection afin qu'ils choisissent les candidats en fonction de leurs capacités et des besoins de l'administration. Les jurys et les membres des comités et commissions de sélection doivent aussi être sensibilisés sur les préjugés, les stéréotypes et les risques de discrimination. Une attention particulière doit être portée sur l'ensemble des personnes participant au processus de recrutement qu'elles qu'en soient les modalités, afin que ces dernières soient en mesure de rendre compte de leur évaluation. Le contenu du concours doit être réexaminé en procédant à l'étude attentive de la définition des programmes et de la nature des épreuves afin de sélectionner les candidats en fonction de leurs compétences en rapport avec les postes à pourvoir[919]. La validation des acquis de l'expérience professionnelle doit être facilitée, en même temps que doivent être déployées de nouvelles voies d'accès à la Fonction publique telle que la reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle. *Le troisième thème développé par la Charte est la rénovation des parcours professionnels de agents et la garantie de l'égalité de traitement dans tous les actes de gestion*. Remplir cette mission ne peut se faire qu'en s'assurant que les motifs de discrimination ne soient pas pris en compte dans les différentes procédures d'évaluation et de reconnaissance de la valeur professionnelle des agents, ainsi que dans les décisions qui

[917] Réseau des écoles de service public.
[918] Instituts régionaux d'administration.
[919] Et non en fonction de leurs seules connaissances.

en découlent. La formation des évaluateurs doit être encouragée par leur sensibilisation sur les préjugés, les stéréotypes et les risques de discrimination. L'accès à la formation tout au long de la vie doit être développé. Il importe également de veiller à ce que les conditions d'exercice de la mobilité, les critères et les procédures de promotion ainsi que les modalités de rémunération, ne défavorisent aucun agent pour des motifs prohibés par la loi. De plus, il convient de promouvoir la conciliation de la vie professionnelle et familiale, en facilitant l'adaptation des postes de travail pour en prendre compte le handicap ou l'état de santé de l'agent. De même, la prise en compte de l'égalité et la prévention des discriminations dans le dialogue social doivent être favorisées[920]. *Le quatrième thème de la Charte consiste en la sensibilisation et la formation les agents de l'administration*. En effet, c'est en formant, les encadreurs et les responsables des ressources humaines, les représentants d'organisations syndicales, à la prévention des discriminations et la promotion de l'égalité des chances et par la mise en place des sessions de formation relatives à la prévention des discriminations et la promotion de l'égalité des chances dans le cadre de la formation initiale ou continue des fonctionnaires et des agents publics, que la sensibilisation et la formation des agents de l'administration, dans les écoles du service public, pourront être effectives. *Le cinquième thème de la Charte est l'information des administrations pour diffuser les* bonnes pratiques *en matière de prévention des discriminations.* Pour ce faire, les bonnes pratiques en termes de prévention des discriminations devront être multipliées. Des procédures d'information, sur les faits et pratiques discriminatoires constatés et sur les réponses apportées, devront être mises en place au sein des services d'une même administration. Les outils destinés à faire évoluer les mentalités et à changer les comportements professionnels en matière de prévention des discriminations doivent être identifiés. De même, la participation des agents aux initiatives et actions locales menées par les administrations sur ces thèmes[921] doit être encouragée. Des actions communes, ayant pour objet la prévention des discriminations et l'égalité des chances, doivent être mise en œuvre pour les agents de la Fonction publique. *Le sixième et dernier thème de la Charte porte sur sa mise en œuvre et son suivi*. Elle invite à organiser chaque année au Conseil supérieur de la Fonction publique administrative, puis au Conseil supérieur de la Fonction publique, un suivi particulier des conditions de sa mise en œuvre. La Charte associe le Défenseur des droits à ces échanges, qui devra présenter un

[920] Accords de Bercy du 2 juin 2008 sur la rénovation du dialogue social dans la Fonction publique.
[921] Prévention des discriminations et promotion de l'égalité des chances.

bilan de ses délibérations sur les réclamations portant sur la Fonction publique et des suites données par l'administration. Le suivi rapproché de la Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique est assuré par la Direction Générale de l'Administration et de la Fonction publique[922] dans le cadre de l'animation du réseau des Directeurs des ressources humaines de l'ensemble des administrations, ainsi qu'au sein d'un comité de pilotage pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique auquel participe le Défenseur des droits. Le Rapport annuel de la Fonction publique rendra compte des actions entreprises, au titre de la Charte, en matière de prévention des discriminations et de promotion de l'égalité. Les modalités d'application et de suivi de la Charte favoriseront l'échange des expériences et des bonnes pratiques entre les administrations à travers la diffusion des informations sur la prévention des discriminations et la promotion de l'égalité des chances.

Le troisième bilan d'application de la Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique a été présenté le 17 avril 2012 dans le cadre du Conseil commun de la Fonction publique[923]. La DGAFP et le Défenseur des droits ont sollicité les administrations de l'Etat et les établissements à caractère scientifique et technologique afin de poursuivre le travail de suivi de la mis en œuvre de la Charte. Le bilan 2011, le plus récent, se distingue des précédents[924] dans sa démarche, plus proche des travaux présentés lors des comités de pilotage semestriels. Ces derniers avaient pour thématique centrale la question de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dans le contexte du Rapport GUEGOT[925] remis au Président de la République. Dans cet esprit, les ministères ont été sollicités afin de mettre plus particulièrement en avant les initiatives prises en 2011, sans devoir répondre à un questionnaire détaillé portant sur l'ensemble de la Charte. Celles-ci sont présentées de manière succincte en fonction de leur caractère novateur. Ce sont vingt deux ministères ou organismes, contre 16 en 2010, qui ont apporté leurs réponses en 2011 dont, notamment, deux nouvelles structures que sont le Centre national pour la recherche scientifique[926] et la

[922] DGAFP.
[923] Ministère de la Fonction publique, DGAFP et Défenseur des droits, *Suivi de la charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique*, 3ème Rapport, Mars 2012.
[924] *Suivi de la charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique*, Rapport 2010, et, *Prévention, lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans le recrutement et la gestion des ressources humaines : que répondent les ministères et les administrations de l'Etat à la HALDE et à la DGAFP en 2009?* , Décembre 2009.
[925] GUEGOT (F.), *L'égalité professionnelle hommes-femmes dans la Fonction publique*, Rapport au Président de la République, Collection des Rapports officiels, La documentation française, Paris, mars 2011.
[926] CNRS.

Poste. Ce bilan confirme le fort engagement des ministères et leur bonne compréhension des enjeux de l'accès à la Fonction publique. La révision générale des concours a permis de mieux valoriser l'expérience et les compétences des candidats. Certaines conditions exigées pour l'entrée dans certains corps de l'Etat ont été simplifiées, voire supprimées[927]. Le bilan a ainsi évoqué une dynamique interministérielle forte et a souligné, en particulier, l'intérêt de certaines actions qui se poursuivent et s'intensifient tels la désignation de référents en charge des questions de promotion de l'égalité au sein de chaque ministère ou organisme public, la formation des jurys et commissions de sélections à prévenir les discriminations, la multiplication des actions de sensibilisation, de formation et information des agents publics en matière de handicap, le développement des *classes préparatoires intégrées*. Le nombre de ces classes, destinées à permettre aux personnes ayant rencontré des difficultés sociales ou économiques pendant leurs études ou leur parcours personnel de bénéficier d'une aide à la préparation des concours de la Fonction publique, était de 26 fin 2011, correspondant à l'accueil de plus de 500 élèves. L'intégration dans ces classes est soumise à des conditions de ressources, de mérite, de motivation et d'origine géographique. Une aide financière est prévue avec l'attribution des allocations pour la diversité dans la Fonction publique. Celle-ci représente un total de 2,8 millions d'euros pour 2012, correspondant précisément à 1 400 bourses. Elle s'élève à 3,4 millions d'euros en 2012-2013, pour le financement cette fois-ci de 1 700 bourses. Ainsi, l'Ecole nationale d'administration[928] a mis en place, depuis quatre ans, une classe préparatoire au concours externe d'entrée réservée aux étudiants boursiers issus de milieux sociaux modestes, afin de diversifier son recrutement. Il s'agit de la CP'ENA. Les critères de sélection sont la qualité du parcours universitaire, la motivation personnelle des intéressés et leur niveau de ressources. Une promotion de la CP'ENA comprend environ 15 étudiants. Mais d'autres actions, plus récentes, se développent aussi. Toutefois, nous ne les aborderons que dans la Section 3 du présent chapitre relative aux pratiques communes à la Fonction publique et aux entreprises afin de prévenir la discrimination à l'embauche et dans le travail. Ces actions nouvelles ne sont donc pas seulement mises en œuvre dans la Fonction publique, elles le sont également dans le secteur privé de l'emploi.

[927] Notamment les conditions d'aptitude physique. Par exemple, l'entrée dans les catégories actives de la Police nationale n'est plus réservée aux candidats dont la taille dépasse 1m60. Les conditions d'emploi de ce corps ne justifient pas de sélectionner les candidats sur de tels critères. Les conditions maintenues sont désormais en rapport avec l'exercice du service. http://archives.fonction-publique.gouv.fr/home20111012/article1730.html.
[928] ENA.

La Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique constitue à l'heure actuelle le cadre global où s'inscrivent la majeure partie des actions de lutte contre les discriminations dans la Fonction publique. Elle constitue dès lors à la fois l'aiguillon et le programme d'une part, et d'autre part un mode d'évaluation des politiques qui y sont mises en œuvre. Elle fait, aujourd'hui, l'objet d'un projet de révision. L'objectif étant de favoriser son application à l'ensemble des trois versants de la Fonction publique et non pas de façon prioritaire à la fonction publique de l'Etat, et que soient prises en compte les nombreuses évolutions récentes telle l'institution du dispositif de parité par la loi du 12 mars 2012 plus haut citée[929].

**2- La responsabilité sociale de l'employeur public**

La responsabilité sociale de l'employeur public[930] a par ailleurs été développée dans la Fonction publique avec la mise en place du dispositif « *Etat exemplaire* ». C'est un élément *de la Stratégie nationale de développement durable* étalée sur la période *2010-2013*. Cette stratégie est exposée dans une circulaire du gouvernement de décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat dans le fonctionnement de ses différents services ainsi que des établissements publics, au regard du développement durable. L'un de ses volets, par-delà les mesures d'écoresponsabilité, concerne la responsabilité sociale de l'Etat, tant en sa qualité d'opérateur économique qu'en sa qualité d'employeur. En effet, l'Etat doit se fixer des objectifs élevés en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux de la personne au travail, l'intégration des personnes handicapées, l'insertion des personnes éloignées de l'emploi et la parité professionnelle. C'est ce même thème de l'exemplarité qui a été repris dans l'agenda social présenté, le 4 septembre 2012 par le ministre de la Réforme de l'Etat, de la décentralisation et de la Fonction publique, aux organisations syndicales à la suite de la conférence sociale de juillet 2012 fixant le cadre des échanges entre ces organisations et le Gouvernement. L'un des axes retenu est en effet celui de l'exemplarité des employeurs

[929] TOURRET (A), *op .cit.*, p. 16.

[930] C'est la Commission européenne qui a défini cette notion pour désigner d'abord *l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes*, puis, aujourd'hui, pour identifier *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société.* Voir, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'Union européenne pour la période 2011-2014*, octobre 2011.

publics, en particulier pour ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'amélioration de l'accueil et l'insertion des travailleurs handicapés, la gestion des âges et l'accès des jeunes à la Fonction publique. Un cycle de négociations a été ouvert par les organisations syndicales sur le sujet de l'égalité professionnelle en septembre 2012. Ces négociations pourraient justement être l'occasion d'aborder des thèmes comme le dialogue social avec les questions de la composition des instances du paritarisme, des bilans sociaux et leur contenu, de l'institution de négociations obligatoires sur l'égalité professionnelle ; le déroulement des carrières avec l'identification des freins tels le recours au temps partiel ou non complet ou les obligations de mobilité en matière d'avancement ; l'articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale avec les modalités de prise d'un congé parental ou la question du retour à l'emploi après une formation[931].

Les initiatives destinées à lutter contre les distinctions directes et indirectes sont aussi nombreuses dans la Fonction publique. Nous pouvons en effet apprécier les initiatives du Centre national de la fonction publique territoriale qui a mobilisé de nombreux outils à cet effet, tels le développement d'une réflexion relative aux pratiques du recrutement dans les collectivités de grandes taille ; la généralisation des formations des agents territoriaux à l'intégration des personnes handicapées dans un service ou encore la prise en compte des pratiques de harcèlement ; la conclusion de quelques accords avec le Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la Fonction publique telle la convention de partenariat du 22 février 2011 destinée à établir un programme d'actions pour favoriser l'accès des agents territoriaux en situation de handicap et des personnels non territoriaux aux formations du Centre national de la Fonction publique, et aussi favoriser la formation et l'information des agents territoriaux susceptibles d'être en relation avec des personnes handicapées ; et avec l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, la signature de certains partenariats destinés à encourager l'engagement d'actions dans le domaine de la politique de la ville en matière de prévention des discriminations[932].

En dépit du cadre juridique spécifique et des nouveaux instruments institués au cours de ces dernières années, qui constituent des garanties certaines destinées à prévenir les principales discriminations, ces dernières restent une réalité dans la Fonction publique

[931] TOURRET (A), *op. cit.*, p. 17.
[932] *Idem.*

malheureusement perçue comme de moins en moins protectrice. Le devoir d'exemplarité de l'employeur public ne semble pas rempli. Les chiffres toujours préoccupants[933] et cette *absence* de prise en compte de certains faits discriminants comme les harcèlements sexuel et moral par le biais de données statistiques précises, tout comme la gestion des âges et de l'emploi des seniors sans oublier les résistances à l'égalité entre les femmes et les hommes liées au plafond mais aussi aux parois de verre ainsi que l'emploi des personnes en situation de handicap, témoigneraient d'une forme d'immobilisme de l'employeur public dont on ne saurait trouver de justifications acceptables[934]. Toutefois, en ce qui concerne notamment la prévention de la discrimination dans l'accès à la Fonction publique, nous pouvons noter des avancées se traduisant par la mise en place de recrutements plus diversifiés d'une part et une communication élargie sur ses différents et nombreux métiers d'autre part. Cependant, des pistes de progrès sont encore à définir notamment en matière de formation et de mise en œuvre du dispositif d'écoute et de prévention. Qu'en est-il des pratiques des entreprises pour prévenir la discrimination à l'embauche ?

## Section 2 : Entreprises et prévention de la discrimination à l'embauche

Interpelées dans ce sens pas le Gouvernement français et parce que conscientes que la discrimination à l'embauche dessert leur productivité en favorisant l'écartement des profils compétents, les entreprises publiques et privées, grandes ou moyennes en majorité, s'investissent dans la prévention de la discrimination à l'embauche et dans le travail. Dans cette étape de notre réflexion, nous nous intéresserons d'abord aux méthodes développées par les grandes et les moyennes entreprises pour y parvenir (**Paragraphe 1**). En raison de la pratique du recours par beaucoup d'entreprises aux intermédiaires de l'emploi- entreprises spécialisées dans la mise en relation des candidats à l'emploi avec les employeurs désireux de recruter-, lesquels sont également susceptibles de discriminer, nous analyserons ensuite les pratiques développées par ces intermédiaires de l'emploi, pour prévenir à leur niveau, la discrimination à l'embauche (**Paragraphe 2**).

[933] Dans l'emploi public, sur la période 2005-2010, 81, 4 % des réclamations ont concerné la carrière et 18, % le recrutement. Voir, *Suivi de la charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique*, 3ème Rapport, *op. cit.*

[934] TOURRET (A), *op. cit.*, p. 18-24.

**Paragraphe 1 : Pratiques des grandes et/ou moyennes entreprises publiques et privées**

C'est entre autres en termes d'égalité des chances que les entreprises françaises s'investissent dans la prévention de la discrimination à l'embauche et dans le travail. Pour en rendre compte, nous analyserons d'abord leurs pratiques quotidiennes pour l'égalité des chances (**A**), avant d'étudier des outils spécifiques faisant malgré tout polémique, mais que d'aucuns présentent comme des instruments de grande efficacité dans ce domaine. Il s'agit notamment du Curriculum vitae anonyme[935] (**B**), ainsi que du tutorat et du parrainage vers et dans l'emploi (**C**).

**A- Egalité des chances dans les entreprises au quotidien**

La prévention des discriminations à l'embauche dans les entreprises se traduit, au quotidien, par des pratiques identifiables et communicables aux différents acteurs en la matière. Le Cadre pour Agir et Rendre Compte[936] des actions mises en place pour prévenir les discriminations et promouvoir l'égalité, création de la HALDE reprise aujourd'hui par le Défenseur des droits, permet à ce dernier d'entretenir un dialogue nourri et continu avec les entreprises investies dans la prévention des discriminations dans l'emploi. Son objectif est d'identifier les difficultés rencontrées par les entreprises dans ce domaine, connaître les réponses qu'elles leur apportent, identifier ou élaborer avec elles des bonnes pratiques qui seront destinées à une large diffusion et à l'appropriation par les acteurs. En permettant d'impulser et de développer de réelles dynamiques de changement, le CARC contribue au changement et à une meilleure prévention des discriminations dans les entreprises. Ainsi, la publication de Guides permet d'identifier les pratiques quotidiennes des entreprises pour prévenir la discrimination à l'embauche. Dans sa dernière parution[937], le CARC y relève des progrès notables (**1**) et insiste sur les thèmes à améliorer(**2**).

---

[935] CV anonyme.
[936] CARC.
[937] CARC, *Des pratiques pour l'égalité des chances : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 5, 2009/2010. Le 19 février 2010, la HALDE adressait aux entreprises le 4ème « Cadre pour Agir et pour Rendre Compte ». 150 entreprises (dont 4 % dans la Construction-BTP, 6 % dans les Transports, 10 % dans le Commerce et la Distribution, 17 % dans les Banques-Assurances, 26 % dans les Services, et 37 % dans l'Industrie) ont répondu à cet appel qui a permis, depuis son lancement, d'instaurer un dialogue régulier et constructif, d'alimenter des guides d'information qui recensent les actions mises en œuvre pour promouvoir l'égalité.

### 1- Progrès notables

*Les démarches d'évaluation de la politique de prévention mise en place au sein des entreprises sont en nette progression*[938]. En effet, d'année en année, les politiques de prévention des discriminations sont de mieux en mieux formalisées. De même, les audits ressources humaines sont de plus en plus nombreux. La pérennisation accrue des actions de formation témoigne de la volonté des entreprises de s'engager davantage dans la lutte contre les discriminations dans le travail. 91 % des entreprises qui ont répondu à la HALDE déclarent avoir pris des engagements en matière de prévention des discriminations et de promotion de l'égalité. 71 % des entreprises déclarent procéder aux évaluations des actions menées. Elles témoignent ainsi d'une volonté d'inscrire cette préoccupation dans la durée. L'Oréal par exemple, finalise la création d'un bilan qui regroupe une centaine d'indicateurs qualitatifs et quantitatifs couvrants l'ensemble des leviers d'actions[939] et des critères pour lesquels il s'est engagé[940]. Les indicateurs sont de deux ordres. Les indicateurs de résultat d'une part et les indicateurs de moyens d'autre part. Ce bilan permettra d'avoir une vision panoramique et systémique[941] des engagements, des actions et des résultats qualitatifs et quantitatifs, dans une démarche d'analyse critique et prospective[942], avec comme vocation d'être étendu à l'international. De 2005 à 2008, le Club Méditerranée a participé au projet portant sur des actions visant l'égalité sans distinction de race, de religion ou d'origine, dans l'emploi et les services[943], afin de faire avancer la réflexion sur les pratiques non-discriminatoires au sein des entreprises et des collectivités publiques. Dans ce cadre, des recherches d'envergure ont été réalisées, comme une étude patronymique pour évaluer l'impact du prénom sur le recrutement, la rémunération et l'évolution de carrière. Agréées par CNIL, de telles études et à cette échelle, conduites sur les fichiers du personnel et des candidats de l'entreprise, constituent une première. Le Club Méditerranée élabore un plan d'action à la suite des 20 préconisations issues de ce diagnostic.

*Quelques accords sur la prévention des discriminations sont intervenus dans le cadre du développement du dialogue social*. Les obligations légales de négocier ont joué un

[938] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 7.
[939] Recrutement, formation, management, gestion de carrières, communication.
[940] Age, origine sociale et ethnique, genre, handicap et nationalité.
[941] En incluant toutes les parties prenantes et les partenaires sur le sujet dans une logique d'écosystème.
[942] Plans et objectifs à 5 ans.
[943] Projet AVERROES.

rôle important dans ce sens[944]. 89 % des entreprises qui ont répondu à la HALDE déclarent prendre en compte la prévention des discriminations et la promotion de l'égalité dans le dialogue avec les partenaires sociaux. Toutefois, le dialogue social sur les critères de non-discrimination progresse lentement. De manière générale, il convient de rappeler que, au-delà des engagements, la définition des moyens, des indicateurs, des outils de suivi affectif est primordiale. Par exemple, les accords sur l'égalité, la non-discrimination et la diversité sont assez rares[945]. En avril 2010, la direction et les syndicats de HEWLETT PACKARD France ont signé un accord sur l'égalité professionnelle comportant un important volet salarial. Il comporte des points importants tels, l'engagement d'un budget de un million d'euros pour combler les écarts salariaux entre les femme et les hommes[946], le cofinancement de l'audit de leur rémunération par un expert choisi par les institutions représentative du personnel ; la construction conjointe d'une méthodologie d'approche collective; la mise en place d'une commission paritaire pour les saisines individuelles[947].

*Les techniques d'évaluation[948] de la prévention des pratiques discriminatoires au sein des entreprises ont évolué et doivent être maintenues et encouragées[949].* En effet, 84 % des entreprises déclarent mener des diagnostics sur le handicap, la diversité ou même sur l'égalité professionnelle pour détecter les éventuelles pratiques discriminatoires. ORANGE par exemple, a réalisé un audit sur le fait religieux afin de dresser un état des lieux sur la liberté de croyances et les pratiques religieuses dans ses structures. Les résultats obtenus sont venus enrichir le "*questions/réponses managers".* Elles permettent la mise en place de réponses appropriées à ces situations à travers notamment une boîte à outils dédiés à cette fin et une formation spécifique. Il convient également de souligner le fait que de nouvelles entreprises ont sollicité et obtenu le "*Label Diversité"* que nous analyserons dans les lignes à venir de notre développement. D'autres souhaitent se lancer dans cette même démarche de labellisation perçue comme structurante et un facteur d'amélioration continue.

---

[944] Obligation légale de négocier sur l'égalité professionnelle, le handicap et l'emploi des seniors.

[945] PSA PEUGEOT CITROEN (2004), ACCOR (2006), CASINO (2005), AXA (2006 avenant 2009), DANONE (2007), EAU DE PARIS (2004), ESSILOR INTERNATIONAL (2002), GDF-SUEZ (2007), SAFRAN (Snecma 2006), TOTAL (2005), CARREFOUR (2008), GROUPAMA (2008), REMY COINTREAU (2008). Les accords (2009/2010) : AGRICA (2010), GEODIS (2009), GENERALI FRANCE (2009), MACIF (2006).

[946] Mesure qui vient s'ajouter à l'augmentation de 1,2 % déjà mise en œuvre en 2009 auprès de 100 salariés.

[947] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 8.

[948] Diagnostic, audits, et *testing*..

[949] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 9.

*L'objectivisation et la traçabilité des procédures Ressources Humaines sont des enjeux majeurs*[950] *tant au niveau du recrutement que de la gestion de carrière intégrés par la plupart des grandes entreprises*. En effet, 83 % des entreprises font preuve de vigilance et signalent des pratiques qui visent à objectiver et sécuriser leurs procédures de gestion des ressources humaines. Quelques entreprises ont expérimenté le CV anonyme. La majorité d'entre elles estiment que les résultats de cette expérimentation apportent des éclairages sur comment le recours à l'anonymisation peut contribuer à prévenir les discriminations à l'embauche. D'autres exemples d'outils peuvent être également cités. Chez BNP Paribas par exemple, un outil *Expresso* a été mis en place pour détecter les mots étant potentiellement discriminatoires dans un entretien de recrutement. Chez LVMH-VEUVE CLICQUOT/MOET ET CHANDON a été mise en place dans le cadre du processus de recrutement, la méthode dite des "*dimensions ciblées*". Cette méthode analyse avec détail les situations rencontrées, les tâches accomplies, les actions engagées et les résultats obtenus pour vérifier la maîtrise des compétences identifiées nécessaires à la bonne tenue des postes. Elle permet par ailleurs de standardiser les comptes-rendus d'entretien et de les objectiver, dans le but de réduire les discriminations inconscientes.

*Les entreprises ont bien compris l'importance des actions de sensibilisation et de formation qui sont de leviers cruciaux*[951]*.* 90 % d'entre elles déclarent mettre en place des actions de sensibilisation et de formation. Ce sont les mesures généralement le plus suivies par les grandes entreprises. Plusieurs parmi elles se sont dotées d'un Responsable diversité, ont tissé des réseaux de correspondants sur le terrain et dans les différentes entités/filiales de l'organisation afin de permettre une bonne circulation de l'information et de faciliter par là le partage d'initiatives. D'autres entreprises ont mis en place des outils complémentaires. Pour 85 % des entreprises ayant lancé des actions, les publics visés sont principalement les services de ressources humaines et les managers. Ces derniers sont une cible privilégiée en matière de formation. Les organisations syndicales y sont en revanche peu associées parce qu'elles organisent leurs propres formations en matière de lute contre les discriminations. Plusieurs approches sont donc possibles : la sensibilisation à la diversité ainsi qu'au droit de la non-discrimination et des approches plus ciblées sur l'égalité hommes/femmes, ou celles sur le handicap. Par exemple chez BNP, la journée dite "*La journée des enfants*" a été mise

[950] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 12.
[951] *Idem*, p. 10-12.

en place dans le cadre de la Charte de la parentalité signée en 2008 par le Groupe. Diverses initiatives originales impliquant les enfants des collaborateurs ont été mises en place en fin d'année, sur le thème de la parentalité. Ces actions font évoluer les représentations liées à la parentalité et permettent de sensibiliser les collaborateurs sur l'équilibre entre vie privée et vie professionnelle. De même, La Poste organise, depuis 2009, des assises ayant comme thème le "*Développement responsable*" dont l'un des principaux points est la diversité et l'égalité professionnelle, notamment la conciliation entre vie privée et vie professionnelle. En 2010, MICHELIN a lancé, pour compléter de la base internationale d'échanges de bonnes pratiques Diversité, un blog Diversité. VEOLIA a, pour sa part, fait participer pendant 5 jours 130 de ses dirigeants à un blog de discussion sur la féminisation et l'internationalisation des profils des Top Managers. Le Groupe a également intégré un outil de sensibilisation afin de mesurer les stéréotypes et les préjugés dans l'offre de formation initiale et continue de leur réseau Campus. Cet outil, développé sous la forme de test d'autoévaluation mis en ligne, a été élaboré en partenariat avec l'Observatoire national des discriminations. Le test portait sur quatre domaines: le handicap, l'âge, l'origine, l'égalité hommes/femmes. Les résultats ont servi de support à des échanges permettant une prise de conscience des stéréotypes et des préjugés que les personnes ont . C'est là, le premier pas vers l'égalité de traitement. Cet outil est utilisé dans les quatre divisions, dans le réseau des Campus et au siège du Groupe. En 2009, les publics prioritaires étaient les responsables en ressources humaines, le réseau diversité et les élus. En 2010 la sensibilisation a été maintenue aux managers.

*Les partenariats restent un véritable appui pour les entreprises*[952], notamment en matière de diversification du *sourcing* et dans la perspective de recherche des talents. Ils permettent d'inscrire les actions et la politique dans la durée. Les entreprises soulignent le développement sans cesse croissant des partenariats dans ce domaine. En effet, 81 % des entreprises déclare avoir mobilisé des partenaires nationaux et locaux tels des associations spécialisées dans le handicap ou la diversité, les pouvoirs publics, l'éducation nationale, les agences d'intérim, afin de favoriser l'égalité des chances. Les partenariats permettent ainsi de répondre au besoin de diversification des sources de recrutement des entreprises. Mais le CARC relève et insiste sur le fait qu'il reste encore des thèmes qui doivent être améliorés.

[952] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 15.

**2- Thèmes à améliorer**

Il ressort des échanges entre les entreprises avec la HALDE sur leurs pratiques de lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans les entreprises, qu'il existe encore beaucoup de thèmes qu'il conviendrait d'améliorer. En effet, la prise en compte des critères de discrimination et de l'égalité dans le dialogue social n'est pas systématique. Elle varie trop souvent en fonction des contraintes légales. Le dialogue social sur la prévention des discriminations, la mise en place de recours pour les salariés qui en sont victimes et la responsabilisation du management sont des actions qui touchent à l'organisation du travail. L'efficacité d'une politique de prévention des discriminations passe par l'implication réelle et effective de tous les acteurs dans l'entreprise.

*L'évaluation et la responsabilisation du management restent à travailler puisque rares sont les éléments concrets mis en application par les entreprises*[953]. A ce niveau, on une réelle stagnation. Seulement 55 % des entreprises communicantes ont déclaré prendre en compte le respect de la non-discrimination dans l'évaluation de managers. Certaines s'y sont essayées notamment sous l'influence de leurs implantations anglo-saxonnes, en fixant des objectifs en lien avec la promotion de la diversité, et en déterminant, pour partie, leur rémunération variable. En fonction des domaines de responsabilité, on trouve des critères comportementaux[954] ou conditionnés à la mise en œuvre de plans d'action et d'objectifs chiffrés[955]. Les objectifs ne concernent parfois qu'un seul critère en particulier. C'est le cas par exemple, d'une évaluation spécifique portant sur le management de la mise en œuvre des actions prévues dans l'accord égalité entre les femmes et les hommes. C'est également le cas lorsque, à compétences égales, l'attention du manager est sollicitée pour favoriser la féminisation des emplois cadres dans les domaines techniques notamment. Les actions de sensibilisation dans les parcours de formation de l'encadrant[956] sont les plus nombreuses à être signalées par les entreprises. Les managers sont généralement sensibilisés pour fixer des objectifs tenant compte du handicap du collaborateur. Des guides sur la parentalité, le handicap ou le recrutement sont distribués aux managers.

[953] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 13.
[954] Respect, climat d'inclusion, ouverture.
[955] Pourcentage de femmes, de personnes handicapées ou dans l'équipe ou dans les promotions, etc.
[956] Sur le sujet de la diversité, la non-discrimination et l'égalité homme/femme.

*La mise en place des dispositifs d'alerte, pour prévenir et/ou traiter les cas de discrimination ou de harcèlement, reste à améliorer*[957]. En effet, les modalités de leur mise en œuvre sont complexes. Seules 59 % des entreprises disent mettre en place des dispositifs de recours interne visant à signaler et traiter ces cas. Les entreprises ont pris conscience du risque de discrimination. Elles s'intéressent à la mise en place d'une instance de traitement des situations discriminatoires dans l'entreprise. C'est ce que préconisent la HALDE et l'OIT dans le cahier des charges du Label Diversité. Plusieurs projets sont actuellement à l'étude, parfois en concertation avec les organisations syndicales. La formalisation d'un tel dispositif est cependant complexe et doit être adaptée au contexte et à l'organisation de l'entreprise, en tenant compte des outils déjà existants. Les entreprises citent des comités d'éthique ou des procédures d'alerte qui, en principe, ne traitent pas des cas de discrimination. D'autres signalent aussi des commissions paritaires de recours telles que prévues par les accords sur l'égalité professionnelle. Les dispositifs *ad hoc* sont rares. Il faut noter que le cadrage est difficile à trouver, les préconisations en matière de protection des données personnelles ne permettant pas la mise en place de tels dispositifs sans autorisation préalable. Aujourd'hui, seules les alertes professionnelles, - signalant des manquements graves en rapport avec les domaines comptable, financier, bancaire, et de lutte contre la corruption, ou en relation avec des faits relevant du respect des règles en matière de concurrence -, demeurent visées par cette autorisation. Cependant, la CNIL étudie au cas pas cas, lorsque les entreprises la sollicite, la possibilité d'inclure la non-discrimination et le harcèlement dans leurs dispositifs d'alerte professionnelle.

*L'application, aux fournisseurs et prestataires notamment les intermédiaires de l'emploi, des exigences de non-discrimination n'est pas satisfaisante parce qu'elle n'est pas systématisée et nécessite l'engagement et l'implication des acteurs extérieurs*[958]. En effet, seul 62 % des entreprises communicantes ont déclaré la prise en considération du respect du principe de non-discrimination dans les relations avec leurs fournisseurs et prestataires. Certaines entreprises cherchent à responsabiliser, sensibiliser et associer leurs fournisseurs et prestataires dans la prévention des discriminations et la promotion de l'égalité. Elles le traduisent par une vigilance accrue sur le respect des engagements pris par l'entreprise. Les audits, les questionnaires d'évaluation et les critères de sélection dans les appels d'offre en

[957] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 13.
[958] *Idem*, p. 14.

témoignent. TF1 a envoyé, par exemple, à se fournisseurs et prestataires un questionnaire pour vérifier les engagements des partenaires en matière de prévention des discriminations et d'égalité des chances. De même, la Caisse des dépôts et des consignations a inclut, dans ses appels d'offre auprès des cabinets de recrutement externes, une clause de diversité qui prévoit que ces derniers soit doivent avoir signé la Charte de la diversité, soit doivent avoir engagé des actions relatives à la diversité.

*Si généralement des actions en faveur de la prévention des discriminations dans les entreprises sont menées, il convient cependant d'attirer l'attention sur le fait qu'elles ne portent majoritairement que sur le handicap et l'égalité professionnelle*. En effet, 66 % des entreprises déclarent mener des actions en direction de certaines personnes susceptibles d'être discriminées. L'égalité professionnelle et le handicap restent les thèmes privilégiés d'action pour les entreprises : 63 %[959]. En ce qui concerne l'égalité professionnelle, peu de nouveautés peuvent être signalées dans les actions valorisées par les entreprises, si ce n'est la poursuite des actions en faveur de la mixité des métiers et la signature d'autres accords. Des efforts sont également poursuivis relativement au handicap, pour lequel les actions de sensibilisation sont toujours plus nombreuses. En termes de recrutement de personnes en situation de handicap, il faut noter que le suivi de leur candidature et les partenariats avec les associations ou prestataires spécialisés se pérennisent. Certaines entreprises s'appuient sur le levier de la formation, via le tutorat ou la mise en place de parcours de formation en alternance, pour faciliter la qualification des personnes handicapées. Les critères d'origine, convictions religieuses et orientation sexuelle sont traités dans les actions menées dans le cadre plus général de la lutte contre les discrimination et la promotion de l'égalité. ORANGE a par exemple signé en mars 2009 avec 5 entreprises du secteur des nouvelles technologies le Code des bonnes pratiques, pour inciter les femmes scientifiques à faire carrière dans le secteur des technologies, de l'information et des communications. Le Groupe s'est engagé dans plusieurs initiatives telles que la participation à une étude de l'Ecole de Management de Lyon sur les facteurs déterminants de la carrière scientifique chez les femmes Ingénieurs d'ORANGE ; le programme européen de "*Shadowing" où* une collégienne accompagne une femme Ingénieur pendant une journée de travail en entreprise, afin de pouvoir se projeter dans une carrière scientifique ; le projet "*1000 ambassadrices de Sciences*" en partenariat

[959] CARC/HALDE, *op. cit.*, p. 16.

avec des associations de femmes Ingénieurs, scientifiques ou mathématiciennes, où ce sont des salariées du Groupe qui interviennent dans les lycées parisiens pour faire part de leurs expériences et chasser les idées reçues selon lesquelles les femmes ne sont pas faites pour les sciences. La Division de Produits Grand Public France a, pour sa part, lancé l'opération "*Handicap Première Chance*" en partenariat avec le Groupe CASINO. L'Oréal s'est engagé à financer les études d'une dizaine de jeunes personnes handicapées afin de leur permettre d'obtenir une Baccalauréat Professionnel en Commerce et Service, option Beauté. Ainsi, ces jeunes vont suivre une formation continue au métier de Chef de rayon Hygiène/Beauté sur une période de 24 mois. CASINO, en partenaire de l'opération, va leur permettre d'acquérir une première expérience professionnelle en magasin qui peut, au final, aboutir à une offre d'emploi. L'association HANGAGES qui regroupe 12 grandes entreprises, fut créée en mai 2009 pour mener une réflexion commune, partager les expériences et les bonnes pratiques en faveur de l'emploi des personnes en situation de handicap. De son côté, CASINO a conçu un Guide au profit des managers, des gestionnaires de ressources humaines, des médecins du travail ainsi que des organismes de placement, de formation ou de réadaptation. Ce guide prend en compte la spécialité des métiers de l'entreprise en se basant sur un recueil d'expériences d'emploi d'une centaine d'établissements. Très détaillé, il propose plusieurs "*outils d'aide à l'action*" à partir notamment de cas pratiques, de pistes de solutions et des fiches emploi-type[960]. PSA PEUGEOT CITROEN mène de son côté, avec d'autres entreprises, une étude sur l'orientation sexuelle. Cette étude a pour objectif principal de réaliser un état des lieux des représentations des salariés sur la question de l'orientation sexuelle au travail, ainsi que sur le genre et le handicap, qui ont déjà été pris en compte dans la politique de diversité du Groupe. Cette étude devrait alors déboucher sur des actions de sensibilisation, de formation et d'inscription dans la politique de diversité. EDF et CASINO ont aussi réalisé des Guides-management de proximité sur la gestion du fait religieux dans l'entreprise. Ces Guides répondent à la nécessité de donner des éléments de cadrage sur le droit, les bonnes pratiques managériales ainsi que la gestion des situations difficiles à partir d'exemples très concrets. En effet, même s'il est vrai que le Management est généralement sensibilisé sur la problématique de la discrimination à l'embauche et dans le travail, cela n'empêche pas qu'il puisse être dépourvu lorsqu'il doit faire face à une situation particulière pouvant se révéler conflictuelle.

[960] http://www.groupe-casino.fr/IMG/pdf/FeuilleDeRoute_EmployeurEngage.pdf

**B- Curriculum Vitae anonyme : au service de l'égalité des chances !?**

Les procédures de recrutement exigent dans leur déroulement, que le candidat envoie son Curriculum Vitae accompagné d'une lettre de motivation à l'employeur. Lorsque la CV du candidat est retenu, intervient alors un entretien d'embauche qui débouchera sur le recrutement du candidat. Certaines entreprises ont souhaité intervenir, pour prévenir les actes discriminatoires à l'embauche, dès réception des CV des candidats puisque c'est déjà à ce moment de la procédure d'embauche qu'interviennent les discriminations. Le concept du Curriculum Vitae anonyme (**1**), son utilisation dans l'emploi (**2**), et les interrogations qu'il soulève en termes d'espoir et de désillusion (**3**), nous permettront de faire le point et ainsi de nous faire une idée précise sur cet instrument présenté comme état l'un des plus aptes à prévenir la discrimination à l'embauche dans l'entreprise ainsi qu'à promouvoir l'égalité des chances dans l'accès à l'emploi.

**1- Concept du Curriculum Vitae anonyme**

Le Curriculum Vitae, connu sous le sigle CV qui en latin signifie "*chemin de vie*" ou "*course de vie*", est un document détaillant le parcours d'une personne. Généralement, il fait état du parcours scolaire et professionnel d'une personne, de sa compétence pour un poste de travail à pourvoir. Il représente d'ailleurs le point de jonction entre l'offre et la demande. Si le CV peut également se prêter à d'autres usages comme celui de se présenter à un groupe de personnes, son rôle majeur se situe au niveau de la recherche d'un emploi. Les informations qu'il communique doivent porter sur l'état civil du candidat à l'emploi, son cursus professionnel[961], sa formation et ses diplômes en rapport avec la situation[962], toutes ses compétences particulières[963] éventuellement développées à titre personnel[964], et ses activités extra-professionnelles comme son investissement dans le milieu associatif ou ses

[961] Dates de début de l'expérience professionnelle, durée pour les stages inférieurs à un an, fonctions occupées, noms des entreprises dans lesquelles il a travaillé, le secteur d'activités, les effectifs de l'entreprise et son chiffre d'affaires annuel, enjeux du poste, performances, résultats obtenus et réalisations, quantitatifs ou qualificatifs, etc.
[962] Cursus scolaire, universitaire, formation professionnelle continue, etc.
[963] Savoirs, savoirs faire et savoir être.
[964] Langues parlées et écrites avec le niveau, détention d'un permis de conduire, une qualification particulière, maîtrise des outils informatiques.

loisirs[965] surtout en se posant la question de la pertinence. La pratique d'un sport d'équipe par exemple est un point positif pour un cadre désirant travailler en entreprise.

Lorsqu'il devient anonyme, ceci contrairement aux us et coutumes relatives à sa rédaction et aux mentions qu'il doit mettre en évidence, le Curriculum Vitae ne comporte aucune information permettant d'identifier le postulant qui en est l'auteur. L'intérêt de ce procédé est de ne pas permettre à l'employeur de se focaliser sur des caractéristiques non-objectives telles qu'identitaires du postulant, pour ne prendre en compte que les uniques compétences de celui-ci dans son choix final de l'embaucher ou pas ; mais en les mettant toujours en adéquation avec les compétences exigées pour le poste à pourvoir. *In fine*, ceci permettrait de prévenir les discriminations à de l'embauche. En effet, l'idée du CV anonyme a été lancée par Claude BEBEAR, président du conseil de surveillance chez AXA assurances et président du groupe IMS- Entreprendre pour la Cité[966], dans un rapport réalisé en 2004 intitulé "*Des entreprises aux couleurs de la France*"[967], dans le but de favoriser la diversité des recrutements pour lutter contre la discrimination à l'embauche. L'intéressé suggérait le traitement anonyme des Curriculum Vitae, entendu comme des CV épurés du nom, de l'âge et de l'adresse des postulants, pour ne faire mention que de leurs parcours professionnel, afin de leur permettre de franchir la barrière du premier entretien. Toutefois il n'existe pas de définition légale du CV anonyme, qui permettrait de déterminer de façon très précise les informations qui ne doivent pas figurer dans le CV lorsqu'il devient anonyme. L'association

[965] Sport, culture, voyages.

[966] IMS-Entreprendre pour la Cité est un organisme dont la mission est d'aider les entreprises membres à développer leur engagement social, c'est-à-dire à prendre des initiatives qui favorisent la cohésion et l'équité sociale sur les territoires où elles sont implantées, par entre autres, la promotion de la diversité et la lutte contre les discriminations, les politiques d'insertion et d'accès à l'emploi des publics en difficulté, le mécénat et les partenariats de solidarité avec le monde associatif, les innovations en faveur des clients pauvres ou fragilisés, le soutien au développement socio-économique local. Plus largement, l'association invite les entreprises à ouvrir de nouvelles voies de collaboration avec les autres acteurs de la cité, dans une logique d'intérêt partagé. L'organisme, qui regroupe plus de 200 entreprises, a été créé en 1986 et est toujours présidé par Claude BEBEAR, et héberge depuis septembre 2005, le Secrétariat général de la Charte de la diversité antérieurement étudiée (qui a pour mission rappelons le de promouvoir la Charte de la diversité en entreprise. Son président rappelle toujours que le rôle de l'entreprise n'est pas seulement économique. Chaque entreprise doit pouvoir s'investir avec les moyens dont elle dispose afin que la Cité se porte mieux. Sa mission étant d'encourager les entreprises à intégrer dans leur Politique de Responsabilité Sociale (RSE), des démarches sociétales innovantes. www.imsentreprendre.com.

[967] BEBEAR (C.), *Des entreprises aux couleurs de la France- Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l' emploi et de l'intégration dans l'entreprise*, Rapport au Premier Ministre, La Documentation française, 2004 (novembre), p. 21. « *Constitue une proposition sur les initiatives que l'entreprise peut prendre seule dans le but de réduire les discriminations à l'embauche et dans l'évolution des carrières des personnes diplômées et/ou qualifiées issues des minorités visibles, le fait de permettre aux concitoyens issus des minorités visibles d'accéder à un premier entretien d'embauche à égalité avec les autres candidats en rendant systématiquement anonymes les CV* ».

A COMPETENCE EGALE propose à cette fin, la définition selon laquelle *le CV anonyme est un CV classique qui ne comporte aucune information ou élément pouvant, le cas échéant, conduire directement ou indirectement un e-recruteur à écarter un candidat ou candidate d'un dispositif de recrutement pour un motif discriminatoire.* Sont ainsi écartés, le nom et le prénom, le sexe, l'âge, la photographie, l'adresse, la situation de famille, et la nationalité. Le CV anonyme est un moyen de communiquer un engagement clair et visible : l'égalité des chances dans l'accès au premier entretien d'embauche. Il a donc pour vocation première d'éviter des éventuelles discriminations liées à la personne du candidat. Le Code du travail dispose que les informations demandées au candidat à l'emploi ou au salarié, sous quelque forme que ce soit, ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct, nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à l'emploi ou le salarié est tenu d'y répondre de bonne foi[968]. De même, dans les entreprises de cinquante salariés et plus, ces informations doivent être examinées dans des conditions préservant l'anonymat du candidat. Les modalités relatives à son application sont déterminées par décret en Conseil d'Etat[969]. Il en résulte que les informations qui ne devraient pas y être mentionnées sont notamment le nom, le prénom, le mail, l'adresse, le sexe, l'âge ou la date de naissance, la nationalité, la situation de famille et la photographie du candidat. Seuls la formation du candidat au recrutement et son parcours professionnel, sont indiqués à titre de renseignements.

### 2- Utilisation du Curriculum Vitae anonyme par les entreprises

Concernant les modalités de sa mise en application, la pratique recommanderait une anonymisation des Curriculum vitae, laquelle serait alors antérieure à la transmission de ceux-ci aux différents employeurs potentiels qui ont fait paraître une offre d'embauche. Deux possibilités pourraient être alors à envisagées : la première consiste en l'envoi, par le candidat à l'embauche, d'un CV classique donc non anonyme à un Directeur des Ressources Humaines ou DRH, un cabinet de recrutement ou un Pôle emploi participant à l'opération :

[968] Article L. 1221-6 du Code du travail.
[969] Article L. 1221-7 du Code du travail, tel qu'issu de l'article 24 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l' égalité des chances. JORF n° 79 du 2 avril 2006, page 4950, texte n° 1.

ces intermédiaires se chargeront de rendre le curriculum vitae anonyme, grâce à un logiciel spécifique, avant de le transmettre au recruteur ; la seconde consiste, pour le candidat, en le fait qu'il anonymise lui même son CV. Pour le faire, le candidat devra alors uniquement indiquer ses compétences et son parcours professionnel s'il en en déjà un, son numéro de téléphone et/ou son adresse mail à condition que cette dernière soit neutre. Une fois qu'il est rendu anonyme et que la candidature a retenu l'attention du recruteur, le candidat sera convoqué pour un premier entretien d'embauche au cours duquel l'anonymat sera levé. Ce qui bien sûr, n'implique en aucun cas une embauche définitive et encore moins l'absence de discrimination dans la suite de la procédure.

La loi pour l'égalité des chances a certes rendu obligatoire le CV anonyme pour postuler dans les entreprises de plus de cinquante salariés, mais en renvoyant les modalités concrètes de sa mise en œuvre à la parution d'un décret d'application. Malheureusement à l'heure actuelle, aucun décret permettant son application n'a jamais été publié. Le patronat s'est toujours montré hostile à cette mesure qu'il juge d'ailleurs contraignante, et un grand nombre d'entrepreneurs considère le CV anonyme comme un gadget[970]. L'accord national interprofessionnel signé par les partenaires sociaux le 11 octobre 2006 prévoyait que le CV anonyme soit d'abord essayé dans les entreprises volontaires et fasse ensuite l'objet d'un bilan d'application au plus tard le 31 décembre 2007. Là encore, aucune évaluation n'a été faite. Peu d'entreprises l'utilisent comme mode de recrutement. Seules quelques grandes entreprises comme L'Oréal, ACCOR, AXA, La SNECMA ou PSA-Peugeot Citroën en ont fait l'usage. Pour AXA par exemple, qui l'utilise pour recruter ses commerciaux depuis 2005, «*le CV anonyme a permis de marier dimension éthique avec performance économique, dans la mesure où les commerciaux représentent notre plus gros volume de recrutements et sont à l'écoute des besoins de nos clients* ; *leur diversité doit correspondre à celle de la population française ; nous sommes ainsi plus à même de comprendre et d'accompagner nos clients et, par conséquent, de gagner des parts de marché* » explique Jad ARISS, Directeur national des ressources humaines chez AXA France. Concrètement, l'anonymisation du CV s'y fait par le biais d'un logiciel, qui masque le nom, la nationalité, le sexe, la date de naissance, l'âge et l'adresse. Puis il est transmis au recruteur. Son jugement se fonde alors uniquement sur la formation et l'expérience professionnelle. Par conséquent, la barrière du premier entretien

[970] VAN EECKHOUT (L.), *Relance du CV anonyme, outil de lutte contre la discrimination à l'embauche*, in *Le Monde société* du 03/11/2009.

est levée. Mais consciemment ou inconsciemment, il ne faudrait pas négliger le fait que les recruteurs et les managers peuvent avoir des préjugés quand ils rencontrent, CV complet en main, les candidats sélectionnés. Jad ARISS le reconnaît et insiste sur l'accent mis sur la formation des postulants et sur leur sensibilisation à la diversité. Sur les 800 commerciaux recrutés en 2009, 20 % sont passés, en toute connaissance de cause, par le CV anonyme. En effet, le site internet d'Axa France précise expressément aux postulants qu'ils rentrent dans un processus d'anonymisation de leur candidature. Jugée concluante, cette première a été généralisée chez AXA France, depuis octobre 2009, pour tous les postes à pourvoir[971].

Soucieux d'avancer sur le terrain de la diversité, qu'il a toujours disputé avec la Gauche française, le Président de la République Nicolas SARKOZY avait voulu relancer cette mesure. Dans son allocution du 17 décembre 2008 prononcée à l'Ecole polytechnique, il a souhaité que le CV anonyme devienne un reflexe pour tous les employeurs, qu'il soit alors expérimenté, sur la base du volontariat, dans 100 entreprises. L'expérimentation devait se dérouler dans six régions[972], était ouverte à toutes les entreprises quelle que soit leur taille, aux sociétés du CAC 40 comme aux PME. Le pilotage de cette opération a été confié au Pôle emploi, son animation aux agences d'intérim ADECCO, ADIA et MANPOWER, ou encore l'un des douze cabinets de recrutement de l'association A COMPETENCE EGALE . Ces derniers étaient chargés d'anonymiser les CV reçus par les entreprises participantes, via des logiciels appropriés, en 2009[973]. Près d'une cinquantaine de sociétés s'y sont engagées. Celle-ci doit s'appliquer aux candidatures pour les offres d'emploi de toutes qualifications[974], exceptés les contrats en alternance. Le choix est laissé aux postulants de soumettre leur CV de façon anonyme ou non. Le gouvernement s'était d'ailleurs engagé à éventuellement généraliser le CV anonyme, à l'issue du bilan de cette première expérimentation d'envergure, en début d'année 2010. Une fois de plus encore ce bilan n'a jamais eu lieu.

---

[971] AXA embauche environ 1 000 collaborateurs en CDI par an et reçoit environ 50 000 candidatures dont 50 % sur son site emploi. Les autres candidatures proviennent de sites spécialisés, de candidatures spontanées par e-mail et des forums de recrutement. AXA réalise aujourd'hui plus de 20 % de ses recrutements de commerciaux en ayant recours au CV anonyme.

[972] A paris, en Seine-Saint-Denis, dans le Nord, dans le Bas-Rhin et la Loire-Atlantique.

[973] Lancement du CV anonyme le 3 novembre 2009 à l'Assemblée nationale par Laurent WAUSQUIEZ (Secrétaire d'Etat à l'emploi), Yasid SABEG (Commissaire à la diversité et à l'égalité des chances), Xavier DARCOS (Ministre du travail) et Eric BESSON (Ministre de l'Immigration), Christian CHARPY (DG Pole Emploi), Patrick OLLIVIER (DRH ACCOR), et, en maître des cérémonies, Alain GAVAND (Président de l'association A Compétence Egale).

[974] Les contrats à durée indéterminée, les contrats à durée déterminée et les contrats d'intérim.

Dans une logique comparative, il est intéressant de noter que l'utilisation du CV anonyme n'est pas courante[975]. En effet, l'examen des règles en vigueur et relatives au CV anonyme en Espagne, Grande-Bretagne, Allemagne, Belgique, Suède et Suisse, révèle que : pour la Grande-Bretagne, les Pays-Bas, la Suède ou la Suisse, où le CV anonyme a fait l'objet de réflexions et d'expérimentations, l'obligation l'égale d'y recourir n'a jamais été retenue contrairement en France où elle existe pour certaines entreprises, même si faute de décret d'application elle reste lettre morte ; la Belgique seule en a fait usage, de manière officielle, pour le recrutement du personnel contractuel de l'administration fédérale ; en Allemagne où la loi générale sur l'égalité de traitement date du 14 août 2006[976], aucune disposition ne fait référence au CV anonyme. La Commission européenne considère d'ailleurs que cette loi ne transpose pas complètement les directives européennes. En 2007, un rapport émanant de l'Organisation de coopération et de développement économiques[977] relatif à l'insertion des immigrants sur le marché du travail en Allemagne, souligne que la politique allemande d'intégration des étrangers ne porte pas sur les mesures de lutte contre les discriminations, mais plutôt sur l'apprentissage de la langue et sur la formation scolaire et professionnelle. Il n'y a pas donc eu d'expériences notables de recours au CV anonyme en Allemagne[978].

### 3- Curriculum Vitae anonyme : entre espoirs et désillusions

Derrière l'anonymisation du Curriculum Vitae, réside un enjeu très important : la prévention des discriminations à l'embauche. Les cabinets de conseil en recrutement réunis dans l'association A COMPETENCE EGALE, très engagée dans la lutte pour l'égalité des chances, a mené une étude approfondie et complète sur la question de l'anonymisation du CV en 2009, mettant ainsi en exergue ses avantages et ses inconvénients sous l'angle des candidats au recrutement dans un premier temps et ensuite sous l'angle des recruteurs. Les avis sont très partagés, d'où l'intérêt des les préciser[979].

---

[975] Sénat français /Services des études juridiques, *Le curriculum vitae anonyme*, Etude de législation comparée, n° 203, décembre 2009.
[976] La "*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*"(AGG) du 14 août 2006.
[977] OCDE.
[978] OCDE, *The Labour Market Integration of Immigrants in Germany*, Papers n° 47, June 2007.
[979] A COMPETENCE EGALE, *Les avantages et les inconvénients du CV anonyme : des arguments techniques et politiques*, Rapport sur le CV anonyme, 10 juin 2009.

En termes d'avantages pour les candidats à l'emploi, *le CV anonyme représente un outil qui garantie l'égalité de traitement en raison d'un sélection effectuée sur la seule compétence*. En effet, le traitement du CV anonyme ne s'effectuera que sur l'analyse des compétences des candidats, ce qui élimine ainsi les risques de discrimination, volontaire ou inconsciente, due à des considérations d'ordre personnel et non pertinentes au regard du poste de travail à pourvoir. Ce point est très important, puisque c'est lors de l'analyse et du tri des CV, qu'interviennent beaucoup de discriminations à l'embauche. *La standardisation de la présentation des candidatures est un atout supplémentaire pour prévenir les cas de discrimination*. Tous les dossiers sont construits selon les mêmes critères qui correspondent aux compétences nécessaires pour la bonne tenue du poste de travail. Lorsqu'il est rendu anonyme, *le CV favorise la mise à mal ou la fin de l'autocensure pour les candidats*. Bien des candidats s'autocensurent, persuadés que leur âge, leur sexe ou leurs origines sont la cause du rejet de leur candidature dès le tri des CV. Ils estiment qu'ils n'ont aucune chance alors d'obtenir un entretien d'embauche pour défendre leur candidature. Partant, il se mettent hors course. *Le CV anonyme favorise aussi la diminution du risque de "clonage"*. En effet, les candidats atypiques, notamment les seniors, peuvent mettre en valeur leur expérience, de façon plus probante dans un CV anonyme que dans un CV classique qui valorise souvent un parcours trop traditionnel. *La diminution du risque de fracture sociale est un autre point positif du CV anonyme*. D'un point de vue purement sociétal, il est clair que le CV anonyme permet à des populations considérées comme sensibles, de ne plus être ou tout le moins de ne plus se ressentir, dans une spirale de rejet systématique conduisant à l'autocensure. Le risque majeur de discrimination est ainsi éliminé et permet à toutes et à tous de tenter sa chance à égalité de traitement. Seules leurs compétences propres feront la différence. Le CV anonyme présente également de nombreux avantages pour les recruteurs. En effet, *il favorise une meilleure efficacité du "sourcing"*, en facilitant l'ouverture sur des populations au fort risque d'autocensure. Cela permet d'accroître le nombre, la diversité et la richesse des candidatures. *Il sécurise les opérations juridique de recrutement* en facilitant le travail des cabinets de recrutement et des consultants, puisqu'il supprime le risque de poursuites judiciaires lié à l'analyse des CV. *Il rend le travail des recruteurs plus confortable* parce qu'ils peuvent ainsi se concentrer sur l'adéquation des compétences des candidats avec celle qui sont requises pour le poste de travail à pourvoir. Ils ne sont ni perturbés par leurs préjugés ou la crainte de mal faire, ni par d'éventuelles pressions faites pas les entreprises clientes.

*Le CV anonyme permet un gain de temps considérable,* par la présentation standardisée des CV dans les opérations relatives à leur tri, en permettant de focaliser l'attention sur la mise en adéquation des besoins du poste et des compétences des postulants. Les recruteurs ne sélectionnent plus sur une présentation subjective, mais sur la base d'éléments factuels qui facilitent l'objectivité de leurs analyses. Cette approche contribue à une meilleure efficacité qui reste, in fine, l'objectif de tout recrutement.

Cependant, le CV anonyme comporte également certains inconvénients qu'on ne saurait minimiser. *En effet, demander aux candidats de masquer leur identité témoigne de l'existence d'un problème de fond : la réalité de la discrimination à l'embauche*. Même si le CV contribue à la prévenir, il ne suffit pas à l'éradiquer. *De plus, si les arguments en faveur du CV anonyme sont déjà sous-entendus par une politique d'égalité de traitement, il serait plutôt logique de valoriser les différentes caractéristiques d'un candidat surtout celles qui se rapportent à ses origines raciales ou ethniques*, afin de mener des actions positives. L'action positive étant la mis en œuvre de politiques cherchant à compenser une discrimination, par la mise en place de mesures améliorant les opportunités d'accès à l'emploi des membres d'un groupe discriminé, devient inopérante avec l'anonymisation des CV. *De même, si celui-ci permet de passer le premier obstacle et de décrocher un entretien d'embauche, il n'en met pas à l'abri et ne fait que reporter la discrimination à l entretien d'embauche, y compris la pré-qualification téléphonique* et peut servir de *bonne conscience* vis-à-vis des pratiques discriminatoires ultérieures. Les candidats le plus attachés à leur identité, leur singularité voire leur originalité, se sentent desservis par un CV anonyme qui, au final, occulte leur héritage culturel. De même, seuls les recrutements faits par annonce peuvent l'être par le biais du CV anonyme. Le fait de le généraliser induit une différence de traitement avec les autres formes de "*sourcing*" utilisées par les cabinets de recrutement comme par exemple les approches directes, la CV thèque, les sites emplois et les réseaux sociaux. L'utilisation du Curriculum Vitae anonyme ne pourra être réellement efficace qu'à la seule condition que la totalité des acteurs, qui interviennent dans les procédures de recrutement, l'utilisent. Dans le cas contraire, il aura inévitablement pour effet d'introduire des différences de traitement entre les candidats. Si l'anonymisation des CV est laissée au seul choix des candidats, seuls certains Curriculum Vitae seraient rendus anonymes. Le risque étant alors qu'ils paraissent suspects par rapport aux autres CV qui sont nominatifs.

D'autres inconvénients majeurs résultent des modalités d'anonymisation des CV. *Lorsqu'il est rendu anonyme au moment de la candidature*, le CV limite les relations avant l'entretien entre le candidat et le recruteur à des échanges pas mails cryptés. Ce qui rend complexe toute pré-qualification téléphonique, et entraîne une perte de temps mutuelle si l'entretien s'avérait finalement inutile. En effet, un échange téléphonique sans connaître l'identité du candidat ou de la candidate pourrait entraîner une rupture de l'obligation de confidentialité du cabinet - notamment dans l'hypothèse d'un contact avec un conjoint ou un collègue du ou de la candidate. Qu'il s'agisse d'un logiciel de transformation ou d'un masque de saisie, il existe un coût supplémentaire et une question liée à la compatibilité avec les logiciels en place, notamment la base de données. Lorsqu'il est rendu anonyme par un logiciel, le CV peut ne pas être en conformité et donc ne peut pas être pris en charge par tous les logiciels en raison de l'incompatibilité du logiciel d'anonymisation avec les différents formats[980], les éléments modifiables[981] et toutes les présentations du CV. Ils ne peuvent assurément pas tout corriger, par exemple la mention "*langue maternelle*", qui donne une information sur l'origine, n'est que rarement transformée en mention "*bilingue*" qui donne une information sur un niveau de maîtrise d'une langue. Lorsqu'il est rendu anonyme par un formulaire de saisie, le fait de passer plus de cinq minutes à saisir des informations dans un formulaire peut entraîner un risque pour les différents candidats en poste et en recherche passive de renoncer à postuler. Certains champs libres peuvent amener des candidats à indiquer des éléments à caractère discriminatoire les concernant. Enfin, *lorsqu'il est rendu anonyme au moment de son envoi au recruteur*, si ce dernier travaille avec des cabinets lui envoyant des CV anonymes et d'autres des CV nominatifs, il existe un risque que le traitement entre les différents dossiers ne soit pas le même et soit en défaveur des CV anonymes.

Les recruteurs ne s'accordent pas sur l'efficacité du CV anonyme pour prévenir la discrimination à l'embauche. Pour certains Directeurs des ressources humaines, l'impact du CV reste mitigé. En effet, nombreux sont les recruteurs qui le taxent d'outil hypocrite, démagogique, un truc médiatique issu du microcosme parisien, en somme l'exemple même de la fausse bonne idée [982], parce que ceux qui l'ont créé sont les premiers à être persuadés

[980] PDF, éléments mis en arrière plan, images, etc.
[981] Féminisation et périodes d'emploi notamment.
[982] TRENTESEAUX (J-J.), *Faut-il promouvoir le CV anonyme* ?, article Journal L'EXPRESS, rubrique Emploi et carrière, 14/02/2005. www.lexpress.fr/e,ploi-carrière/faut-il-promouvoir-le-cv-anonyme_487045.html.

de son inefficacité dans la mesure où s'il garantirait au moins l'accès au premier entretien d'embauche, il n'empêche pas une discrimination au sortir de celui-ci. D'autres considèrent que la discrimination à l'embauche est proportionnelle au niveau universitaire. Partant de ce constat, ils estiment qu'un Curriculum Vitae anonyme s'avère plus utile qu'une politique de discrimination positive. En effet, un employeur impressionné par la qualité d'un CV est plus enclin à aller au bout du processus de recrutement, quelque soit les particularités du candidat. Le CV anonyme aurait donc pour avantage principal de permettre aux employeurs de prendre le temps de parcourir les compétences de tout postulant. Ils partent du principe que, contrariés par le nom, l'origine ou tout autre renseignement sur le postulant, ils ne l' auraient pas étudié de la même manière. Aussi, Il est intéressant de nouer des partenariats avec des associations de lutte contre les discriminations ou des association qui œuvrent en faveur de l'insertion des jeunes. Mais il n'en demeure pas moins qu'un handicap véritable limite sérieusement l'efficacité du CV anonyme comme outil préventif dans la lutte contre les discriminations à l'embauche. En effet, l'employeur est obligé de rencontrer le candidat avant de l'embaucher par la signature du contrat d'embauche. A quoi bon alors utiliser le CV anonyme si, après avoir vu le postulant, il rejette sa candidature de façon délibérée ? Le candidat ainsi éconduit ne saura même pas s'il est victime ou pas d'une discrimination, dans la mesure où il ne connaît pas les autres postulants et que le refus d'embauche qu'on lui oppose qu'il peut être motivé par le fait que l'employeur lui préfère un autre candidat plus compétent, plus expérimenté ou plus motivé. Ce dernier point est somme toute le plus problématique dans ce dispositif. On peut penser que le CV anonyme ressemble finalement plus à un moyen pour les entreprises de promouvoir leur image socialement responsable, qu'à un véritable dispositif qui garantit l'égalité des chances pour tous.

### C- Parrainage et tutorat vers et dans l'emploi, des outils efficaces restant à développer

Certaines entreprises ont pour leur part recouru à d'autres dispositifs pour lutter de façon préventive contre les discriminations dans l'accès à l'emploi en entreprises et dans le travail. Le tutorat et le parrainage vers et dans l'emploi sont l'essentiel des ces dispositifs. Il s'agit d'instruments d'insertion dans le milieu de l'entreprise adaptés aux publics dits en difficulté (**1**), éléments d'un dispositif bénéficiant aux accompagnés comme aux entreprises

(**2**), exemples de bonnes pratiques restant largement à diffuser (**3**). Ce sont donc ces outils que nous allons maintenant analyser.

**1- Instruments d'insertion dans le milieu de l'entreprise adaptés aux publics souvent en difficulté**

En plus d'être un outil d'échanges et de pérennisation des compétences au sein de l'entreprise, le tutorat est également un instrument d'insertion des publics couramment considérés comme éloignés de l'emploi. Il poursuit un double objectif. Le premier est pour le tuteur, une reconnaissance de ses qualités professionnelles. Le second est pour le salarié bénéficiaire, la garantie d'un apprentissage par une personne compétente. Salarié ou alors ex salarié de l'entreprise, le tuteur encadre l'apprenant et lui transmet ainsi la pratique du métier et ce qui l'accompagne, du comportement au travail à l'environnement économique et les habitudes de la profession. De son côté, le parrainage, présenté pour la première fois en comité interministériel à l'intégration en date du 10 avril 2003 comme étant une mesure phare favorisant l'insertion professionnelle des jeunes et des adultes au moyen notamment d'un accompagnement personnalisé, consiste à faciliter l'accès ou le maintien dans l'emploi de demandeurs d'emploi rencontrant des difficultés d'insertion professionnelle. Il est confié à des personnes bénévoles dans des associations ou structures spécifiques. A la différence des tuteurs, les parrains sont extérieurs à l'entreprise. Les personnes parrainées sont pour la plupart des demandeurs d'emploi connaissant des difficultés et des obstacles spécifiques à l'emploi en raison du faible niveau de formation, du milieu social défavorisé dont ils sont issus, et du risque de discrimination à leur égard[983]. Le parrainage est un outil pour le moins significatif de la mise en œuvre pour l'emploi et contre toutes les formes de discriminations sur le marché du travail. Il n'est pas une mesure supplémentaire, mais le renforcement de l'accompagnement visant à conforter le parrainé dans son parcours d'insertion ainsi que de recherche d'emploi et/ou de formation. Il vient consolider l'efficacité de tous les dispositifs d'insertion et accroit par la même occasion, par la prise en charge et un accompagnement adapté et ciblé des parrains, les chances des jeunes défavorisés et des seniors d'intégrer ou de réintégrer le monde de l'entreprise.

[983] Circulaire DGEFP n° 2005-20 du 04/05/2005 relative au parrainage pour favoriser l'accès à l'emploi des personnes en difficulté d'insertion professionnelle, B.O. n° 2005/8 du 3 août 2005.

En Alsace par exemple, les initiatives allant dans ce sens sont nombreuses. Nous pouvons ainsi citer les actions du Centre régional d'appui pédagogique et technique, Centre d'appui et de ressources régional de lutte contre l'illettrisme[984] qui bénéficie du soutien de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi en Alsace[985] et par la Région Alsace. Il propose une action relative au parrainage des jeunes visant à permettre à des professionnels de donner un coup de pouce dans leurs démarches à des jeunes demandeurs d'emploi de 16 à 25 ans. L'action ne vise pas une mise à l'emploi directe. Par contre, il offre l'opportunité de bénéficier d'un regard critique sur les démarches entreprises ou à entreprendre pour trouver un emploi. Les parrains se tiennent, bénévolement, à disposition des bénéficiaires pour améliorer leur niveau d'information, les préparer au monde professionnel et accélérer leur intégration. Les parrainés sont suivis par des conseillers professionnels des missions locales et Permanences d'accueil d'information et d'orientation[986] ou bien par les conseillers professionnels d'autres structures alsaciennes telles que l'association pour Faciliter l'Insertion professionnelle des Jeunes diplômés[987] et et l'association Unis Cités. Ils ont été orientés sur l'action sur les seuls critères, d'une part, d'être en phase de recherche active d'emploi et, d'autre part, de faire preuve de motivation Cette action existe depuis 2002 en Alsace. De même en 2008, un projet expérimental pour créer un réseau de parrainage à destination des seniors a été mis en place par la Maison de l'Emploi et de la Formation de Strasbourg, le Directeur départemental du Travail de l'Emploi et de la Formation professionnelle du Bas-Rhin et la Copire Alsace, avec l'appui en termes d'animation régionale du Crapt Carrli/Gip-Fcip-Alsace. Cette action s'inspire largement du dispositif parrainage pour l'emploi destiné au public jeune. Des acteurs économiques sur le territoire du Bas-Rhin, qui occupent des postes à responsabilités, accompagnent les seniors qui rencontrent des difficultés de retour à l'emploi. Pour la troisième année consécutive en 2011, l'action a été reconduite pour huit personnes âgées de plus de 50 ans, principalement des cadres, qui s'investissent aussi dans des projets communs liés à cette problématique[988].

[984] Crapt Carrli
[985] DIRRECTE Alsace
[986] PAIO
[987] AFIJ
[988] Les parrains et marraines sont issus des entreprises telles que ALTEDIA GROUPE, Data Mailing-ARVATO SERVICES DERTELSMANN, PROMAN Agence pour l'emploi, RESEAU GAZ DISTRIBUTION SERVICE ( réseau gds), LUK, INA, FAG.

**2- Dispositif bénéficiant aux accompagnés comme aux entreprises**

Des expériences acquises des tutorat et parrainage dans et vers l'entreprise au cours de ces dernières années, nous pouvons soutenir qu'il s'agit là, de deux dispositifs qui profitent directement à leurs bénéficiaires. En effet, selon les chiffres communiqués par an depuis avril 2008 par la Délégation générale à l'emploi et la formation professionnelle, près des trois quarts des jeunes accompagnés dans le cadre d'une action de parrainage accèdent à un emploi ou entrent en formation. Soit un pourcentage de 73,1 %. La Chargée de mission au Conseil national des missions locales souligne à ce propos que le parrainage « *engendre des bénéfices collatéraux importants* » et « *représente une avancée non négligeable dans la lutte contre l'exclusion et contre les discriminations* ». Mais les filleuls et parrainés ne sont pas les seuls bénéficiaires du tutorat et du parrainage. Les entreprises en profitent aussi. En effet, celles qui ont su développer dans leurs structures des dispositifs associant de façon la plus étroite les tuteurs, parrains et apprenants dans une démarche active, bénéficient d'un retour sur investissement très significatif. Ce dernier se traduit tant en termes d'intégration et de niveau de compétences des personnes accompagnées qu'en termes des compétences nouvelles acquises par l'entreprise et ses salariés. Du reste, soulignons que tous les acteurs de l'insertion par l'économie ont une image positive du parrainage et du tutorat comme un instrument également au service de la lutte contre la précarisation dans le travail. Selon la même chargée de mission au Conseil national des missions locales, « *Le parrain qui aide le jeune à se familiariser avec le monde de l'entreprise, va, dans le même temps, changer son regard sur ce dernier. Les parrains, qui ne sont pas formés pour rencontrer les jeunes, sont, en effet, souvent étonnés du bas niveau de qualification et de connaissances générales de ces jeunes. Par conséquent, ce type de rencontre représente une avancée considérable dans la lutte contre l'exclusion et contre les discriminations »*[989].

**3- « *Bonnes pratiques* » restant largement à diffuser**

Si le tutorat et le parrainage bénéficient d'un regain de faveur depuis quelques années et peuvent jouer un rôle important dans la prévention des discriminations sévissant

[989] SEILLIER (B.), *La lutte contre la pauvreté et l'exclusion : une responsabilité à partager*, Rapport fait au nom de la mission commune d'information pauvreté et exclusion, n° 445, Tome 1 (2007-2008), 2 juillet 2008.

dans l'emploi ainsi que dans la lutte contre un autre problème qu'est la précarisation du travail, la critique qu'on pourrait leur faire porte sur le fait *qu'ils ne sont pas organisés en tant que tels* et *qu'ils dépendent trop souvent de la bonne volonté des référents et de leurs compétences relationnelles*. En outre, s'il existe des formations généralement sanctionnées par un certificat*, les tuteurs et parrains sont souvent très engagés dans leur propre activité professionnelle quotidienne et n'ont parfois pas suffisamment le temps nécessaire pour bien les suivre et assurer pleinement la mission qui est la leur*[990]. Enfin, les entreprises estiment souvent ne pas avoir les ressources et connaissances nécessaires à leur mise en œuvre.

**Paragraphe 2 : Pratiques des intermédiaires de l'emploi**

Le recours aux intermédiaires de l'emploi par les entreprises et par les candidats au recrutement est devenu presque incontournable sur le marché, de l'emploi notamment dans la plupart des pays développés. L'intérêt d'une telle démarche est la spécialisation et la rapidité de ces intermédiaires de l'emploi, mettant en relation les candidats à l'emploi et les entreprises qui désirent recruter. Ce sont de véritables professionnels en la matière. On retrouve sous cette appellation, les services de placement, les cabinets de recrutement, les grandes écoles, les entreprises de travail temporaire et les diffuseurs d'offres d'emploi. Ils ont un rôle stratégique et exercent un métier dans un environnement en pleine évolution, marqué à la fois par l'utilisation et la généralisation de l'outil internet et des services qui lui sont associés, mais aussi par le développement de nouvelles méthodes de recrutement. Le risque de discrimination dans la mise en relation des entreprises clientes et des candidats à l'emploi est tout aussi élevé chez les intermédiaires de l'emploi. C'est la raison pour laquelle ils sont des acteurs de premier plan dans la prévention des discriminations à l'embauche. La question se pose alors de savoir comment ils s'organisent pour la prévenir ? Autrement dit, quelles sont leurs actions concrètes pour prévenir la discrimination à l'embauche? L'analyse de leur engagement pour la prévention de la discrimination à l'embauche et la promotion de l'égalité (**A**) et celle des différentes actions conduites pour traduire dans la pratique les engagements pris en ce sens (**B**) nous renseignerons utilement.

[990] *Idem.* Voir également, *VAN DE WALLE (I.), Le parrainage comme outil de politique d'accès à l'emploi et de lutte contre les discriminations, Etude, CREDOC, 2001.*

## A- Engagement pour la prévention de la discrimination à l'embauche et la promotion de l'égalité

La signature des textes d'engagement sur la non-discrimination et la promotion de l'égalité (**1**) et l'affirmation de cet engagement par le biais des outils de communication (**2**), témoignent de la volonté d'agir des intermédiaires de l'emploi.

### 1- Textes d'engagement

Le point de départ de toute politique en faveur d'une égalité plus grande est d' abord l'engagement pris par l'entreprise, la profession et les partenaires, sur le sujet. Chez les intermédiaires de l'emploi, ce n'est pas forcément le cas. Leur engagement sur la non-discrimination et la promotion de l'égalité résulte de différentes situations. En effet, tout ne commence pas par une formalisation systématique de l'engagement ainsi pris. La plupart des intermédiaires de l'emploi se sont saisis de la question en libérant la parole en interne, notamment par le fait de s'interroger sur le vécu des discriminations par les candidats, dans leurs pratiques professionnelles. D'autres intermédiaires de l'emploi se sont engagés sur les territoires de leur implantation, à coopérer sur le thème des discriminations dans la mesure où les phénomènes d'exclusion étaient importants et assez déstabilisants. D'autres encore se sont saisis du sujet en considérant le risque juridique encouru et la pression médiatique, souvent néfastes pour l'entreprise, et, que se priver de compétences pour des motifs vils et subjectifs, sur un marché du travail en tension, était dommageable. Il en est résulté une multitude d'engagements donnant lieu pour certains à la signature de textes y relatifs[991]. En raison de leur nature propre, ces engagements de principe peuvent rester théoriques. La crainte est alors que ces pures déclarations d'intention n'aient un impact qui se limiterait à une communication positive de l'entreprise. Ce n'est en définitive que le passage à l'acte ou du moins, l'engagement au plus niveau de l'entreprise[992], qui confère une valeur réelle à l'ambition affichée. Les engagements pris au niveau des acteurs de la profession (**a**) et les

[991] Chartes et Codes de déontologie des professions ; Chartes et Codes propres à une entreprise ; Chartes de coopération portant sur une activité en particulier ; Charte de la diversité de l'Institut Montaigne signée au niveau national par le Groupe VEDIOR France, ADECCO, ADIA, RANSTAD, ou encore MANPOWER France.
[992] Dirigeants, organismes représentatifs de la profession.

engagements pris au niveau de l'organisation d'un marché ou d'une activité (**b**), structurons cette étape de la présente analyse.

**a- Engagements pris au niveau des acteurs de la profession**

Les engagements pris par le Service Public de l'Emploi, par l'Intérim, et par les cabinets de recrutement en constituent l'essentiel.

Le Service Public de l'Emploi[993] s'est engagé à la fois, sur des actions concernant ses activités sur le marché du travail et sur des actions envers ses propres salariés, par la signature de la Charte du Service Public de l'Emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité[994]. Il s'engage de la sorte, à former l'ensemble de ses agents sur l'encadrement à la problématique de la lutte contre les discriminations, afin de : les armer dans leurs pratiques professionnelles[995]; garantir la permanence des exigences de la lutte contre les discriminations dans la pratique quotidienne des agents[996]; inscrire et respecter le principe de non-discrimination, d'égalité des chances et de diversité dans la gestion des ressources humaines de ses institutions[997] ; promouvoir l'engagement auprès des acteurs du monde du travail, notamment en incitant les partenaires sociaux à

[993] SPE.

[994] Charte du SPE signée à Paris le 18/11/2005, par le ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes (Gérard LARCHER), la ministre délégué à la cohésion sociale et à la parité (Catherine VAUTRIN), le directeur général de l'agence nationale pour l'emploi (Christian CHARPY), le directeur général de l'association nationale pour la formation professionnelle des adultes (Pierre BOISSIER) et la présidente du conseil national des missions locales (Françoise DE VEYRINAS). Cette charte prévoit, de manière générale, la formation des agents du Service public, la mobilisation des acteurs sur le territoire national et l'organisation du signalement des cas de discrimination.

[995] A cet effet, des modules communs de formation seront intégrés dans les programmes de formation, initiale et continue, de chacun de ses organismes et collectivité signataires ; un réseau interinstitutionnel de formateurs, couvrant tout le territoire, procèdera à la démultiplication des opérations de formation ; les outils et méthodes, issus des programmes ESPERE et LATITUDE, seront mis à la disposition des réseaux des signataires de la Charte.

[996] A travers l' intégration systématique du thème de la discrimination dans les diagnostics et les plans d'action territoriaux ; la mis en place de procédures d'information mutuelle entre les membres des services publics de l'emploi territoriaux sur les faits et pratiques constatés, et sur les réponses apportées ; la participation active des services et des agents aux initiatives et actions locales sur le thème de la lutte contre les discriminations ; la mise en œuvre d'actions communes avec les intermédiaires privés du placement et les différents partenaires publics ou privés de l'emploi et de la formation professionnelle ; la pris en compte de ces exigences dans le fonctionnement et le plan d'action des maisons de l'emploi.

[997] Les membres du service public de l'emploi s'engagent à exclure, à chaque étape du recrutement, les critères discriminatoires illicites ; assurer la transparence des processus de recrutement et de promotion ; assurer l'information des instances de direction, une fois par an, sur les actions entreprise en matière de lutte contre les discriminations et l'égalité des chances ; assurer l'information des organisations syndicales au sujet de Charte et de sa mis en œuvre ; assurer le traitement effectif des plaintes des agents qui s'estiment victimes d'actes discriminatoires ; protéger les agents qui refusent de répondre à une commande discriminatoire.

intégrer la lutte contre les discriminations dans les accords de branches et les conventions collectives ; inscrire le principe de non discrimination dans tous les accords de partenariat, de coopération, de sous-traitance, conclus avec des tiers par des organismes et collectivités signataires de la Charte ; établir, au plan national voire territorial, des modalités d'échange et de coopération avec le Défenseur des droits ; mettre en place au plan national un comité de suivi des dispositions de la charte[998] et, à titre transitoire, dans l'attente des indicateurs définis par le comité de suivi, la proposition d'indicateurs provisoires pour l'année 2006[999].

Du côté de l'Intérim, on compte depuis 2004 plus de 2 millions de personnes, qui travaillent dans ce secteur toujours en pleine expansion. La loi de programmation pour la cohésion sociale[1000] a ouvert le placement aux entreprises de travail temporaire pouvant présenter des candidats à l'emploi sur des CDD et des CDI. Les groupes ADECCO et ADIA, en tant que précurseurs sur le sujet des discriminations, ont développé de nombreuses actions correctrices. Aujourd'hui c'est au travers de la Charte des entreprises de travail temporaire pour la non-discrimination et pour l'égalité de traitement et pour la diversité, dite Charte du PRISME[1001], qu'une grande partie de la profession s'engage à cette fin[1002]. L'engagement porte concrètement sur la sensibilisation et la formation de tous les acteurs à la prévention des discriminations ; la prise en compte du thème de non-discrimination dans l'information, les plans d'action, la communication et la gestion quotidienne des ressources humaines ; la

[998] Le comité s'assure notamment de la construction d'indicateurs communs permettant d'évaluer l'action des organismes et des collectivités signataires ; la réalisation du bilan de la Charte chaque année ; la mise en œuvre des procédures spécifiques définies , le cas échéant, par tout ou partie des organismes et des collectivités signataires ; la nomination d'un référent régional par institution.

[999] Nombre de jours de formation initiale par institution, par cadre d'emploi et par région ; nombre de jours de formation continue par institution, par cadre d'emploi et par région ; nombre de sessions de formation interinstitutionnelle ; contenu des plans territoriaux par région ; accords signés par les partenaires sociaux et les entreprises, et la qualité de ces accords ; nombre de signalements dans les différentes catégories de discrimination ; nombre de signalements débouchant sur des procédures judiciaires ; évolution des rations RH dans les institutions (taux de handicapés dans les emplois, taux de femmes dans les postes à responsabilité, taux d'étrangers pour les institutions ayant supprimé le critère de nationalité dans les recrutements).

[1000] Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. JORF n° 15 du 19 janvier 2005, page 864, texte n°1 .

[1001] Lors de leur assemblée générale le 21 juin 2006, les professionnels de l'intérim ont rebaptisé leur syndicat du nom de PRISME, abandonnant ainsi leur ancienne appellation SETT (Syndicat des Entreprises de Travail Temporaire).

[1002] La charte du Prisme a été signée le 18 novembre 2005 par le syndicat intéressé, sur les questions de non discrimination, d'égalité de traitement et de promotion de la diversité dans les entreprises de travail temporaire, l'Intérim. Par cette charte, Prisme s'engage à mener des actions concrètes visant notamment à sensibiliser ses réseaux et agences sur les questions de discrimination en utilisant des outils d'information et de formation tels que ceux des programmes ESPERE ET LATITUDE ; à élaborer un module de formation sur la discrimination, lequel module sera intégré dans les programmes de formation des salariés, et à mettre en place un comité d'éthique de la profession ; à subordonner toute nouvelle adhésion au PRISME à l'engagement de respecter la Charte.

mobilisation des acteurs du monde du travail ; la promotion des engagements pris auprès des partenaires sociaux et la mise en place d'un comité de suivi de la Charte. Des actions concrètes ont été prévues. Elles consistent en la mise en place d'un comité d'éthique de la profession qui est chargé de suivre les manquements à la Charte ; la mise en place d'actions de diagnostic et d'accompagnement des entreprises concernées ; l'organisation et la mise en place de procédures d'alerte des instances de la profession pour le suivi de la charte ; la conception d'un module de formation commun inséré dans les programmes de formation des salariés permanents[1003]. La Charte impose aussi la désignation d'un correspondant dans les entreprises ayant plus de 100 permanents, la sensibilisation des agences, le soutien des salariés des agences refusant de répondre à une demande discriminatoire, la recherche des critères objectifs pour les candidats dans toutes les étapes du recrutement et l'information des entreprises utilisatrices[1004].

Du côté enfin des cabinets de recrutement, généralement privés, qui sont eux aussi confrontés aux phénomènes discriminatoires, des initiatives sont également à noter. La majorité d'entre eux se sont associés, autour d'un texte d'engagement commun. C'est notamment le cas de l'association A COMPETENCE EGALE [1005], qui a conçu et proposé une charte commune soumise à la signature de ses adhérents. La Charte prévoit de dresser un état des lieux des pratiques ; organiser des rencontres et des échanges avec les experts sur les questions de discrimination ; travailler en commun sur la rédaction des annonces ; la réalisation d'un guide pour les consultants ; la mise en place d'un site internet d'échanges des bonnes pratiques ; réaliser des actions de communication auprès des candidats et des entreprises ; publier un rapport public annuel[1006]. D'autres cabinets de recrutement comme le Syndicat de Conseil en Recrutement[1007], ont opté pour une autre méthode consistant en la constitution d'un groupe de travail, le dressage d'un état des lieux et la mise en place de consultations et d'échanges.

---

[1003] Sensibilisation à la notion de discrimination, traitement des cas de discrimination, gestion de la relation client en cas de commande discriminatoire et traitement des commandes sur les seuls critères de compétence.

[1004] Promotion des critères de compétence professionnelle, possibilité d'utiliser le droit de suspension de la prestation en cas de demandes discriminatoires récurrentes.

[1005] Créée en mai 2006, cette association regroupe 8 grands cabinets de recrutements que sont Alain GAVAND Consultants, Michael Page International, MANAGING, Lincoln, Hudson, Mac ALLISTER, Robert Walters, et OPTEAMAN. Soit une représentation de 500 professionnels du recrutement, essentiellement de cadres avec environs 8 000 recrutements par an.

[1006] La Charte A COMPETENCE EGALE.

[1007] Le SYNTEC rassemble à ce jour environ 150 cabinets de recrutement. Sa méthode de travail, dans ce domaine, vise la rédaction d'un "*Livre blanc*" sur la prévention des discriminations et la promotion de l'égalité.

**b- Engagements pris au niveau de l'organisation d'un marché ou d'une activité**

Le Pôle emploi a proposé, aux diffuseurs d'offres d'emploi via internet, un code de bonne conduite. S'il est vrai que le développement des sites emploi sur internet accélère et fluidifie considérablement les opportunités, il n'apporte pas toutes les garanties quant à l'exactitude des données et la légalité des offres diffusées par ce moyen. C'est ainsi qu'a vu le jour la Charte NET-Emploi[1008], qui a pour but de moraliser le marché de l'offre d'emploi et/ou des dépôts des Curriculum Vitae sur internet. Elle répond au souci de rassurer les internautes sur la qualité et la fiabilité des prestations des sites emploi, qui ne cessent de se multiplier. Le Pôle emploi délivre alors un logo "*net-emploi*" à tous ceux qui répondent aux critères de la Charte. Un suivi régulier de ces sites est également assuré par le Pôle emploi. De nombreux critères doivent être respectés. Le premier est relatif à la mise en conformité, avec la législation en vigueur, des offres d'emploi à diffuser. Les signataires s'engagent alors à présenter des offres d'emploi non-discriminatoires ; à vérifier, de façon systématique, les offres qu'ils diffusent ; à négocier avec l'annonceur l'absence de tout critère discriminatoire ou interdit. Les sites signataires sont tous déclarés à la CNIL[1009].

**2- Affirmation de l'engagement par le biais des outils de communication**

Si la mise en place d'actions permet de concrétiser et mesurer l'engagement ainsi pris par les intermédiaires de l'emploi, elle passe d'abord dans la pratique, par l'affirmation de cet engagement par le biais des outils de communication, notamment la communication externe (**a**) et la communication interne (**b**).

**a- Communication externe**

La communication externe est destinée aux partenaires, aux entreprises clientes et aux candidats. Elle a pour objectif de faire savoir que le professionnel entend assurer la

[1008] Lancée en novembre 2002 par l'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) remplacée par le Pôle emploi.

[1009] ADECCO, Aeroemploi formation.com, Abajob.com, Aerocontact, Apr-job.com, Batiactu.com, Best-emploi, Cadremploi.fr, CAO employs.com, Carriereonline.com, CHR-link.com, Distrijob, Domtom Job, Emploienvironnement, Emploiregions.com, Recrut.com, Fraggo.com, Itproselection, Jobfinance, Jobtech.fr, Job transport, Les jeuds.com, Manpower, Marketvente.fr, Officiel interim.com, Regionsjob.com, Supersecretaire.com et VEDIORBIS, en sont les principaux signataires.

promotion de l'égalité. Ainsi, les candidats susceptibles d'être discriminés ne devraient pas redouter de lui adresser leur CV, et que les entreprises clientes seront destinataires d'une offre sérieuse et professionnelle basée uniquement sur l'appréciation des compétences du candidat, en adéquation au poste proposé. ADECCO a été l'un des premiers de la profession à donner l'exemple par des campagnes de sensibilisation « *Contre la discrimination* » et des affiches « *Vous recruter sans discriminer* », en 2004. Dans une de ses campagnes, on peut lire qu' « *ADECCO s'engage à vous recruter sans discrimination, et à examiner avec vous toute situation qui paraîtrait contraire à cette égalité de traitement. Parce que notre métier est de recruter en fonction de critères strictement professionnels sans discrimination liée notamment à la religion, l'origine, le sexe, l'âge, le handicap…* »[1010].

**b- Communication interne**

La communication interne vise la sensibilisation des salariés sur le sujet, tout en les invitant à faire remonter à la hiérarchie interne, les éventuels cas de discriminations. Certaines campagnes ont d'ailleurs marqué le grand public parce qu'elles ont fait le choix de traquer les préjugés en permettant à chacun de réfléchir sur ses responsabilités propres, l'intermédiaire sur les siennes bien sûr, mais en désignant chez les autres les manques qui restent à combler. C'est le cas de celles lancées par ADIA[1011], qui dès l'année 2000, initie un programme, à l'interne, de sensibilisation et de formation sur la non-discrimination tout en mettant en place un certains nombres d'actions à destination du grand public. Celles-ci se sont traduites par des grandes campagnes de communication dont la première remarquée, portant sur le harcèlement moral, la discrimination sexuelle et l'homophobie, intervient en 2001 avec pour slogan « *Il y a des jours, votre travail peut devenir insupportable. Il y a des jours, on regrette de ne pas avoir choisi l'intérim* ». Entre 2003 et 2004, ADIA remet ça en dénonçant la discrimination à l'emploi et les préjugés des recruteurs dans une campagne sur le poids des apparences dans le recrutement : « *Ne vous fiez pas aux apparences, fiez*

[1010] CARC/HALDE, *Prévention des discriminations à l'embauche : Les actions menées par les intermédiaires de l'emploi*, *ANPE/APEC*, *Entreprises de travail temporaire*, *Cabinets de recrutement.* Guide n° 1, 2007, p. 25.

[1011] 4ème réseau français de Travail temporaire, ADIA effectue plus de 45 000 missions d'intérim chaque jour et a, à son actif, en moyenne 3 000 recrutements en CDI et CDD chaque année. Il a mis en place plusieurs campagnes de communication pour lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité de traitement dans l'intérim et les entreprises clientes. Si les principales campagnes de 2001, 2003, 2004 et 2005 citées, ont été un réel succès, deux autres campagnes sont venues rappeler cet engagement qui lui tient à cœur. C'est ainsi qu'en 2006, il a lancé la campagne « *jobstores* », et en 2008 « *Urgent*, *recrutons humains* ». www.adia.fr

*vous aux compétences* ». Cette campagne a été par la suite développée avec trois nouveaux visuels que sont le sexe, l'origine et l'âge, pour toujours combattre les préjugés. En 2005, ADIA a initiée une autre campagne visant à démonter le mécanisme des discriminations en dénonçant les préjugés et en proposant l'évaluation des compétences comme solution. La campagne[1012]mettait l'accent sur le gâchis des compétences qui en résulte alors[1013].

Dans le cadre des opérations de communication de leur engagement en faveur de la non-discrimination et la promotion de l'égalité, d'autres intermédiaires de l'emploi ont réalisé des supports de présentation[1014] à destination du grand public et de salariés de leur groupe ; ont procédé à des diffusions spécifiques sur les engagements pris en matière de discrimination ; ont valorisé des leurs partenariats, comme VEDIORBIS et de l'AGEPIPH ; ont organisé des séminaires ou encore ont restitué des actions engagées dans leur rapport d'activités et leur bilan annuel[1015]. Comment se traduisent, concrètement, les engagements des intermédiaires de l'emploi ?

**B- Actions conduites pour traduire dans la pratique les engagements pris**

C'est envers les entreprises clientes (**1**), les candidats qu'ils leur proposent (**2**) et leurs pratiques en interne (**3**), que nous pouvons identifier les actions spécifiées[1016].

**1- Actions menées envers les entreprises clientes**

Les actions menées par les intermédiaires de l'emploi envers les entreprises qui sont leurs clientes s'articulent autour de trois points principaux à savoir la présentation des

[1012] Campagne ADIA, « *Arrêtons le gâchis* ».
[1013] CARC/HALDE, *Prévention des discriminations à l'embauche : Les actions menées par les intermédiaires de l'emploi, ANPE/APEC, Entreprises de travail temporaire, Cabinets de recrutement.* Guide n° 1, 2007, p. 26.
[1014] Sites, plaquettes, etc.
[1015] CARC/HALDE, *Prévention des discriminations à l'embauche : Les actions menées par les intermédiaires de l'emploi, ANPE/APEC, Entreprises de travail temporaire, Cabinets de recrutement.* Guide n° 1, 2007, p. 28.
[1016]Il s'agit des trois volets définis par le CARC dans son premier Guide de 2007(Guide n°1 précité), permettant d'apprécier les actions concrètes des intermédiaires de l'emploi en termes de prévention des discriminations à l'embauche et de promotion de l'égalité. On retrouve également ces trois volets dans le dernier Guide du CARC en date. CARC/HALDE, *Prévention des discriminations à l'embauche : Que répondent les intermédiaires de l'emploi à la HALDE ? Les actions menées par Pôle emploi, l'APEC, les Agences d'emploi et les Cabinets de recrutement*, Guide n° 2, 2009, p. 20.

engagements en amont et la contractualisation avec l'entreprise qui recrute (**a**), le travail de rapprochement réalisé par l'intermédiaire de l'emploi[1017] (**b**) et le suivi du recrutement (**c**).

**a- Présentation des engagements en amont et contractualisation avec l'entreprise qui recrute**

Tous les indicateurs de la présentation des engagements de l'IE en amont et la contractualisation avec l'entreprise recruteuse, qui a recourt à ses services, progressent. En effet, l'inscription du principe de non-discrimination dans les documents de présentation des IE varie entre 70 % et 82 %, le rappel à la loi entre 31 % à 66 %, l'argumentaire en faveur de la promotion de l'égalité entre 22 % et 59 %[1018]. Cette progression peut est notable dans les informations que communiquent les IE aux entreprises clientes, les moyens utilisés pour valoriser leur engagement auprès clients et dans la signature des contrats.

*Les informations communiquées aux employeurs sont de nature différente et se combinent.* Les IE rappellent d'abord leur propre déontologie comme les valeurs du service public, le respect de l'égalité des chances dans le cadre des politiques publiques d'emploi, le respect des droits de la personne et du droit de la non-discrimination, la valorisation de la diversité, la démarche éthique, la démarche qualité. Les IE présentent leurs engagements sur la prévention des discriminations ensuite. Il s'agit des engagements dans leur structure, leur profession ou en partenariat, à l'exemple des Chartes signées, des labels obtenus, des accords collectifs signés, ou encore des conventions bilatérales. Les IE indiquent également, dans leurs supports d'information, le cadre légal sur la prévention des discriminations et les articles L. 1132-2 du Code du travail, et 225-2 à 225-4 du Code pénal. Enfin, les IE évoquent et mettent en valeur les actions de prévention qu'ils ont déjà engagées[1019].

*Les moyens utilisés par les IE pour valoriser leur engagement auprès des clients sont diversifiés.* L'affichage de ce dernier se fait de manière continu sur les sites internet. Il figure sur les documents de présentation, les propositions commerciales, les accords cadre,

[1017] IE.
[1018] Guide n° 2, *op. cit*, p. 20.
[1019] *Idem*, *op. cit*, p. 21.

les conventions conclues, les contrats commerciaux, les réponses à appel d'offre, les bilans, les rapports publiés. Chez certains IE, pour lesquels les sites servent aussi de "*jobboard*", les clients doivent approuver les conditions générales d'utilisation mentionnant le respect de la non-discrimination. La valorisation de cet engagement des IE se fait aussi de manière orale dans le travail relationnel quotidien, lors des entretiens de prospection commerciale. Cette communication de l'engagement des IE se fait, de manière plus ponctuelle, par la diffusion aux clients des publications, le rappel de l'engagement sur des signatures électroniques ou les cartes de visite[1020], l'organisation et la participation à des évènements, des campagnes de communication avec diffusion de communiqués de presse et mise en place de blogs sur les question de non-discrimination dans le recrutement[1021].

*L'insertion de clauses relatives à la non-discrimination dans les contrats signés devient majoritaire*. En effet, l'insertion par les IE, dans les contrats conclus, d'informations sur les discriminations marque un degré d'engagement renforcé. 48 % d'IE le pratiquaient déjà en 2007, contre environ 62 % aujourd'hui. Il convient de noter toutefois que nombre d' IE, dont le Pôle emploi, ne signent pas de contrats écrits avec les recruteurs, qui permettent d'insérer une telle clause. Des procédures autres existent cependant, permettant de faire le même travail de sensibilisation. Dans ces documents et procédures, les IE mettent l'accent sur la définition précise des compétences attendues, qui participent naturellement à une plus grande objectivité du recrutement[1022].

**b- Travail de rapprochement réalisé par l'intermédiaire de l'emploi**

Les échanges entre les IE et les entreprises sur l'offre d'emploi, sa reformulation le cas échéant, en centrant le dialogue sur les compétences requises, se consolident. Cet un travail de vigilance auquel procèdent les IE et qui est essentiel aux politiques de prévention des discriminations. Il se traduit au niveau de l'analyse du besoin réel et des compétences attendues, ainsi qu'au niveau de la présentation des candidats.

[1020] Avec la présence d'un sigle ou d'un logo associé à l'engagement.
[1021] Guide n° 2, *op. cit*, p. 21.
[1022] *Idem*, p. 22.

*L'analyse du besoin réel et des compétences attendues est devenue prioritaire.* Pour 96 % d'IE contre 89 % en 2007, ce travail est essentiel. Les actions engagées y relatives consistent à objectiver, anticiper, former les collaborateurs ayant en charge cette mission. La plupart des IE déclare travailler l'analyse du besoin et le profil de poste en se basant sur les compétences attendues. Cependant, seule la moitié d'entre-elles dit s'appuyer sur des supports et outils spécifiques tels les fiches et les grilles de compétences par métiers, les fiches de poste type à remplir en termes de compétences et descriptifs standard. Pour les petites structures il n'existe pas de procédure ou de supports écrits ou formalisés, l'analyse du besoin se faisant alors oralement lors des entretiens avec les clients et les candidats. Dans les cabinets de très petite taille, l'analyse des besoins du poste et des compétences attendues peut être à la charge de l'assistant. Certaines méthodes de recrutement comme la méthode de recrutement par simulation[1023] dite méthode des habiletés, permettent de discuter avec l'employeur des besoins et des aptitudes requises. Les IE forment des guides et en proposent à leurs agents pour les aider lors de cette étape[1024].

*De même, l'accent est mis sur la valorisation des compétences des candidats lors de leur présentation*. 92 % des IE ayant communiqué dans le cadre du CARC ont déclaré être y être vigilants lors de la présentation du candidat à l'employeur. Il s'agit de centrer la présentation du candidat sur ses compétences uniquement, pour éliminer ainsi les critères d'appréciation subjectifs. En revanche, un rappel sur le principe de non-discrimination n'est pas forcément inscrit dans les supports de présentation existants. Chez l'agence d'emploi ADIA par exemple, la synthèse de la candidature portant uniquement sur les compétences du postulant, identifiées par rapport au poste à pourvoir, est transmise au recruteur. Si le CV est joint à la synthèse, celui-ci est anonyme. Chez Pôle emploi par contre, il n'existe pas de support spécifique général de présentation du candidat. Les demandeurs d'emploi ont toutefois la possibilité de bénéficier d'une préparation aux entretiens d'embauche. Pour les cabinets de recrutement, les supports ou les notes de présentation des candidats, quand ils existent, semblent centrés sur la valorisation des compétences et excluent les informations

[1023] MRS. Méthode reposant sur le repérage des habiletés nécessaires au poste de travail, sans s'attacher en priorité aux diplômes et aux expériences antérieures. Elle favorise l'élargissement de la recherche des candidats, la diversification des candidatures et la sélection de candidats bien adaptés au poste. Dans la procédure de recrutement, les candidats doivent faire preuve de leurs habiletés lors d'exercices représentatifs de situations professionnelles prédéfinis par le Pôle emploi en accord avec l'entreprise qui désire recruter.
[1024] Guide n° 2, *op. cit*, pp. 22-23.

d'ordre personnel. C'est la cas notamment chez HUDSON qui a mis en place des groupes de travail portant sur la standardisation des dossiers des candidats[1025].

**c- Suivi du recrutement**

Le recrutement du candidat n'est effectif qu'au terme de la période d'essai. Par conséquent, son suivi par l'IE est très important. Pour les candidats non retenus, l'IE devra s'assurer des motifs réels de sa non sélection.

*Le suivi des candidats recrutés est une action à renforcer*, ceci dès les premiers mois de la prise du poste. Il permet de mieux identifier, en cas d'une non confirmation, la nature des motifs invoqués et s'assurer qu'ils ne sont pas discriminatoires. Les réponses des IE sur le suivi individuel des candidats sont peu nombreuses. Par contre le suivi général des candidatures, notamment le traitement des candidatures jusqu'en fin de mission, est bien plus développé, quel qu'en soit l'aboutissement. Certains IE déclarent suivre l'intégration des candidats à plus long terme. LIGHT CONSULTANT déclare effectué un suivi contractuel, effectué avec l'entreprise recruteuse, entre 3 et 6 mois après la prise de poste. Chez BARAN RECRUTEMENT, un questionnaire est adressé aux entreprises recruteuses et aux candidats recrutés 2 mois après la prise de poste. Chez ARTEC, le suivi est effectué entre 6 et 12 mois après la prise de poste par le candidat recruté[1026].

*La vérification des motifs de non sélection est un enjeu très important à mener jusqu'à son terme*. 89 % des IE interrogés, contre 54 % en 2007, déclarent vérifier les motifs de non sélection des candidats. Pour la majeure partie d'entre eux, des actions pour mieux connaître les motifs invoqués par les entreprises clientes en cas de rejet des candidatures proposées ont été mises en place. Quelques IE ont mis en place récemment des procédures de suivi des candidatures et de vérification des motifs de refus. Pour les grandes structures, les instructions données aux agents concernent autant les demandes discriminatoires des recruteurs, que les refus d'embauche après présentation des candidats[1027].

[1025] *Idem.*
[1026] *Idem*, p. 24.
[1027] *Idem*, p. 25.

*La mise en place d'une procédure d'alerte interne est un réflexe en émergence qu'il convient de consolider*. 55 % des IE contre 50 % en 2007 déclarent disposer, en interne, d'une procédure d'alerte en cas de refus discriminatoire. Il s'agit d'un système formalisé qui s'applique de manière systématique. Plusieurs étapes le structurent. La première consiste en la remontée hiérarchique au sein du cabinet ou de l'agence. Suivent la prise de contact par la direction avec l'entreprise cliente et le rappel de la législation en la matière. Certains IE développent, en complément de cette procédure d'alerte, un argumentaire ayant pour but de déconstruire les stéréotypes en cause ou un argumentaire dit "*plus business*"[1028]. Par contre, 40,9 % d'IE répondants, essentiellement des cabinets de petite taille, disent ne pas disposer de procédure écrite formelle et réagissent au cas par cas. Cela tiendrait à plusieurs raisons que sont la taille de l'entreprise, la relation avec l'entreprise cliente[1029] et l'absence de cas de figure[1030].

*Les modalités de suspension du contrat avec l'entreprise qui recrute, en cas de discrimination, doivent être suivies dans leur effectivité*. 43 % des IE interrogés, contre 41 % en 2007, ont inscrit dans leurs contrats des mentions permettant de suspendre le contrat en cas de discrimination. Cette action reste peut développée alors qu'elle répondrait pour partie à l'engagement collectif, signé le 29 novembre 2007 par les IE publics et privés avec la HALDE, sur le refus de toute demande discriminatoire. Pour certains IE, la suspension du contrat à ce stade de la relation avec l'entreprise peut encore laisser place au dialogue. En effet et comme le souligne Pôle emploi, « *il ne faut pas préjuger pour l'avenir que le dépôt d'offre par l'employeur sera toujours discriminatoire. Le refus d'offre n'est donc valable que pour cette offre et uniquement pour celle-là. En cas de dépôt ultérieur d'une nouvelle offre, le protocole devra, à nouveau, être respecté avant d'opposer éventuellement un nouveau refus à l'employeur* ». L'enjeu pour les IE de petite taille, réside dans l'arbitrage entre risque légal et risque commercial. Or, au regard des enjeux poursuivis et en dressant la liste des arguments mis en avant, ce n'est pas un refus de traiter la question mais une approche des plus pragmatiques qu'adoptent les petits cabinets et tiennent pour seule praticable dans la

[1028] C'est-à-dire valorisant la diversité en termes de rentabilité pour l'entreprise, discourant sur la promotion de l'égalité et la responsabilité sociale, etc.

[1029] Certains cabinets considèrent qu'une telle procédure est inutile parce que de nombreuses précautions sont prises en amont pour éviter les refus discriminatoires (rappel à la loi, clauses contractuelles).

[1030] Plusieurs IE mettent en avant le fait qu'ils n'ont jamais rencontré de situation de refus discriminatoire et qu'il est peu probable d'en rencontrer beaucoup dans la mesure où le secteur dans lequel ils interviennent est en tension. Voir *Guide n° 2*, p. 25.

mesure où, ils apprécient chaque situation et lisent la non-conflictualité des rapports avec leurs clients comme un indicateur de bon résultat. A cela s'ajoute la difficulté de d'établir que le refus est réellement fondé sur des motifs discriminatoires ou non, alors que sur les demandes initiales, les situations leur semblent plus simples à repérer. C'est l'exemple d'un recrutement exigeant l'utilisation de la langue corse ou du dialecte alsacien. Enfin, d'autres intermédiaires de l'emploi sont allés beaucoup plus loin. En effet, nous pouvons retenir à ce titre le cas du cabinet de recrutement MICHAEL PAGE qui, dans une situation particulière, n'a pas hésité à aller jusqu'à indemniser le consultant pour le chiffre d'affaires qu'il a perdu, afin justement de l'encourager dans cette démarche[1031].

En définitive, il convient de retenir que depuis 2007 et en attendant les réponses prochaines des IE au CARC sur la prévention de la discrimination à l'embauche, l'affirmation face aux recruteurs de l'engagement des IE à refuser les discriminations, est en net progrès. Tout comme le sont également la valorisation des candidats sur leurs seules compétences et la vigilance sur la légalité des offres d'emploi. Toutefois, des efforts doivent encore être fournis sur de nombreux points. Le trop grand pragmatisme de la relation commerciale et son insuffisante formalisation, en est le premier. Il est recommandé aux employeurs et aux IE, quelle que soit leur taille, de contractualiser sur le recrutement en prévoyant, pour les deux parties et à toutes les phases, de n'exercer aucune discrimination. De même, les IE se doivent d'évaluer les actions menées et leurs impacts. En cas de discrimination, ils doivent mettre en œuvre les clauses de suspension prévues dans les contrats. Les IE ne doivent pas cesser d'améliorer et de promouvoir les techniques de vérification sur les raisons invoquées par les recruteurs pour la non sélection des candidats[1032]. Qu'en est-il des actions menées par les IE envers les candidats ?

### 2- Actions menées envers les candidats

Elles portent sur la recherche des candidats (**a**), leur information et leur accueil (**b**), leur présélection **(c**), leur évaluation (**d**), le traitement de leur candidature et le retour d'information qui leur est assuré (**e**).

[1031] Guide n° 2, p. 26.
[1032] *Idem*, p. 27.

**a- Recherche des candidats**

L'analyse des dernières réponses des IE, fournies dans le cadre du CARC, révèle tout d'abord *qu'ils sont de plus en plus vigilants dans la recherche des candidats avec un accent mis sur les offres d'emploi et leur diffusion*. En effet, 94 % contre 82 % d'IE en 2007, vérifient que les offres d'emploi sont centrées sur les compétences du candidat et 77 %, contre 72 % en 2007, diversifient les modes de diffusion des annonces. Le travail engagé en 2008/2009 est très significatif. Les IE se sont bien organisés sur cette question, conscients de leur responsabilité et sensibilisés par les délibérations de la HALDE sur les conséquences d'offres d'emploi illégales. Il en ressort que : quelles que soient leurs structures, grandes ou petites, des systèmes de vérification, des aides aux entreprises pour rédiger leurs offres, des aides aux agents et collaborateurs chargés de veiller sur la légalité des documents, ont été mis en place. Les IE ont mis en place quelques procédures qualité, visant à objectiver la rédaction, qui s'appuient sur des fonctions de relecture et validation avant publication. Une vingtaine d'IE déclare sensibiliser et/ou former les collaborateurs à la rédaction d'annonces non-discriminatoires. Certains ont réalisé des documents pédagogiques de sensibilisation à la rédaction d'annonces non-discriminatoires. C'est le cas de MICHAEL PAGE qui a réalisé un aide mémoire spécifique pour identifier les points clés de l'annonce. Chez ADECCO, on peut citer la rédaction du guide "*Rédaction annonce et non discrimination*", la formation "Faire face aux discriminations et le module "*Rédiger une annonce".* On note également beaucoup plus d'ouverture, de transparence dans la diffusion des offres et la recherche des candidats. Les IE utilisent l'ensemble des canaux de recherche à leur disposition. Les sites d'emploi du Pôle emploi, de l'APEC et des "*jobboards*", sont très cités comme premier moyen pour une diversification effective de la recherche des candidats. L'élargissement en la matière passe aussi par la mise en place de partenariats avec des associations ou encore des organisations spécialisées, des filières spécifiques comme les BTS, les universités et les grandes écoles. De manière plus ponctuelle, les IE diversifient leurs canaux de recrutement en effectuant des campagnes de communication et de "*sourcing*" ciblées sur des publics spécifiques comme les jeunes, les seniors, les travailleurs handicapés, et participent à des évènements tels que les forums emploi. 13,9 % d'IE justifient ne pas diversifier pas leur canaux de recrutement en invoquant le surcoût de l'opération, la difficulté de trouver des méthodes efficaces en la matière. Partant, il sont demandeurs de solutions pertinentes pour y parvenir. Les IE optent

pour deux approches, afin de diversifier le recrutement et le "*sourcing*". La première est l'élargissement de la recherche pour proposer des candidats ayant les compétences mais qui ne se seraient pas portés candidats parce que n'ayant pas eu accès à l'offre d'emploi ; la seconde consiste en une recherche ciblée, pour répondre aux besoins ciblés des clients qui recrutent et aux politiques publiques d'emploi. Enfin, les cabinets travaillant par "*approche directe"* rappellent qu'ils n'utilisent pas l'annonce, ou alors très peu, pour recruter. Leurs méthodes de travail sont différentes. Ils ont recours au repérage, aux contacts, la notoriété, les réseaux professionnels et relationnels[1033].

**b- Information et accueil des candidats**

81 % des IE interrogés, contre 71 % en 2007, ont diffusé une information générale sur la non-discrimination. 77 % d'IE, contre 68 %, ont communiqué aux candidats leur propre engagement contre les discriminations. Cette information s'est faite par le biais d'affichage des engagements des IE dans les agences, les salles d'attente, les sites internet ; la remise des guides aux candidats ou les dossiers d'information spécifiques sur le handicap. Dans les structures de grande taille comme le Pôle emploi, ou dans d'autres structures, la procédure d'accueil des candidats a été formalisée. Toutefois, si l'information générale des candidats est réellement diffusée au travers de tous les supports de communication utilisés par les IE, les documents que le candidat tient en main dans le cadre de sa recherche d'emploi n'y font pas forcément référence[1034].

**c- Présélection des candidats**

*Les IE utilisent de nombreux outils de présélection des candidats centrés sur les compétences*. Il s'agit, le plus souvent, de logiciels permettant la recherche de candidats en fonction des compétences, l'utilisation de fiches de compétences, la proposition ainsi que la réalisation de tests d'aptitude, l'utilisation du CV universel comme chez BONNEL CONSEIL ASSOCIES, des guides d'entretiens, de tableaux d'analyse comparatifs des compétences de

[1033] Guide n° 2, p. 29, 28 et 30.
[1034] *Idem*, p. 30.

chaque candidat, des "*questionnaires compétences*". Ces outils, très répandus, témoignent du travail réalisé par les IE à cette étape. Cependant, il reste un point à améliorer. En effet, la majeure partie des IE dispose d'une base de données et d'un moteur de recherche qui permet d'identifier les candidats selon différents critères. Pour les petites structures on dira des fichiers. La nature des informations collectées aura un impact crucial sur la prévention des discriminations. De nombreux IE indiquent que la sélection se fait alors sur des critères objectifs et indiquent le nom du logiciel utilisé. Certains disent même l'avoir fait vérifier par des auditeurs externes. Malgré cela, cette question ne semble pas vraiment sécurisée. Elle ne l'est ni sur la nature des informations collectées, ni sur les tris d'informations opérés. Il importe également de noter que d'autres IE on mis en place, sur cette question précise, des actions efficaces portant sur l'audit de la base de données et leur saisie, l'organisation des requêtes et l'appui aux collaborateurs en charge de ces questions. Ces initiatives devraient utilement inspirer ceux qui souhaitent progresser en la matière[1035].

**d- Evaluation des candidats**

*On note une plus grande objectivité dans l'évaluation des candidats*. En effet, 91 % des IE interrogés, contre 89 % en 2007, déclarent être objectifs dans l'évaluation des candidats. 85 % des IE, contre 72 % en 2007, utilisent des outils centrés sur l'appréciation de la seule compétence des candidats. Les IE travaillent sur la base de grilles d'analyse, d'outils d'évaluation relativement standardisés, permettant d'accroitre l'objectivité de la sélection et sa traçabilité. Suivant les réseaux et les modes d'organisation de chacun, des outils précis viennent à leur appui. On peut citer par exemple la MRS, les mises en situation en milieu de travail, les référentiels "*métiers/compétences*", les tests d'aptitudes professionnelle et les évaluations en organismes de formation. Pour les entretiens avec les candidats, les IE font usage des grilles d'entretien et d'analyse centrées sur la valorisation des compétences voire des formulaires de prise de notes standardisés. Ce sont d'ailleurs des méthodes à saluer. Il reste cependant la question des différents tests proposés aux candidats, la nature de ces tests, leur poids dans le processus de sélection, les critères mis en avant, les liens réels avec le poste proposé et le retour d'information fait aux candidats, comme au recruteur, sur les

[1035] Guide n° 2, p. 31.

résultats de ces test. Le IE doivent être vigilantes sur ce point. En effet, le travail consistant en l'objectivation de l'évaluation des candidats, ne doit pas être affaibli par l'utilisation de tests qui reposeraient sur des données ou des modalités de réalisation non directement en lien avec les compétences attendues sur le poste proposé[1036].

**e- Traitement des candidatures et retour d'information assuré aux candidats**

*S'il est vrai qu'il existe un suivi des candidatures par les IE, l'appui aux candidats n'est pas encore suffisant*[1037]. L'ensemble des IE qui ont répondu à la sollicitation du CARC pour 2008/2009, assure travailler dans la transparence, en donnant aux candidats un droit d'accès aux informations les concernant. Certains IE ont développé des réelles procédures et des supports de présentation de ces informations, tandis que d'autres n'indiquent que le respect du principe de la transparence. Les IE disent être mal à l'aise sur la vérification des motifs de non sélection des candidats, voire impuissants une fois recueillies les premières explications de l'employeur, hésitant à qualifier la situation discriminatoire. Enfin, dans les situations manifestement discriminatoires, ils n'ont pas tout mis en place des procédures d'appui aux candidats. Si 88 % des IE affirment s'être organisés pour suivre l'intégration de leurs candidats sur les postes proposés, en revanche, ils ne sont plus que 45 % à s'être dotés d'une procédure ou d'une action à l'attention des candidats dans l'hypothèse réelle d'une discrimination.

En définitive, concernant les actions menées par les IE envers les candidats, des points positifs sont à noter. L'information générale des candidats sur les engagements des IE, la vérification de la légalité des offres d'emploi et le travail centré sur la valorisation des seules compétences sont toujours en progression. D'autres points, - tout aussi important -, appellent à une plus grande vigilance encore. Il s'agit principalement de l'information des candidats sur les résultats de leurs évaluations, l'utilisation de leurs données personnelles, l'utilisation des tests graphologiques, l'approche directe[1038] et les situations dans lesquelles

[1036] Guide n° 2, p. 32.
[1037] *Idem.*
[1038] Recherche de candidats potentiels non officiellement en recherche d'emploi, parce que déjà en poste en entreprise par exemple. Une réflexion des professionnels sur cette méthode de travail au regard des mécanismes de discrimination serait intéressante.

la présélection des candidats est effectuée par l'entreprise elle-même[1039]. Qu'en est-il des actions des IE menées en interne ?

### 3- Actions menées en interne

Après l'étude des actions des IE menées envers les entreprises recruteuses et les candidats à l'emploi pour prévenir la discrimination à l'embauche et promouvoir l'égalité, il convient maintenant de s'intéresser aux actions allant toujours dans ce sens, mais menées par les IE dans leur structure respective, autrement dit à l'interne. La mise en place d'une politique formalisée et la désignation de référents (**a**), la mise en œuvre des diagnostics (**b**), la sensibilisation et la formation des agents, cadres et dirigeants (**c**), le dialogue social (**d**) et l'action envers les fournisseurs, les prestataires et les sous-traitants (**e**), nous renseigneront ici utilement.

#### a- Mise en place d'une politique formalisée et désignation de référents

L'axe fort que constitue l'engagement de la Direction ou de la Présidence des IE, s'il est signalé par 83 % des répondants dans le cadre du CARC, ne se traduit qu'à hauteur de 51 % par la formalisation d'un plan d'action. Or il importe que la mobilisation de la Direction se traduise par des actions concrètes. La déclinaison des engagements pris dans le cadre d'une charte ou d'un accord global semble plus mise en œuvre par les structures de grande taille comme les grands cabinets de recrutement comme MICHAEL PAGE, ALAIN GAVAND CONSULTANTS, et les grandes agences d'emploi comme le Pôle emploi. Les petits cabinets formalisent peu et recourent davantage à la pratique orale. Deux types de démarche valent formalisation pour les IE. La première consiste en la diffusion écrite des engagements pris pour lutter contre les phénomènes discriminatoires[1040]. La seconde est en l'engagement d'actions concrètes telles que candidater aux différentes normes AFNOR[1041] ou procéder à l'insertion de clauses de non-discrimination dans les contrats, mettre en place en interne des directions transversales spécialisées dans la prévention des discrimination et mener le

[1039] Guide n° 2, p. 33.
[1040] Lettres ouvertes du dirigeant, diffusion en interne et communication sur les texte signés.
[1041] Label Egalité professionnelle, Label Diversité.

plan de formation des collaborateurs. Cependant très peu d'IE répondants, à ce stade, décrivent la mise en place de plan d'action globaux fixant des priorités et des objectifs, et prenant en compte l'ensemble des dimensions soulignées dans le cadre de référence fixé par la HALDE. A défaut, 63 % des IE répondants ont désigné des responsables en interne, qui relèvent de la Direction des Ressources Humaines dans la grande majorité des cas. Dans les plus petites structures, c'est le dirigeant qui assure cette fonction. Au sein des IE de moyenne et grande taille, sont investis en parallèle des responsables Ressources humaines en charge du volet interne, des responsables Prévention des discriminations travaillant sur les engagements externes de leurs entreprises et les articulations internes nécessaires. Il en ressort donc que *les engagements en la matière se concrétisent de plus en plus chez les IE*[1042].

**b- Mise en œuvre de diagnostics**

La mise en place d'audits, d'études, de tests de discrimination, qui permettent d'identifier les difficultés pour les résoudre s'établit à 38 % des réponses ; les IE ne sont plus que 17 % à évaluer les actions qu'ils engagent eux mêmes sur la promotion de l'égalité. Le clivage "grands/petits" semble moins prégnant dans ce domaine. Ceci est dû, en partie, au fait que, parmi les IE répondants, figurent les cabinets membres de l'association ACE[1043] qui disent avoir été auditionnés, au moment de leur adhésion, sur leurs pratiques en termes de prévention des discriminations par l'association. En revanche, on observe des disparités au niveau du contenu des audits et des évaluations conduits. Ainsi, une trentaine d'IE a mené ou fait réaliser un très grand nombre d'évaluations sur des domaines ciblés, relatifs à la prévention des discriminations[1044]. Pour les autres, les études sont moins nombreuses, pas régulières, et ne concernent pas toujours la thématique des discriminations. Les pratiques métiers, les démarches qualité en agence et la gestion sont également auditées. *En termes de prévention des discriminations*, peuvent être cités des autoévaluations pour l'association ACE, des audits sur les discriminations par la méthode patronymique, sur le CV anonyme et sur les bonnes pratiques de prévention. La plupart des audits importants sont réalisés par

[1042] Guide n° 2, p. 35.
[1043] Association pour l'accompagnement de chercheurs d'emploi.
[1044] Audit senior, handicap, objectivité des procédures de recrutement.

des prestataires externes. Selon les IE répondants, la question des diagnostics connaitra, à l'avenir, un plus grand développement. La prise en compte des résultats des audits varie en fonction de la situation de chaque IE certes ; mais dans l'ensemble, ils semblent donner lieu rapidement à des réformes pratiques. Ainsi, parmi les modifications engagées faisant suite à un audit, les IE ont cité, comme exemples sur leurs pratiques professionnelles, la mise en place d'un processus alerte interne, l'amélioration de la visibilité de leurs actions sur leur site internet, l'intégration d'une nouvelle méthodologie dans la conduite des entretiens, la modification de la grille d'entretien, la mise en place d'un nouveau *process* d'élaboration des fiches des postes, l'amélioration de la fiche candidat, la modification de la méthode de lecture et de tri des CV, la vérification de la base de données, l'utilisation d'une application Web permettant de retracer la gestion des commandes à caractère discriminatoire. *Sur la gestion du personnel en interne*, l'engagement d'un audit a pu conduire à des réformes. Les IE ont par exemple mentionné l'aménagement de postes pour les travailleurs handicapés ou encore l'expérimentation du bilan de deuxième partie de carrière pour les seniors[1045]. En définitive, il convient de noter que depuis 2009, les IE ont mis un point d'honneur à réaliser, à l'interne, des diagnostics, des études et des audits. *Toutefois, l'évaluation de leurs actions sur la prévention des discriminations reste vraiment insuffisante*[1046].

**c- Sensibilisation et formation des agents, des cadres et des dirigeants**

Il ressort de la dernière parution du CARC, 2008/2009, concernant les pratiques des IE en termes de prévention de la discrimination à l'embauche et promotion de l'égalité que, *les programmes de sensibilisation et de formation de leurs agents, cadres et dirigeants se développent*. En effet, 86 % d'IE en 2009 contre 76 % en 2007, déclarent sensibiliser et/ou former les salariés sur les problématiques de discrimination. Les différents éléments fournis montrent les efforts de formation engagés par tous les réseaux, pour leurs salariés et leurs managers en place, et systématiquement pour tous les nouveaux recrutés. Les formations se déroulent pendant 2 heures ou deux jours par an avec des modules complémentaires de remise à niveau. Dans les faits, nombreux sont les IE qui pratiquent une durée de formation d'une journée pour les agents et collaborateurs, entre 2 heures et 3 heures pour les cadres.

[1045] Guide n° 2, p. 36.
[1046] *Idem*, p. 36.

La mise à niveau juridique, la réflexion générale sur la notion de stéréotype et sur ceux qui sont le plus répandus, la définition des critères d'identification des situations qualifiées de discriminatoires et les actions à entreprendre en cas de discrimination, constituent le socle commun de ces formations en interne. Ces bases s'insèrent dans un cadre plus large variant en fonction du public visé par la formation, qui mettra par exemple l'accent sur la diversité pour les managers[1047] ; ou sur les bonnes pratiques et c'est le cas de l'association ACE qui fournit annuellement, à tous ses adhérents, une formation d'une durée de 8 heures sur les bonnes pratiques en matière de promotion de l'égalité ; ou sur les argumentaires à utiliser près des clients et sur les circuits internes d'alerte en cas de discrimination, pour les agents. La sensibilisation passe enfin par d'autres supports tels que les informations régulières, les mallettes pédagogiques, l'organisation d'échanges, la diffusion de bonnes pratiques, et le traitement du sujet pendant les réunions de services où interviennent des formateurs[1048].

**d- Le dialogue social**

Favoriser le dialogue social pour la prévention des discriminations a toujours été une recommandation des directives européennes en la matière. Les grandes agences pour l'emploi, la direction générale et les directions régionales de Pôle emploi, l'APEC, ont inscrit la thématique de prévention des discriminations dans le dialogue social. Les accords signés dans ce domaine portent, pour la plupart, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, l'évolution professionnelle, l'embauche de travailleurs handicapés, l'égalité hommes/femme et l'emploi en faveur des seniors. Les constats qui peuvent être sont de la même nature que ceux qui ont été établis par la HALDE s'agissant des grandes entreprises du secteur privé. Il s'agit par exemple de la négociation d'accords seulement lorsque rendus obligatoires par la loi ; peu d'accords généraux, s'adressant à l'ensemble des salariés, sur la prévention des discriminations ; la conclusion et les modalités de suivi des accords restant à améliorer. 81 % des intermédiaires interrogés se disent non concernés par le sujet en raison de la taille de leur structure. Toutefois certains ne négligent pas la question. C'est le cas de LIGHT CONSULTANT, qui malgré sa petite taille, a élu un représentant du personnel chargé d'accompagner les salariés qui pourraient y être victimes de discrimination. Toutefois, des

[1047] Formations « *Recruter dans la diversité* ».
[1048] Guide n° 2, p. 37.

accord ont été signés dont les plus récents sont : l'Accord de branche du travail temporaire signé en 2007 par les organisations syndicales sur la prévention des discriminations pour les salariés permanents et les salariés intérimaires ; l'Accord social du 17 mars 2008 en faveur de l'emploi des personnes handicapées ; l'Accord sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences de l'APEC du 13 mars 2008 ; l'Accord cadre contre les discriminations avec les 5 organisations syndicales de l'entreprise et la Commission paritaire de suivi de l'accord, et l'Accord Egalité Professionnelle le 10 décembre 2008 chez ADECCO. Il en va de même chez RANDSTAD, MANPOWER, ADIA et le Pôle emploi. *Malgré quelques efforts en termes de développement du dialogue social, il reste encore insuffisant*[1049].

**e- Action envers les fournisseurs, les prestataires et les sous-traitants**

*L'action des IE envers les fournisseurs, les prestataires et les sous-traitants est encore faible*. L'attention portée sur les pratiques de ces partenaires externes des IE[1050] doit être renforcée. En effet, les IE semblent encore très peu investis sur cet axe. 39 % d'entre eux disent mener des actions de sensibilisation auprès de leurs partenaires et 27 % auraient inséré une clause spécifique dans les contrats signés. Les IE doivent également appliquer les recommandations de la HALDE en la matière, lorsqu'ils confient, entièrement ou en partie, leur mission à un ou des sous-traitants. Ainsi, la construction de l'appel d'offres, la sélection des opérateurs, le contenu des contrats, le suivi des opérateurs privés et la sélection des demandeurs d'emploi, doivent faire l'objet de la même exigence. S'agissant de Pôle emploi, cette exigence est renforcée par celle qui découle de son action de service public. Dans le cadre de l'appel d'offres lancé au début du printemps 2009, le Pôle emploi confié, sur deux ans, l'accompagnement de 320 000 chômeurs à des prestataires extérieurs notamment les principales agences d'emploi, les cabinets de conseil en management ou ingénierie sociale, et l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes[1051]. L'appel d'offres visait la prise en charge intensive et le placement de 170 000 personnes dites éloignées de l'emploi[1052] ; l'accompagnement au retour à l'emploi de 150 000 personnes licenciées pour

[1049] Guide n° 2, p. 38.
[1050] Y compris les co-traitants.
[1051] AFPA.
[1052] Notamment les chômeurs de longue durée.

des motifs économiques et ayant conclu une convention de reclassement personnalisée. Ce marché, prévu pour deux ans, devrait être reconduit pour une année supplémentaire. En conséquence, il est souhaitable que tous les IE, publics et privés concernés, renforcent leurs actions en les organisant autour de questions à traiter telles : « *le marché a-t-il réellement prévu des clauses de non-discrimination ? Comment les dispositions, en matière d'égalité des chances, ont-elles effectivement été mises en œuvre au cours du recrutement de ceux qui sont dédiés à la mission confiée*[1053] *? Comment les consultants et agents sont-ils formés au cours de leur période d'intégration à ces dispositifs? Bénéficient-ils des actions et outils de prévention des discriminations déjà mis en place par les IE répondants ? ».* Comment les prestations des sous-traitants seront-elles évaluées, du point de vue des résultats comme de celui des pratiques ?

Il convient de saluer, dans les pratiques en interne de IE pour la prévention de la discrimination à l'embauche et la promotion de légalité, la progression de la mobilisation des moyens déployés en interne, le développement des actions de sensibilisation et la mise en œuvre de réformes suites aux diagnostics engagés en ce sens comme l'amélioration des fiches candidats, les nouvelles méthodes de tri des CV et les modifications portant sur les bases de données. Toutefois, d'autres points appellent aussi à une plus grande vigilance. Il s'agit notamment de l'évaluation des actions menées et leurs impacts ; une vison globale à développer pour permettre de prioriser et de suivre les actions ; la mobilisation du dialogue social en matière de discrimination et le dialogue avec les salariés ; le développement des actions envers les partenaires externes ; et pour les petites structures, la formalisation de leurs procédures et de leurs décisions[1054].

### Section 3 : Pratiques communes aux entreprises et à la Fonction publique afin de prévenir la discrimination à l'embauche

De part et d'autre, la Fonction publique et les entreprises développent différents outils pour prévenir la discriminations à l'embauche. Si ces moyens d'action sont propres à chaque secteur d'activité, entendant par là le secteur public et le secteur privé, force est de

[1053] Consultants et agents.
[1054] Guide n° 2, p. 40.

constater que certains moyens développés afin de prévenir le phénomène discriminatoire à l'embauche sont communs à l'employeur public et aux entreprises. Dans ce point de notre réflexion nous nous attacherons à déterminer et analyser ces pratiques communes, tout en appréciant leur pertinence. Pour ce faire, nous commencerons d'abord par la Culture et la promotion de la diversité en raison du caractère actuel de ce thème dans le domaine de la prévention des discriminations dans l'emploi (**Paragraphe 1**), avant bien sûr de se pencher sur le recours aux mesures de discrimination positive, plus anciennes et très controversées (**Paragraphe 2**).

### Paragraphe 1 : Culture et promotion de la diversité

L'analyse de la notion de diversité (**A**), de la signature de la Charte de la diversité par laquelle se traduit l'engagement des employeurs dans la prévention des discriminations dans l'accès à l'emploi (**B**) ainsi que du Label Diversité décerné aux employeurs s'illustrant de manière irréprochable en la matière (**C**), structurerons notre développement.

#### A- Flou de la notion

Comme le souligne le Rapport DELOITTE[1055], à ce jour la diversité n'a jamais fait l'objet - en France du moins - d'une définition officielle, ni dans la Constitution, ni dans les textes de loi. Le sociologue Michel WIEVIORKA rappelle d'ailleurs que, « *la diversité est une notion à géométrie variable (...) dont les fondements juridiques sont bancals* »[1056]. En raison de sa faible normativité, la diversité a donné lieu à de nombreuses définitions dans le débat public. Des définitions parfois imprécises et souvent contradictoires. Les désaccords qu'elle entraîne portent notamment sur le spectre des critères auxquels elle renvoie, ceux qui sont contenus dans le terme de diversité à savoir, l'origine, l'âge, le handicap, l'état de santé, le sexe, l'apparence physique, l'orientation sexuelle et bien d'autres encore. Mais, il ressort de la pratique qu'appliquée à l'entreprise, la diversité désigne la variété de profils humains qui,

[1055] DELOITTE, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Rapport à la demande du Centre d'analyse stratégique (CAS), juin 2010, p. 5.
[1056] WIEVIORKA (M.), *La diversité*, Rapport à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Robert LAFFONT, octobre 2008.

à l'image de la société, peuvent exister en son sein. La diversité fait généralement référence à quatre populations en particulier. Il s'agit des personnes issues de l'immigration, celles en situation de handicap, les seniors et les femmes. La promotion de la diversité, dans le cadre de notre réflexion, est entendue comme l'ensemble des moyens qui permettent de garantir l'égalité réelle de traitement entre tous les individus dans le domaine de l'emploi, et ceci indépendamment de leurs différences. Elle regroupe différents types d'actions dont les plus caractéristiques sont celles visant à prévenir les actes avérés de discrimination couverts par le champ de la loi et les actions positives visant, au-delà du respect des dispositions légales, à assurer des conditions similaires de réussite pour tous telles les actions de prévention, de sensibilisation, ou encore de formation. Le management de la diversité est quant à lui, une étape postérieure à la promotion de la diversité. En effet, une fois promue, la diversité doit être gérée pour apporter une valeur ajoutée à l'entreprise.

**B- Formalisation de l'engagement des employeurs : la Charte de la diversité**

L'idée de la Charte de la diversité pour promouvoir l'égalité dans l'entreprise est avant tout une initiative d'entreprises[1057]. Elle a été lancée en janvier 2004 dans un Rapport de l'Institut Montaigne[1058] et proposée, à l'issue de sa rédaction, par Claude BEBEAR et Yasid SABEG le 22 octobre 2004 à la signature par 33 entreprises. Elle consiste en un texte d'engagement proposé à la signature de toute entreprise, quelle que soit sa taille, qui condamne les discriminations dans l'emploi et décide d'œuvrer en faveur de la diversité. Elle exprime la volonté d'agir de ces entreprises pour mieux refléter, dans leurs effectifs, la diversité de la population française. La Charte de la diversité dans l'entreprise guide cette dernière, qui s'y engage par sa signature, dans la mise en place de nouvelles pratiques en y

[1057] C'est d'ailleurs ce que précise Claude BEBEAR, président d'ISM-Entreprendre pour la Cité, en Charge du Secrétariat de la Charte de la diversité lorsqu'il dit que « *Nos entreprises sont les institutions qui, en France, intègrent le plus grand nombre de personnes issues de la diversité. Cependant, la discrimination en entreprise est une réalité. Révoltante sur le plan de l'éthique, la discrimination en entreprise est aberrante sur le plan économique. Lutter contre les discriminations en entreprise n'est pas affaire de compassion, mais d'intérêt bien compris ! La génération du « baby boom » partant à la retraite, la France va connaître un déficit de main d'œuvre. Ce serait contre-productif de nous priver des réserves considérables de dynamisme, de compétences et de créativité qui existent chez nous, sous prétexte que ces personnes seraient différentes. Initiative d'entreprises destinée aux entreprises, la Charte les incite à agir pour être davantage représentative de la société dans son ensemble*. ». www.charte-diversité.com (en ligne).

[1058] SABEG (Y.), MEHAIGNERIE (L.), *Les oubliés de l'égalité des chances : Participation, pluralité, assimilation…ou repli ?*, Rapport Institut Montaigne, janvier 2004, réédité en septembre 2005.

associant l'ensemble de ses collaborateurs et partenaires. Elle les incite à mettre en œuvre une politique objective de gestion des ressources humaines, laquelle doit être centrée sur la reconnaissance et la valorisation des compétences individuelles. Le but étant de favoriser la cohésion et l'équité sociale tout en augmentant la performance de l'entreprise.

La Charte de la diversité est construite autour de six articles. *La sensibilisation et la formation des dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation ou la gestion de carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité* constituent le premier. Le deuxième article de la Charte invite *au respect et la promotion de l'application de principe de non-discrimination sous toutes ses formes et dans toutes les étapes relative à la gestion des ressources humaines que sont l'embauche, l'avancement et la promotion professionnelle des collaborateurs*. Vient ensuite *la recherche du reflet de la diversité*[1059] *de la société française dans les effectifs de l'entreprise, aux différents niveaux de qualification*. Le quatrième article de la Charte porte sur *la communication, auprès des collaborateurs, de l'engagement des entreprises signataires en faveur de la non-discrimination et la diversité, ainsi que l'information sur les résultats de cet engagement*. Le cinquième article porte sur *l'utilisation de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de diversité comme un objet de dialogue avec les représentants des personnels*. Enfin, dans son sixième article, *la Charte invite à introduire, dans son Rapport annuel, un chapitre descriptif de l'engagement de non-discrimination et de diversité*[1060]. La signature de la Charte revient ainsi à manifester son engament pour la non-discrimination et la diversité, favoriser l'égalité des chances face à l'emploi et améliorer la performance de l'entreprise. A ce jour, *c'est-à-dire* en neuf années d'existence, 3 535 entreprises[1061] implantées sur l'ensemble du territoire national ont signé

[1059] Notamment la diversité culturelle et ethnique.
[1060] Actions de mise en oeuvre, pratiques et résultats.
[1061] Pour ne citer que l'exemple de la région Alsace, 138 entreprises sont signataires de la Charte de la diversité. Il s'agit, tous secteurs d'activités confondus, de : ACTION ET COMPETENCE*, ADIDAS FRANCE*, APAMAD & APALIB, CENTRE HOSPITALIER Mulhouse, CLEMESSY SA, ELECTRICITE de Strasbourg*, JOHNSON CONTROLS*, L'ALSACIENNE DE RESTAURATION*, LATITUDE, MARS CHOCOLAT FRANCE, MULHOUSE ALSACE AGGLOMERATION, RECTOR LESAGE, SNCF alsace, SOTRALENTZ SAS*, UGECAM Alsace*, UNIVERSITE DE Strasbourg, VIADOM*, VILLE de Mulhouse, WÜRTH France*, A PROPOS LANGUES, ABRAPA*, ACTIV RH, ACTIVIS, ADAPEI du Bas-Rhin, ADECCO France Région Grand Est*, ADIT-IRM/IRP*, AFAPEI, AFPA Alsace, AISPACE Alsace, ALTEDIA Région Est*, APMBTP, ARES, AUCHAN Mulhouse, CAFE CONTACT*, CAP ECO*, CASTEROT EXPERTISE*, CENTRE COMMERCIAL PORTE JEUNE, CENTRE de Harthouse, CENTRE DS JEUNES DIRIGEANTS Alsace*, CENTRE SOCIO-CULTUREL BEL AIR*, CIITYVEILLE*, CLIKECO*, CONSTRUCTIONS ELECTRIQUES MENG*, CORA Wittenheim, CRIT Direction régionale est*, CTI Grand Est*, CTTM, DIMACO*, DYCTAL, EDFIELD*, ELITE 68*, EPICEA*, ES ENERGIES Strasbourg*, EUL FOYER SAINT-JEAN ETHIC ETAPES LA VIE EN VERT*, FACE Alsace*, FE OSCAR

la charte de la diversité dans l'entreprise. Précisons, que cette dernière n'a aucune valeur contractuelle, elle reste un engagement moral des entreprises qui en sont les signataires. Si la plupart des entreprises saluent cette initiative, elle appelle toutefois à quelques critiques.

En effet, la diversité dans l'entreprise désigne la valorisation de l'embauche des personnes d'horizons différents, que ceux-ci soient culturels ou individuels, liés au genre, à l'origine ethnique ou au profil. Les partenaires de la Charte rappellent qu'elle s'inscrit dans une logique "*gagnant-gagnant pour l'entreprise et la société*" [1062]. Partant, elle présente un certain nombre d'avantages, quatre précisément. *Elle permet à l'entreprise de se mettre en conformité avec la loi et de se prémunir d'une perte de réputation*. En s'engageant dans une démarche diversité, l'entreprise s'assure que ses modes de recrutements sont conformes à

---

LE BISTROT SARL, FNAC Mulhouse*, FOUR J'S DEVELOPMENT TOOLS SAS, Française de commercialisation SOFRACO*, GLOBAL MIND SEARCH*, GOLDEN FACILITIES*, GDF-Unité Réseau Gaz Alsace Franche Comté*, HANVOLUTION*, HEPPNER GROUPE*, HILTON Strasbourg*, INDIBATP*, INSER EMPLOI*, INTER'STORE, JETHO*, KOFFEEWARE, LASER GAME EVOLUTION*, LES ATELIERS SINCLAIR, LYONNAISE DES EAUX-Entreprise régionale Grand Est, MAISON DE L'EMPLOI ET DE LA FORMATION de Saverne* MANPOWER Illkirch 67*, MANPOWER Illkirch 68*, MEDEF Bas-Rhin*, MERCURE Mulhouse centre, MISSION LOCALE POUR L'EMPLOI Strasbourg*, NLMK Strasbourg*, NOVA PERFORMANCE, OCI, OCITO SERVICES*, OPH MULHOUSE HABITAT, ORIV*, OTE INGINIERIE*, OXALIS FORMATION, PROEVOLUTION*, RMT, SDEA, SELECT IMMO*, SEMAPHORE MSA, SERV'ELITE*, SHRED-IT France*, SOCIETE DECAUX, SOCIETE INDUSTRIELLE de Mulhouse, SOFITEX, SOFITEX EA, SOFITEX ICA, SOFITEX LT, SOFITEX PAA, SOFITEX PCE, SOFITEX PEI, SOFITEX PMI, SOLEA, STENGER PLATRE ET STAFF*, TALENTS FIRST*, VOB, WEBER LUBRIFIANTS, WELEDA SA, etc... Seules les entreprises suivies de (*), soit un total d'environ 57 entreprises, ont communiqué leurs actions concrètes en faveur de la diversité.

[1062] Les partenaires de la charte de la diversité (les nationaux à savoir les organismes publics, les réseaux nationaux d'entreprises, ou des fédérations : AFCI (Association des Chambres de Commerce et d'Industrie, ACSE (agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances), ANDRH (Association Nationale des Directeurs des Ressources Humaines), APCM (Chambres des Métiers et de l'Artisanat), CGPME(Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises), CJD (Centre des Jeunes Dirigeants d'entreprise), DAIC (Direction de l'Accueil, de l'Intégration et de la Citoyenneté), CNML (Conseil National des Missions Locales), DGEFP (Délégation Générale à l'Emploi et à la Formation Professionnelle), EP (Entreprise et Personnel), CREPI (Fédération Nationale des Clubs Régionaux d'Entreprise pour l'Insertion), FACE (Fondation Agir Contre l'Exclusion), FSE (Fonds Social Européen), GEMA (Groupement des Entreprises Mutuelles d'Assurance), la HALDE, IMS- Entreprendre pour la Cité, l'Institut de l'Entreprise, MEDEF (Mouvement des Entreprises de France), Pôle emploi, UPA (Union Professionnelle Artisanale), USGERES (Union de Syndicats et Groupements d'Employeurs Représentatifs dans l'Economie Sociale) ; les locaux à savoir toute structure publique ou association défendant les valeurs de la charte auprès d'un groupement d'entreprises sur un territoire donné : ALLIANCES dans le Nord pas de calais, Association le devoirs de mémoires en Picardie, CLE NORD PAS DE CALAIS, FACE Provence-Alpes-Côte-D'azur, Club des 1000 entreprises citoyennes d'Auvergne, Medef Haute-Garonne, Midi-Pyrénées, Mission locale Angevine Pays de la Loire, SOLID'ERE en Bourgogne, UNION PATRONALE DU VAR en Provence-Alpes-Côte-D'azur, A COMPETENCE EGALE sur tout le territoire national, DEZD (Dating Emploi Zéro Discrimination) dans LE Rhône-Alpes, La Maison de l'Emploi du Grand Nancy en Lorraine, CCIP Hauts-de-Seine en Ile-de-France, AFMD (Association Française de Managers de la Diversité) sur toute la France, Ville de Besançon en Franche Comté, Centre pour l'égalité et la diversité de SUNERGIA en Poitou-Charentes, CCI Grenoble Rhône-Alpes, Préfecture de Franche-Comté, DDTEFP Haute Vienne, Ville d'Annemasse en Rhône- Alpes, IMS-Entreprendre pour la Cité antenne PACA, IMS-Entreprendre pour la Cité antenne Rhône-Alpes, CLUB EFFICIENCE sur la France entière ; et les entreprises signataires de la Charte) s'accordent pour dire qu'elle favorise la cohésion sociale tout en répondant à des enjeux d'entreprise.

la loi. Elle prévient ainsi le risque d'une plainte pour discrimination ou, en cas de procès, la perte de sa réputation. *Elle aide l'entreprise signataire à prouver son engagement en tant qu'entreprise socialement responsable* ; puisque œuvrer pour la diversité, c'est construire une image positive de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, ses fournisseurs, ses salariés et les collectivités territoriales[1063]. Présenter l'entreprise comme ouverte et tolérante a bien des fois des retombées positives en termes d'image de l'entreprise, vis-à-vis de ses clients, ses prestataires extérieurs, ses consommateurs, en France et même dans le monde entier. *Elle soutient l'entreprise dans ses démarches consistant à optimiser sa gestion des ressources humaines*. La gestion de la diversité conduit d'une part à l'optimisation des compétences et d'autre part, encourage l'implication des salariés. Diversifier ses sources de recrutement et intégrer de nouveaux profils permet aussi de faire face aux pénuries de main d'œuvre. En plus des compétences liées au travail, les employés sont valorisés pour leurs perspectives et qualités, uniques et personnelles. Cette valorisation des individus pour ce qu'ils sont crée une meilleure ambiance au travail, moins d'absentéisme, une motivation plus forte. Enfin, *l'entreprise augmente ainsi sa performance économique.* Une équipe diversifiée lui permet de mieux comprendre les attentes de ses clients, de pénétrer de nouveaux marchés tout en développant sa capacité d'innovation et de mieux s'adapter au changement. Autrement dit, la diversité a des avantages en termes de connexion avec les clients et la réalité sociale qui entoure les entreprises. Les clients potentiels des entreprises sont devenus diversifiés eux aussi. Avoir dans son staff des personnes semblables à celles qu'on essaie de toucher peut faciliter la communication et la compréhension que l'entreprise a des besoins et des envies de ces groupes. Les clients de certains groupes peuvent aussi préférer avoir à faire à des personnes qui leur ressemblent dans les interactions commerciales. Si à l'origine, la Charte de la diversité est une initiative des entreprises, notons que l'employeur public s'y est aussi intéressé. En effet, les enjeux de la diversité pour les entreprises sont en grande partie les mêmes pour les administrations publiques. Parce qu'elle porte des politiques publiques en la matière, la Fonction publique a, de surcroît, un important devoir d'exemplarité et se doit, pour « *mieux représenter la nation qu'elle sert* »[1064], « *d'être effectivement à l'image de la diversité de la population française, à tous les niveaux de son administration* ».

[1063] Attribution des marchés publics, réponse aux attentes éthiques des consommateurs et des collaborateurs, etc.
[1064] VERSINI (D.), *Rapport sur la diversité dans la Fonction publique*, La Documentation française, 2004.

Néanmoins, la diversité présente aussi quelques limites, principalement de deux ordres[1065]. *L'engendrement, dans une certaine mesure, du renforcement des* stéréotypes est la première limite de la diversité. En effet, dans l'hypothèse où les entreprises embauchent des Allemands parce qu'ils semblent très sérieux dans le travail, ou des jeunes parce qu'ils seraient plus enthousiastes, ou encore des femmes qu'on estimerait plus compréhensives, on préjuge à nouveau des caractéristiques de ces personnes parce qu'elles appartiennent à des groupes bien spécifiés. Il conviendrait plutôt d'embrasser la richesse d'une personne en acceptant ses caractéristiques propres[1066], pour mieux exploiter la diversité. *L'autre limite de la diversité apparaît lorsque se pose la question de savoir qui représenter?*. Le problème de l'étalon de référence c'est-à-dire celui à partir duquel on peut considérer que la diversité est atteinte, n'est pas à minimiser. Observons par exemple la composition des salariés dans une entreprise donnée. Doit-elle reproduire les composantes de la population au sortir des écoles et des centres de formation, ou plutôt celle du bassin d'emploi ? La référence à cette "*population modèle*" ne risque-t-elle pas de donner lieu à la mise en place de quotas fondés sur la base de catégories ethniques impossibles à mesurer et par ailleurs prohibée ? *In fine*, si la diversité peut exister sur l'ensemble des salariés d'une entreprise, il faudrait cependant être très attentif à "*l'ethnicisation et la sexualisation*" de certains métiers d'une part, et à l'existence de cette diversité à tous les échelons de responsabilité d'autre part. S'il est vrai que la diversité est une démarche intéressante pour l'entreprise[1067] et les administrations publiques, il peut s'avérer dangereux d'en faire une fin en soi.

Par ailleurs une autre question vient à l'esprit. En effet, considérons comme des synonymes les concepts de non-discrimination, d'anti-discrimination ou d'égalitarisme. Le second concept, qu'est l'anti-discrimination c'est-à-dire la lutte contre les discriminations, vise l'égalité de traitement de tous les individus par l'analyse et la correction des pratiques discriminatoires, directes ou indirectes, qui pourraient écarter de l'accès à l'emploi entre autres. Une politique dite antidiscriminatoire dans l'entreprise se focalisera en principe sur les procédures de recrutement et de promotion afin de les rendre transparentes. Or, celles relatives à la promotion de la diversité insistent sur la présence nécessaire de personnes au sein de l'entreprise qui incarnent les groupes minoritaires méritant d'être représentés. Il ne

[1065] ISM CORUM, *Les limites de la diversité*, 2006 (en ligne).
[1066] Que celles-ci correspondent ou non à l'idée qu'on se fait de son groupe d'appartenance.
[1067] En termes d'ouverture et de performance économique notamment.

faudrait pas oublier l'autre difficulté qu'est de savoir à partir de combien de personnes de telle ou telle autre origine supposée, par exemple, la diversité est-elle atteinte. La non-discrimination apparaît alors comme l'une des conditions d'une diversité durable, alors que la diversité ne garantit en rien la non-discrimination, même si elle tendrait bien sûr, dans la logique des entreprises, à la promouvoir. Pourquoi les entreprises françaises font-elles de la Charte de la diversité une condition de l'égalité, alors qu'il semblerait que par la promotion de l'égalité on devrait nécessairement aboutir à la diversité ? Quelle serait la logique de ce procédé ?

### C- Reconnaissance d'un investissement concret et mesurable : le Label Diversité

Lancé par l'Association Nationale des Directeurs des Ressources Humaines [1068] le 11 septembre 2008, le Label Diversité été institué par décret[1069] et officiellement présenté le 17 décembre de la même année par Nicolas SARKOZY au cours de son allocution sur les nouvelles mesures pour l'égalité des chances[1070]. Le Label Diversité, lorsqu'il est décerné à des organismes privés ou publics, témoigne de l'engagement concret et mesurable de ceux-ci en matière de prévention des discriminations, d'égalité des chances et de promotion de la diversité dans la gestion des ressources humaines. Il répond à deux objectifs bien précis que sont *la protection des travailleurs contre tous les discriminations prohibées*[1071] *en droit français* et *la promotion de la diversité considérée comme un facteur de développement, de créativité et d'intelligence collective à travers notamment l'identification, la mise en place d'un répertoire ainsi que la diffusion des* bonnes pratiques *développées en ce sens*.

A la demande des entreprises et employeurs qui en manifestent le désir, le Label Diversité est délivré par un organisme de labellisation après avis préalable de la commission de labellisation créée à cet effet[1072]. La commission de labellisation examine les différents

[1068] ANDRH. Voir le *Bref social n° 15196 du 15 septembre 2008*.
[1069] Décret n° 2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation. JORF n° 0295 du 19 décembre 2008, page 19456, texte n° 27
[1070] Discours de Nicolas SARKOZY à l'école Polytechnique de Palaiseau en Essonne, le 17/12/2008 (en ligne),
[1071] Notamment à l'embauche et dans les actes de promotion interne.
[1072] L'organisme de labellisation est l'AFNOR Certification ; la commission de labellisation est créée pour une durée de trois ans et comprend quatre collèges composé chacun de 5 membres, dont le premier est celui des représentants des organisations syndicales (CGT, CFDT, FO, CFTC, et CFE-CGC), le second est celui des organisations patronales (Medef, CGPME, UPA, UNLP, et CJD) ; le troisième est celui de l'Etat avec des

rapports établis par l'organisme de labellisation, sur le fondement des dossiers déposés par les candidats au label. Au vu de chaque rapport, la commission de labellisation émet un avis qu'elle envoie à l'organisme de labellisation. Ce dernier est tenu d'intégrer ledit avis dans ses conclusions définitives qu'il adressera au candidat à la labellisation. Schématiquement, l'obtention du label se déroule en quatre étapes. La première est le dépôt de la candidature par tout organisme intéressé. La seconde étape consiste en l'instruction de la demande par l'organisme de labellisation et l'attribution d'un évaluateur qui procédera à l'évaluation sur site. La troisième étape est celle de l'analyse, par la commission de labellisation, du rapport d'évaluation qu'elle envoie avec un avis à l'organisme de labellisation. La dernière étape est celle de l'attribution du label par la commission de labellisation. En définitive, attribuer le Label Diversité à une entreprise ou à un organisme consiste à procéder régulièrement à des évaluations de sa gestion de la diversité. Les évaluations ont lieu tous les 18 mois. Il s'agit d'un système d'évaluation construit dans une logique d'amélioration continue, souhaitée et soutenue par les pouvoirs publics ; un dispositif qui associe l'ensemble des acteurs œuvrant dans le domaine de la promotion de la diversité. La démarche est menée en collaboration avec le Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle, du Dialogue social et l'ANDRH auxquels se sont associées différentes instances de l'Etat. Le Label Diversité est délivré pour une durée de trois ans renouvelables. L'organisme de labellisation, à savoir l'AFNOR, réalise des audits pendant les trois années de validité de la labellisation Diversité, afin de mesurer l'évolution des choses, leur amélioration et dire ce qui est reste encore à parfaire.

Depuis la première commission de labellisation du 9 janvier 2009, ce sont 268 organismes qui bénéficient aujourd'hui de la labellisation Diversité[1073]. Les premiers labels ont été délivrés en janvier 2009 à BNP Paribas, CNP Assurances, Eau de Paris, International Language Organisation, NEF Osmose, PSA Peugeot Citroën et RANSTAD. Les bénéficiaires ne manquent d'ailleurs pas d'en faire l'éloge, tout comme les initiateurs du Label Diversité, en raison des multiples avantages qu'ils en tirent. En effet, *le Label Diversité permet ainsi à*

---

représentants issus des ministères concernés, le troisième est composé de représentants désignés par l'ANRH (Association Nationale des Directeurs des Ressources Humaines). La création du label avait été confiée à l'ANDRH par le Président de la République en 2005. Le décret l'instituant détaille les modalités d'organisation et de fonctionnement de la commission de labellisation ( la présidence, le règlement intérieur, les réunions, les votes ainsi que la possibilité de recourir à des experts).

[1073] AFNOR certification, *Les organismes titulaires du Label Diversité*, édition du mois d'avril 2012 (en ligne).

*l'organisme bénéficiaire de porter l'image d'un organisme socialement innovant*. En interne il fédère les salariés autour d'un projet commun ; il améliore la performance économique de l'entreprise par une intégration réussie des nouveaux salariés ; il permet la fidélisation des clients de l'entreprise par les valeurs humaines qu'elle défend et développe une culture de l'entreprise basée sur la diversité. En dehors de l'entreprise, il permet l'augmentation de son attractivité auprès des potentielles recrues ; l'obtention de l'accroissement du panel de candidatures ; la vulgarisation de ses pratiques et l'indexation comme étant une entreprise exemplaire. *Le Label Diversité permet aussi à l'entreprise d'affirmer son ancrage territorial* par la démonstration de sa volonté de s'adapter à son territoire, à son implantation et elle peut prouver sa capacité à intégrer l'ensemble des facteurs environnementaux bénéfiques pour l'ensemble des parties prenantes. Elle augmentera ainsi sa performance économique en tissant un réseau de partenaires territoriaux. De plus*, le Label Diversité accompagne et facilite le dialogue social dans l'entreprise , grâce à un projet partagé par tous et apprécié des partenaires sociaux*. L'accord national interprofessionnel a été signé à l'unanimité le 12 octobre 2006 en France. Plus de 3500 entreprises ont signé la Charte de la diversité et bien d'autres ont signé un accord d'entreprise relatif à la diversité. Le thème n'est pas conflictuel et le Label Diversité donne une ouverture à l'entreprise pour nouer, renouer des liens avec ses partenaires sociaux en les intégrant dans la démarche. Il permet également d'anticiper les démarches avant qu'un accord sur la diversité ne devienne obligatoire. *Le Label permet encore de poursuivre ou d'initier une démarche de développement durable en intégrant le volet social*. En effet, si le Label est un pont dressé vers les démarches responsabilité sociale des entreprises[1074], il fournit également un cadre aux entreprises en début de démarche. *Il permet à l'entreprise d'accroître son volume d'activité par le fait qu'il reflète la diversité de ses clients*. L'entreprise titulaire du Label montre à ses clients qu'elle est à leur image, leur donne envie d'acheter ses produits ou ses services, ceux d'une entreprise ayant des valeurs humaines et qui répond aux besoins de ses clients en utilisant les spécificités de chacun. Enfin*, il permet de progresser dans la gestion des ressources humaines par l'application des principes d'amélioration continue*. L'entreprise prouve qu'elle applique les principes de non-discrimination et d'égalité des chances, grâce à une méthode performante. Elle diminue les risques de condamnations juridiques pour discrimination, et les requêtes déposées auprès du Défenseur des droits. Elle affiche sa volonté d'aller plus loin que la réglementation. Elle

[1074] Démarches RSE.

change les pratiques managériales pour son harmonie et facilite la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. L'employeur public n'est pas en reste. En 2010, plus d'une centaine de labels avaient été délivrés, les ministères économiques et financiers ayant été la première administration de l'Etat à recevoir le label. En juillet 2012, quatre ministères les ont rejoints ainsi que deux agences régionales de santé. Il s'agit notamment des ministères des Affaires sociales et de la Santé ; du Travail, de l'Emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social ; des Droits des femmes et du ministère des Sports, de la jeunesse, de l'éducation populaire et de la vie associative. L'obtention du Label Diversité fait également partie des actions nouvelles développées par l'employeur public dans le domaine de la lutte contre les discriminations par la prévention.

Somme toute, l'initiative et la réalisation du Label Diversité sont positives. Elles le sont à tel point qu'elles ont tendance à faire oublier l'existence d'un autre label, le Label Egalité[1075] antérieur de par sa date de création au Label Diversité. Les raisons d'un tel oubli semblent trouver leurs sources dans la nature même du Label Egalité, plus contraignant. En effet, il oblige les entreprises à obtenir des résultats quantifiés, à suivre une procédure par étapes et surtout à signer un accord égalité. D'où des résultats plutôt médiocres : seules 49 organismes l'ont obtenu en neuf années d'existence du Label Egalité[1076]. L'engouement que suscite le Label Diversité prouve, en cette période de crise, que les mesures en faveur de la lutte contre les discriminations sont favorablement accueillies par les entreprises. D'ailleurs Alain GAVAND, expert dans lutte contre les discriminations dans les ressources humaines, relève qu'il est à craindre que les entreprises reviennent à des critères d'embauche des plus restrictifs et donnent moins leur chance à certains candidats potentiels. Toute mesure, qui favorise la promotion de la diversité, est la bienvenue. Notons que la HALDE, par le biais de

[1075] Le Label Egalité professionnelle lancé le 28 juin 2004 témoigne de l'engagement des organismes par la mise en place d'actions concrètes en matière d'égalité liée au genre, dans le domaine professionnel. Il consiste à répondre précisément aux items d'un cahier des charges spécifique et à se soumettre à l'avis d'une commission externe multipartite composée de représentants de l'Etat, de représentants de salaries et de représentants des entreprises. Il est délivré à tout type d'organisme pour une durée de trois ans au cours de laquelle des audits sont réalisés, par l'AFNOR, sur ses pratiques en matière d'égalité professionnelle. Son obtention se déroule en trois étapes : le dépôt d'un dossier de candidature par l'organisme, l'évaluation documentaire de ce dossier par un évaluateur et la rédaction d'un rapport, l'analyse des éléments de l'évaluation par une commission externe multipartite qui donne lieu à attribution ou non du label par AFNOR Certification. Tout comme le Label Diversité, l'obtention du Label Egalité professionnelle est soumis à des conditions tarifaires variant en fonction de la taille de l'organisme, du nombre de ses collaborateurs, de son implantation et du nombre de ses employés.

[1076] AFNOR certification, *La liste des organismes titulaires du Label Egalité professionnelle*, version du 18/09/ 2012. En ligne, voir sur http://www.boutique-certification.afnor.org/certification/label-egalite-professionnelle

sa présidence, s'était même réjouit des compétences de cette instance pouvant, elle aussi, dans la recherche de la preuve des discriminations, procéder à des contrôles inopinés sur les lieux de travail[1077].

**Paragraphe 2 : Recours aux mesures de discrimination positive**

Née aux Etats-Unis sous le nom d'*affirmative action* aux alentours des années 1960/1970, la discrimination positive a été mise en œuvre en faveur des populations noires et des citoyens discriminés en raison de leur sexe ou de leur origine ethnique. L'idée était de faire que les Noirs soient davantage représentés dans les emplois qualifiés, les médias et les universités. C'est ainsi que des emplois préférentiels ont été mis en place[1078]. L'emploi a été le premier domaine dans lequel la discrimination positive a été mise en œuvre. Par la suite, plusieurs pays du vieux continent[1079] se sont réappropriés la notion de discrimination positive pour la mise en place de politiques nationales en matière d'emploi. La définition de ce concept (**A**), son utilisation en France (**B**) et son impact (**3**) nous aideront à en extraire sa consistance et juger son efficacité dans la prévention de la discrimination à l'embauche.

**A- Concept de discrimination positive**

La discrimination positive institue des inégalités afin de promouvoir l'égalité, en accordant, à certains groupes de personnes, un traitement préférentiel[1080]. Elle consiste en

[1077] En effet, la HALDE avait émis des bémols quant à l'efficacité de l'organisme de labellisation, souhaitant vraiment que celui-ci ne se limite pas à un "*exercice de communication formel*". Le Président de la République, Nicolas SARKOSY, l'avait alors rassuré sur ce point en mentionnant, dans son allocution sur la diversité tenue à Polytechnique le 17 décembre 2008, que l'AFNOR pourrait procéder à des contrôles inopinés sur les lieux de travail dans la recherche des preuves des discriminations quel qu'en soit le critère sur lequel elles sont fondées.

[1078] Dès les années 1960, des emplois préférentiels sont mis en place, mais il ne s'agit point là d'une politique de quotas : en 2003, la Cour suprême américaine a condamné le principe des quotas comme étant contraire à l'égalité devant la loi et à la libre concurrence. Les résultats aux Etats-Unis sont contrastés : en 1960, 13 % des Afro-Américains appartenaient aux classes moyennes, 66 % en 2003. Cependant les dernières études sur la question montrent aussi que les Noirs sont cinq fois moins riches que les Blancs en moyenne et que cet écart s'est creusé au cours du dernier quart de siècle (www.guardian.c0/uk/world/2010/may/17/white-people-95000-richer-black). Voir BACHARAN (N.), *Faut-il avoir peur de l'Amérique ?*, Paris, éditions du Seuil, 2005, p. 137, 138, 140.

[1079] Europe.

[1080] VILLENAVE (B.), CUMENGE (G.) et GIRARD (C.), *La discrimination positive : une présentation. Faut-il développer la discrimination positive en France ?*, Séminaire de discussion et de réflexions politiques, Dossier de synthèse, Ecole Normale Supérieure, novembre 2002.

un ensemble de mesures qui visent à favoriser des personnes appartenant à des catégories dont les membres subissent ou ont subi des discriminations systématiques. Autrement dit, la discrimination positive est une action visant à éliminer la discrimination passée ou alors actuelle, subie par un groupe de personnes, en accordant certains avantages préférentiels en matière de recrutement notamment[1081]. Pour certains, cette politique serait exercée au détriment d'autres catégories et s'opposerait au principe d'égalité de droits. Pour d'autres, elle permettrait la promotion sociale, économique et politique des groupes discriminés. Les catégories de personnes concernées sont définies selon le cas à l'aide de différents critères à savoir ethniques, sexuels, médicaux, culturels linguistiques, religieux, socioéconomiques ou territoriaux. Le vocable discrimination a une connotation négative bien marquée dans le Code pénal français[1082]. D'où l'aversion qu'engendre chez certains le fait de l'associer avec "*positive*". Les opinions sont toutefois partagées. Pour certains, c'est là l'exemple même du politiquement correct avec l'emploi de l'expression "*égalité des chances*" pour la désigner ; pour d'autres il faudrait plutôt employer l'expression "*action positive*", traduction littérale de l'expression américaine originelle "*affirmative action*". Malgré ces considérations, il n'en reste pas moins que la discrimination est toujours négative dans la réalité. Et pourtant, elle peut également devenir positive lorsqu'elle exprime la volonté de corriger et de compenser les inégalités manifestes dont pâtit une population bien précise. *La discrimination positive se définit donc par l'ensemble des mesures destinées au rattrapage de certaines inégalités en favorisant un groupe par rapport à d'autres, quitte à transgresser, de façon temporaire, le principe de l'égalité des hommes en droit. L'idée est en quelque sorte de donner plus à ceux qui ont le moins*. La discrimination positive repose sur une conception de la justice qui privilégie l'équité[1083] à la stricte égalité de traitement. De la sorte, on espère rétablir une égalité des chances compromise par deux phénomènes : la généralisation ou la persistance des pratiques racistes ou sexistes et l'accentuation des inégalités socio-économiques. Selon

[1081] Définition au JORF du 28 juillet 2001, n°173, Vocabulaire de l'économie et des finances.

[1082] Où elle traduit le traitement défavorable dont sont victimes les personnes vulnérables en raison de leur appartenance à un groupe défini par une caractéristique particulière. Voir *Article 225-1 du Code pénal*.

[1083] Sentiment de justice naturelle et spontané, fondée sur la reconnaissance des droits de chacun, sans qu'elle soit nécessairement inspirée par les lois en vigueur. Ce sentiment se manifeste, par exemple, lorsqu'on doit apprécier un cas particulier ou concret sans se laisser guider par les seules règles du droit. C'est une forme de justice qui prend plutôt en considération l'esprit de la loi plutôt que la lettre, pour en tempérer les effets ou la faire évoluer si, comme dit Aristote, "*elle se montre insuffisante en raison de son caractère générale*". L'équité est donc un état d'esprit qui veut aller au-delà de ce qui est juste sur le plan légal et peut donc s'opposer à la loi lorsque celle-ci se présente des lacunes ou s'avère inadaptée, voire injuste. L'équité est sous-entendue par un principe de justice non-écrit, antérieur aux lois et supérieur à celles-ci.

qu'on se trouve dans l'un ou l'autre des ces cas, la mise en œuvre des mesures y relatives obéit à deux logiques différentes. Lorsqu'il conviendra de résorber des pratiques racistes ou sexistes, la définition d'une population cible à partir de traits caractéristiques appartenant à l'identité de l'individu est nécessaire. Alors que, dans la cas où il faut réduire des inégalités socio-économiques, la définition des personnes qui en seront les bénéficiaires passera par le critère de leur situation socio-économique. D'où deux formes de discrimination positive à distinguer[1084]. La première forme de discrimination positive est celle qui retiendra ici notre attention. Elle va consister en la résorption des pratiques discriminatoires dans l'emploi et l'accès à celui-ci[1085] par la mise en œuvre de mesures destinées au rattrapage des certaines inégalités manifestes ; ceci en favorisant des groupes de personnes par rapport à d'autres, quitte à transgresser, de façon plus ou moins temporaire, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 d'après lequel les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.

Afin de prévenir la discrimination à l'embauche, la discrimination positive se doit de revêtir certaines caractéristiques, dont trois principales.

*Intervenir dans des sociétés polyethniques en est la première*. Contrairement aux sociétés multinationales, où coexistent plusieurs nations à l'intérieur d'un Etat et où l'incorporation volontaire ou non[1086] de diverses nations au sein d'une entité politique plus vaste qui la est source du pluralisme culturel[1087], les sociétés polyethniques sont des sociétés où la source de la diversité culturelle renvoie à l'immigration. Le pluralisme culturel résulte alors du fait qu'un pays a accepté ou accepte encore d'accueillir des immigrants, qui n'occupent pas un territoire défini mais qui sont plutôt dispersés sur le territoire national[1088]. Les aspirations de ces deux types de minorités sont différentes. Dans les sociétés multinationales, il s'agira de minorités nationales dont le but principal est de se préserver comme sociétés distinctes à côté de la culture majoritaire ; tandis que dans les sociétés polyethniques, il est question de minorités ethniques qui souhaitent s'intégrer dans la société par le biais de l'emploi par

[1084] CALVES (G.), *Les politiques de discrimination positive* , in n° 822, Revue Problèmes politiques et sociaux, La Documentation française, 4 juin 1999.
[1085] Notamment sur celles qui sont fondées sur la race ou l'origine ethnique et le sexe, et on pourrait envisager, à fortiori, sur celles qui sont fondées sur les autres critères visés à l'article 225-1 du Code pénal.
[1086] Par constitution d'une fédération ou par un processus de conquête.
[1087] Comme par exemple le Canada avec le Québec, ou l'Union européenne si elle devenait, dans le futur, une fédération.
[1088] C'est le cas en France.

exemple. C'est dans ce dernier cas uniquement que se pose la question de la discrimination positive. La France est un exemple de société très diversifiée sur le plan ethnoculturel.

*Consister en un mode de traitement différencié et préférentiel en est la seconde.* Une fois en présence d'une société polyethnique, il se pose la question de savoir comment intégrer les minorités ethniques à la société dans laquelle ils vivent. La synthèse des travaux réalisés par les étudiants de l'Ecole Normale Supérieure en novembre 2002[1089], dégage deux modèles d'intégration concurrents qui coexistent. Un modèle républicain dans lequel la séparation de l'Etat et de l'ethnicité interdit toute reconnaissance juridique des groupes ethniques et toute référence à un critère ethnique pour l'attribution de droits, ressources et obligations ; l'Etat se veut neutre, aveugle aux différences, notamment la couleur de peau des citoyens dont il a la charge ; tous les individus doivent être traités de manière égale, uniforme, sans tenir compte de leur appartenance ethnoculturelle ou de leur sexe par exemple. Un second modèle plus récent et se proposant de remettre en cause le principe d'indifférence face à la couleur de peau, sous le couvert duquel le traitement égal, d'indifférence aux différences, favoriserait en réalité le groupe majoritaire et le principe d'une intégration par assimilation. Il implique d'établir une différenciation entre les individus et ainsi de donner des avantages à ceux qui subissent ou ont subi, par le passé, des inégalités réelles, quand bien même leur égalité formelle n'est pas mise en cause. Il ne s'agit plus de prendre comme principe d'une politique égalitaire la reconnaissance de droits égaux, mais plutôt de corriger les inégalités dont certains groupes sont victimes dans leurs conditions concrètes d'existence. C'est dans ce modèle précis qu'on peut parler d'un traitement différentiel des individus ; le traitement que l'Etat réserve aux individus étant fonction de critères définis comme le sexe ou l'origine ethnoculturelle. Des mesures compensatoires sont introduites et viennent au secours de la promotion de l'égalité effective, dans un contexte où l'égalité strictement légale masque ou justifie des inégalités.

*Etre momentanée, temporaire, est la troisième caractéristique de la discrimination positive.* Les politiques de traitement différentiel des groupes de personnes peuvent se concevoir de deux manières. *D'une part, comme des politiques permanentes où on accordera des droits individuels ou collectifs à l'identité culturelle spécifiée* ; ce qui entraînerait alors sur le long

[1089] VILLENAVE (B.), CUMENGE (G.) et GIRARD (C.), *op. cit.*

terme un risque de repli communautaire, une indifférence, voire une haine mutuelle entre les communautés. *D'autre part, comme des mesures temporaires, provisoires, transitoires, et, dans ce second cas uniquement on parlera donc de discrimination positive* ; étant donné que l'idée qui la sous-tend est celle d'une action qui vise à éliminer une inégalité passée ou présente subie par un groupe de personnes en lui accordant, de façon temporaire, certains avantages préférentiels, comme la mise en place de quotas[1090] en matière de recrutement. La discrimination positive doit être envisagée comme une exception au principe libéral du "*color-blindness*"[1091], mais une exception qui confirme la règle puis qu'elle est défendue en tant que mesure temporaire jugée nécessaire pour évoluer vers une société indifférente à la couleur de la peau des individus qui la composent.

Il convient de souligner que la discrimination positive vise au final à rapprocher la société française actuelle du type de société qui aurait existé si nous avions toujours vécu sous un régime de séparation de l'Etat et de l'ethnicité. Elle cherche, par sa mise en œuvre, à corriger les désavantages accumulés au fil des générations par certains groupes humains, du fait d'un mécanisme de reproduction sociale qui fait que pour l'accès à l'emploi, entre autres, il y a une surreprésentation de groupes ethniques et sociaux proportionnellement à la population totale. Ces droits sont considérés nécessaires, et ceci de manière provisoire, sur le trajet qui, réparant les torts passés, conduirait à une société où disparaîtrait à terme le besoin d'une quelconque représentation spécifique. La Convention des Nations Unies sur la discrimination raciale n'approuve en effet la discrimination positive, que lorsqu'elle revêt

[1090] Les quotas, mis en place traditionnellement par les politiques de discrimination positive, sont destinés à améliorer la représentation des groupes. La plupart du temps, (ce qui n'est aucunement absolument nécessaire puisque la discrimination positive est un principe et que l'établissement des quotas n'est qu'une mesure concrète permettant de mettre en œuvre ce principe) la discrimination positive passe par la définition de quotas, de manière à favoriser l'accès des minorités vulnérables à l'université, à l'emploi, aux marchés, aux postes d'encadrement. Il y a là une volonté de se rapprocher de l'idéal, prôné par certains, d'une *« représentation-miroir »* de la société dans différentes institutions : les établissements scolaires, les institutions publiques, etc. Ainsi force est de constater qu'on s'inquiète e plus en plus de la non-représentativité, notamment du processus politique, au sens où celui-ci ne parvient pas à représenter la diversité de la population. On estime qu'un système plus représentatif devrait comprendre des membres de minorités ethniques ou raciales, des femmes, des personnes économiquement défavorisées, des personnes handicapées, etc. La sous-représentation des groupes défavorisés est un phénomène général : par exemple aux Etats-Unis et au Canada, une étude statistique a montré que les femmes et les minorités raciales disposent de moins du tiers des sièges qu'ils occuperaient si l'on se fondait sur leur importance démographique. On peur réformer le processus politique en amenant les partis politiques à être plus ouverts et en réduisant les obstacles qui découragent les femmes, les minorités ethniques et les personnes économiquement défavorisées de s'engager dans la vie politique. Mais on peut douter de l'efficacité de telles mesures si elles ne sont pas assorties de sanctions par le droit. On s'intéresse d'ailleurs de plus en plus à l'idée de réserver un certain nombre de siège, dans chaque législature, aux membres des groupes défavorisés ou marginalisés. C'est dans cet esprit que s'inscrit la loi française sur la parité.

[1091] Indifférence à la couleur de la peau.

ce caractère temporaire et remplit la fonction de rééquilibrage. Loin de s'opposer à l'idéal de séparation de l'Etat et de l'ethnicité, la discrimination positive essaie de le réaliser étant donné que son objectif ultime est le retour à une société qui est aveugle aux différences et non à l'accomplissement d'une société où l'on différencie de manière définitive les groupes ethnoculturels[1092].

**B- Mise en œuvre dans l'emploi en France**

Les premières mesures de discrimination positive ont été mises en place à la fin des années 1980. Elles ont été prises dans le domaine de l'emploi. Les employeurs se sont vus obliger, par la loi, de recruter un pourcentage de candidats compétents et appartenant à des groupes de personnes préalablement définis par la loi. La loi en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés[1093] imposant aux employeurs du secteur privé et aux établissements publics à caractère industriel et commercial occupant 20 salariés ou plus, d'employer, dans une proportion de 6 % de leur effectif salarié, des travailleurs handicapés, en est la première illustration. Le fait pour un employeur de ne pas remplir une telle obligation est considéré comme étant une discrimination. Pour remplir leur obligation d'emploi de personnes dites en situation de handicap, les employeurs peuvent recourir à plusieurs moyens. Soit l'emploi direct en entreprise, soit par les contrats de sous-traitance avec le milieu protégé, soit par la conclusion d'un accord d'entreprise, soit par le versement d'une contribution financière à

[1092] VILLENAVE (B.), CUMENGE (G.) et GIRARD (C.), *op. cit.*

[1093] Compte tenu de la législation du 23 novembre 1957 imposant un quota de 10 % d'emploi de travailleurs handicapés qui était restée parfaitement théorique, la loi n° 87- 517 du 10 juillet 1987 (JORF du 12 juillet 1987, page 7822) traduisait la volonté politique réelle de faire accéder les travailleurs handicapés au travail en milieu ordinaire. Pour ce faire, et à défaut de réaliser avec la maximum d'efficacité des objectifs représentant une intégration professionnelle significative, la loi définit (dans un libre choix pour les employeurs) 4 modalités pour remplir l'obligation de résultat : l'emploi des travailleurs handicapés, les contrats de sous-traitance avec le milieu protégé, l'accord d'entreprise, et la contribution de l'AGEFIPH. Dans l'intention de garantir le principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, les employeurs sont tenus de prendre des mesures appropriées, en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre aux travailleurs handicapés : d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ; de se voir dispenser une formation adaptée à leurs besoins. Les salariés handicapés concernés par ces mesures sont : les travailleurs reconnus handicapés par la Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées ; les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ayant entraîné une incapacité permanente ou au moins égale à 10 % et titulaires d'une rente attribuée au titre du régime général de sécurité sociale ou de tout autre régime obligatoire ; les titulaires d'une pension d'invalidité à condition que l'invalidité des intéressés réduise au moins des 2/3 leur capacité de travail ou de gain ; les anciens militaires et assimilés, titulaires d'une pension d'invalidité au titre du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ; les titulaires d'une allocation ou d'une rente d'invalidité relative à la protection sociale des sapeurs-pompiers volontaires en cas d'accident survenu ou de maladie contactée en service.

l'Association pour la Gestion, la Formation et l'Insertion des personnes handicapées[1094]. La loi Handicap[1095] est venue compléter la première loi en la matière c'est-à-dire celle du 10 juillet 1987 en rendant la contribution AGEFIPH plus incitative. En effet, elle a été réévaluée à la hausse et est, à l'heure actuelle, de 400 fois à 600 fois le Salaire minimum de croissance horaire, contre 300 à 500 le même Salaire minimum de croissance horaire par le passé. Les employeurs ayant rempli, pendant trois années consécutives, leur obligation au seul moyen de la contribution AGEFIPH, la verront majorée jusqu'à 1500 fois le Salaire minimum de croissance horaire[1096]. En 1990, le Chef du Centre d'études sur la sélection du personnel de l'armée de terre avait remis, au ministre de la Défense, un rapport d'une cinquantaine de recommandations pour l'accès des jeunes français d'origine maghrébine[1097] aux permis de conduire et aux grades supérieurs de l'armée, notamment le garde de sergent. Le ministre aurait alors, semble t-il, hésité à prendre des mesures de discrimination positive avant d'y renoncer suite à la publication en 1991 d'un article qui dénonçait ces mesures[1098]. En 2001, le prestigieux Institut d'Etudes Politiques[1099] de Paris fût le premier établissement français à lancer une politique de discrimination positive, par la mise en place des conventions de

[1094] Contribution AGEFIPH, à verser par les entreprises de plus de 20 salariés qui ne satisfont pas le quota de 6 % de personnes handicapées au sein de leurs effectifs.

[1095] Loi n° 2005-102 du 11 février 2005, au JORF n° 36 du 12 février 2005, page 2353, est significative en plusieurs points. Selon le gouvernement Raffarin, elle apporte des évolutions fondamentales pour répondre aux attentes des personnes handicapées et traduit la volonté de sensibiliser la société civile ainsi que les employeurs à cette problématique. Toute personne handicapée a le droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale. En effet, pour la première fois la notion de handicap, telle que nous l'appréhendons aujourd'hui, est définie dans toute sa diversité. L'article 2 déclare que « *constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou trouble se santé invalidant* ». De même, la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi est complétée selon l'article 27, pare l'adjonction des titulaires de la carte d'invalidité, ou de l'allocation aux adultes handicapés (AAH). Qui plus est, auparavant les trois fonctions publiques étaient non-assujetties à l'obligation d'emploi. Avec cette loi et ce dès le début de l'année 2006, ces fonctions ont eu pour obligation la même règle que le secteur privé, à savoir l'emploi de personnes handicapés. La nouveauté étant la création du Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique. En son article 28, le droit à un départ à la retraite anticipé s'étend aux agents handicapés de la fonction publique. A suppression du critère d'âge est étalée sur cinq ans. En reconnaissant le principe de discrimination positive au bénéfice des travailleurs handicapés, la loi adopte en définitive en faveur de cette catégorie de travailleurs un dispositif identique à celui prévu pour les salariés âgés ; si l'âge est un motif de discrimination, la loi prévoit comme nous l'avons précédemment vu, que les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont raisonnablement justifiées par des objectifs légitimes, notamment de politique de l'emploi (article 24).

[1096] SMIC horaire.

[1097] JFOM.

[1098] Article intitulé "*Beur ou ordinaire*" rédigé par un Officier de l'armée française, Jean-Pierre STEINHOFER, dans la revue Armées d'aujourd'hui (Mensuel du ministère de la Défense), rubrique "*libres réflexions sur la défense*" qui y dénonce la discrimination positive en faveur des JFOM, tel que publié par le ministère de la Défense dans sa directive 15 580 du 23 mai 1990. « *Le 23 mai 1990 est le jour de la création officielle de deux catégories de conscrits ; c'est un danger très grave* ».

[1099] IEP

partenariats[1100] passées avec une vingtaine de Zones d'Education Prioritaire[1101] de la région parisienne et du nord du pays[1102]. Les conventions de partenariats définissent et mettent sur pieds une procédure spéciale d'admission à l'IEP, au profit des lycéens venant des ces ZEP. Les lycéens, qui en bénéficient, sont dispenser du concours d'entrée et sont recrutés à l'issu d'un entretien précédé par une étude du dossier. Aujourd'hui, ce sont en moyenne 37 élèves de lycées situés en zones défavorisées qui bénéficient de la même formation que les autres étudiants à l'IEP[1103], à l'issue de laquelle ils peuvent occuper des postes de direction en entreprise et au sein de la Haute fonction publique française. Cette initiative a d'ailleurs été encouragée par la critique[1104]. Elle a ouvert la voie à d'autres établissements telles les écoles d'ingénieur qui ont, à leur tour, mis en place des quotas afin de permettre l'accès à leur formation aux étudiants des filières technologiques issus des ZEP. De même, le Centre de formation des journalistes a mis en place un système d'attribution de bourses pour les "*profils atypiques*". Les résultats obtenus par cet outil accréditent l'idée selon laquelle la fin justifie les moyens. La discrimination positive offre une piste de solution aux problèmes de l'homogénéité sociale du recrutement des grandes écoles et du manque de débouchés professionnels offerts aux jeunes issus de l'immigration. Ce sont les nombreux résultats de la discrimination positive qui fondent sa légitimité. Une interrogation demeure cependant. En effet, la chance ainsi offerte à quelques dizaines de jeunes, ne manquant certainement pas de mérite, suffit-elle à éluder les nombreuses questions que pose ce type d'initiatives ?

D'autres mesures de discrimination positive peuvent également être citées. En 2002, l'Ecole Supérieure des Sciences Economiques et Commerciales[1105] a lancé un nouveau programme intitulé "*Une grande école, pourquoi pas moi ?*". Le programme a été élargi à 70 autres grandes écoles et propose, à 4 000 lycéens, de suivre des heures de tutorat et de participer aux sorties culturelles organisées par les étudiants de ces écoles. L'objectif visé étant "*d'accroître leurs chances de poursuivre des études supérieures ambitieuses*", sans

[1100] Conventions d'Education Prioritaire dites CEP.
[1101] ZEP
[1102] L'initiative de créer ces Conventions d'éducation prioritaire (CEP) était celle du Directeur de l'IEP de Paris, Richard DESCOINGS. Elles ont été placées sous la responsabilité du Responsable des Programmes Egalité des chances et Diversité à Sciences- po Paris, Cyril DELHAY.
[1103] Soit 10 % de l'effectif de première année.
[1104] Article paru dans le Journal Respect en date du 21 juin 2004 et repris sur le site internet de l'Observatoire du communautarisme (Observatoire indépendant d'information et de réflexion sur le communautarisme, la laïcité, la discrimination et le racisme).
[1105] ESSEC.

créer de voies d'admission spécifiques. Parmi les 130 premiers bénéficiaires du programme, 19 % ont été en classe préparatoire, 35 % dans une grande école, 29 % à l'université et 12 % dans des filières courtes[1106]. D'autres grandes écoles proposent des programmes bâtis sur le même modèle. Depuis 2005, le lycée HENRI-VI a ouvert une classe préparatoire pour les lycéens boursiers désireux de poursuivre des études supérieures[1107]. Si elle s'applique dans le domaine de l'emploi, aux minorités visibles le plus souvent, la discrimination positive vise également les femmes. En effet, les Françaises subissent des discriminations dans l'emploi, notamment en termes de rémunération et conditions d'avancement. En politique, où c'est également le cas[1108], plusieurs lois ont été votées pour favoriser l'égalité de droit. Les plus significatives sont la loi constitutionnelle sur l'égalité entre les femmes et les hommes du 8 juillet 1999[1109] et la loi sur la parité du 6 juin 2000[1110]. Cette dernière renvoie à l'égalité entre les candidats hommes et les candidats femmes dans les élections au scrutin de liste avec une tolérance pour un écart maximum de un. La parité inscrite dans la loi est aussi le caractère alternatif *hommes, femmes, hommes ou femmes, hommes, femmes*. Certaines entreprises privées ont emboîté le pas à ces mesures de discrimination positive prises dans les secteurs publics d'activités. Elles favorisent ainsi les candidats à l'emploi appartenant à des groupes d'individus régulièrement sujets à des discriminations[1111]. C'est le cas pour le groupe L'Oréal dont le Directeur général a plusieurs fois rappelé "*qu'un candidat qui a un prénom d'origine étrangère a plus de chance d'être recruté que celui portant un prénom français de souche*". L'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne [1112] l'avait d'ailleurs poursuivi en justice pour de tels propos, qui a son sens, traduisaient une discrimination raciale *Anti-Blancs* à l'embauche. Le tribunal saisi à savoir le tribunal correctionnel de Paris a retenu, pour débouter l'AGRIF, que *les propos du Directeur général de L'Oréal relevaient plutôt d'une volonté de rétablir un équilibre qui se*

---

[1106] Comme le Brevet de technicien supérieur (BTS), ou les instituts universitaires de technologie (IUT)..

[1107] *Les premiers pas de la discrimination positive en France : Des initiatives concrètes dans l'enseignement supérieur*, Article interactif in Le Monde Société, 16 décembre 2008.

[1108] En termes de représentativité.

[1109] Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF n° 157 du 9 juillet 1999, page 10175. Votée au terme de la révision de la Constitution du 4 octobre 1958, elle complète l'article 3 de cette dernière par un alinéa ainsi rédigé : « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives* » ; l'article 4 de la Constitution est lui aussi complété par un nouvel alinéa énonçant que les partis doivent contribuer à la mise en œuvre du principe d'égalité entre les femmes et les hommes.

[1110] Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. JORF n° 131 du 7 juin 2000, page 8560, texte n°1.

[1111] Femmes , handicapés et personnes d'origine étrangère.

[1112] AGRIF.

*trouve compromis, en favorisant ceux qui sont ordinairement victimes de discriminations prohibées.* L'AGRIF a été condamnée à lui verser 2 500 euros de dommages et intérêts pour poursuites abusives.

Des politiques de discrimination positives sont donc bien identifiables en France. Si depuis la fin des années 1980, elles ont été mises en place au sein des politiques sociales, dans les domaines notamment de l'emploi et de la formation, des politiques de la ville, des ZEP ou de l'économie territoriale, elles l'ont été avec un caractère bien spécifique, différent de celui, originel, de *l'affirmative action* née aux Etats Unis. En effet et comme le souligne le sociologue Simon WUHL, *il existe un modèle français de discrimination positive*. Celui-ci se caractérise par le fait qu'il consiste en des actions à caractère plus ou moins expérimental et non des procédures pérennes inscrites dans le droit constitutionnel ; les critères relatifs à la sélection des bénéficiaires sont, exclusivement, d'ordre socio-économique. Pour la mise en place d'une politique de discrimination positive, la France ne reconnaît que les inégalités socio-économiques ou territoriales, refusant ainsi toute référence littérale à la couleur de la peau ou à l'origine ethnique des individus dans les statistiques démographiques, même si cela n'empêche pas, pour compenser en aval les inégalités socio-économiques, de prendre en compte des critères légaux considérés comme étant les causes de ces inégalités ; elle est en plus moins contraignante puisque la discrimination positive ne fait l'objet, en principe, que d'une obligation de moyen et non de résultat juridiquement sanctionnée[1113].

**C- Impact sur les personnes bénéficiaires et non-bénéficiaires dans l'emploi**

Toute politique engagée pour lutter contre un problème, quel qu'il soit, doit être évaluée pour juger sa capacité et son efficacité à régler le problème pour lequel elle a été mise en place. La question qui se pose en premier est donc celle de savoir si les politiques de discrimination positive, pour prévenir les discriminations à l'embauche, sont efficaces. S'il est certain qu'elles favorisent la représentation des groupes de personnes fréquemment sujets aux discriminations à l'embauche dans les entreprises publiques ou privées, elles ne semblent pas pour autant régler tout le problème. En effet, depuis leur mise en place dans le domaine de l'emploi depuis les années 1980, la discrimination à l'embauche est toujours

[1113] WUHL (S.), *Discrimination positive et justice sociale*, 1ère éd., Paris, P.U.F, 2007.

présente en France. De plus, elles semblent créer d'autres problèmes entre les personnes bénéficiaires et celles qui ne le sont pas. Il convient donc de s'intéresser aux effets pervers des politiques de discrimination positive dans l'emploi, afin de déterminer s'ils ne sont, pas en réalité, pires que ceux qu'elles sont censées corriger.

De nombreux arguments sont en faveur des politiques de discrimination positive dans l'emploi, dont le plus pertinent est qu'elles permettent aux groupes de personnes qui en bénéficient de se créer une place sur le marché du travail. Ces derniers sont réconfortés par l'idée que l'Etat se soucie de leur condition, qu'il les intègre dans la société où ils vivent et qu'ils ne sont pas des "*oubliés*" de la République. Elles permettent aussi de lutter contre la théorie selon laquelle les capacités dans le travail sont liées au groupe d'appartenance de la personne. Elles s'inscrivent dans une logique volontariste pour faire évoluer les choses. Mais il existe également des arguments qui dénoncent ce type de politique. Ils ne sont pas des moins percutants. En effet, les mesures de discriminations positive ne peuvent pas, sur le long terme, être efficaces puisqu'elles visent plus les effets que les causes réelles de ces inégalités et des discriminations. Elles concernent, très souvent, peu de monde et sont une réelle entorse au principe républicain d'égalité de droits entre tous les individus. Les quotas d'employés n'empêchent pas que les discriminations continuent dans le travail. Les quotas ne changent rien à cette situation. De plus, les politiques de discrimination positive ont très souvent un effet moral dévalorisant sur les personnes qui en sont bénéficiaires, parce que les non-bénéficiaires leur rappellent qu'elles ont obtenu leur emploi par l'effet protecteur de la discrimination positive et non pour leurs compétences personnelles. Il faut aussi noter que les personnes non-bénéficiaires des politiques de discrimination positive seront exclues des emplois au motif qu'elles n'appartiennent pas aux catégories de personnes à favoriser ; pourtant elles peuvent avoir les compétences requises pour le poste à pourvoir, ainsi qu'un niveau de qualification supérieur.

Il est intéressant de noter qu'aux Etats-Unis, l'*affirmative action* est aujourd'hui remise en cause par les conservateurs, en raison de la domination de l'idéologie néolibérale qui conteste toutes les mesures rendant imparfaite la concurrence entre les individus sur le marché. C'est justement le cas de l'*affirmative action* puisqu'elle réserve un certain nombre de places et d'emplois à des catégories de personnes, par la définition de quotas, sans que soit suffisamment pris en compte les critères de compétence et de niveau scolaire. Ce sont

de véritables privilèges. On arrive par exemple à des situations où un Noir incompétent est préféré à un Blanc compétent[1114], ce qui remet donc en cause le principe de la méritocratie, lequel est cependant trop schématique parce que confondant l'égalité formelle et l'égalité réelle[1115]. Pour une grande partie de l'opinion publique, il est contreproductif de chercher à réaliser l'idéal de "*color-blindness*" par le moyen de politiques s'appuyant sur l'idée de race. L'affirmative action exacerberait plutôt le problème qu'elle est censée résoudre en rendant les gens davantage conscients des différences entre les groupes sociaux et en accentuant leur ressentiment à l'égard des groupes autres que le leur. Les privilèges ainsi accordés aux femmes et aux victimes de discriminations raciales risquent de légitimer la catégorisation sexuelle et raciale des individus, contrairement à l'objectif ultime qui est de revenir à une société aveugle aux différences. Dans le même ordre d'idée, pratiquer une telle politique serait faire injure aux personnes appartenant à des groupes défavorisés, dans la mesure où elle donne l'impression d'une politique de charité, d'assistance, ayant pour conséquence de ne pas inciter les populations spécifiées à faire des efforts pour s'intégrer par elles-mêmes ;

---

[1114] En effet ceci constitue un précédent important sur la question aux Etats-Unis. Dans l'affaire Regents of the University Of California de 1978, Alan BAKKE, juif et de sexe masculin, fit deux fois acte de candidature à la faculté de médecine de l'Université de Californie à Davis. Son dossier était excellent mais il fut recalé à chaque fois, alors que des candidats noirs moins qualifiés étaient acceptés. En effet, UC Davis avait deux programmes d'admission pour les 100 places disponibles : le "*Regular admissions program*" pour les étudiants classiques et le "*Special admissions program*" qui réservait 16 places à des étudiants appartenant aux diverses minorités ethniques (la discrimination positive visant ainsi à compenser les effets négatifs des discriminations anciennes). BAKKE, s'estimant victime d'une discrimination inversée, a porté plainte devant les tribunaux californiens en invoquant la constitution de l'Etat de Californie, le 14ème amendement et le titre VI du Civil Rights Act de 1964 qui dispose que «*no person in the US shall on the ground of race, color, or national origin, be excluded from particapation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receveing financial assistance*». La Cour suprême de Californie lui donna raison et les régents de l'UC Davis ont interjeté appel. L'affaire fut alors portée devant la Cour suprême des Etats-Unis qui confirma le jugement de la Cour californienne sur deux points : le programme d'admission est illégal ; BAKKE doit être admis à la faculté de médecine. Cependant elle infirme le jugement sur un point : toute considération raciale n'est pas inconstitutionnelle aux yeux de la Cour suprême des Etats-Unis qui estime qu'à qualification égale, la race peut être retenue comme un facteur déterminant. Il est évident que l'application d'une telle règle ne semble pas aisée. Mais on remarquera que la solution complexe souhaitée par la Cour, pour réaliser l'équilibre entre la méritocratie et la nécessité de réparer les injustices passées, semble avoir été trouvée par les universités : la Cour n'a pas eu à se prononcer sur des décisions semblables depuis 1978. Le juge Powell fera la majorité dans les deux parties de la décision : quatre juges (BURGER, STEWART, REHNQUIST et STEVENS) souhaitaient totalement soutenir la décision californienne et les quatre autres (BRENNAN, WHITE, MARSHALL et BLACKMUN) s'y opposaient totalement.

[1115] Depuis 1996, l'affirmative action est fortement contestée par les conservateurs américains devant les tribunaux fédérés et fédéraux, parce qu'ils lui reprochent une discrimination inversée ou discrimination à rebours à l'encontre des Américains blancs. C'est l'exemple d'ailleurs de la California Civil Rights Initiative (CCRI) qui a réussi à entériner par un référendum, en novembre 1996, le démantèlement des programmes de l'AA (par 56 % à 44 %). Ce texte interdit de prendre en compte le sexe ou la race lorsqu'il s'agit de l'entrée dans les universités ou des offres d'embauche dans le secteur public.

d'où la stigmatisation de ces dernières, comme étant des assistés, par les non-bénéficiaires. Il serait alors illusoire d'attendre des bénéficiaires, qu'ils reconnaissent jamais avoir atteint l'égalité et acceptent de renoncer à leur bénéfice. Tout projet de suppression risque d'être dénoncé comme une atteinte à des droits acquis. La mise en place de ces mesures semble donc plus facile que d'y mettre un terme. Elles ne résolvent en réalité que très rarement les problèmes qu'elles prétendent régler. Bien au contraire, elles entraînent des surenchères de sorte que la spirale s'autoalimente et qu'on arrive à devoir imaginer des adaptations aux effets pervers des adaptations[1116].

Les débats sur la capacité et l'efficacité des mesures de discrimination positive à prévenir la discrimination à l'embauche sont encore loin d'être clos en France. Toutefois, si ces mesures montrent des limites certaines dans la pratique, il faut cependant reconnaître, à leurs initiateurs et promoteurs, le mérite de les avoir pensées et tentées. Pour Gwénaële CALVES, « *c'est l'évaluation empirique des réalités sociales et politiques qui conduit à voir en elles, un grand remède appelé par de grands maux, ou à redouter que le remède s'avère, au final, pire que le mal* »[1117].

## Conclusion

Les pratiques préventives développées par les employeurs publics et privés pour faire face à la discrimination à l'embauche sont effectives comme nous l'avons montré dans ce chapitre. De manière générale, elles se traduisent d'abord par la signature de différents texte d'engagement pour la prévention des discriminations, avant de se matérialiser dans la pratique par des actions en interne, vers les candidats à l'emploi, et dans le dialogue social. Nous ne pouvons que saluer les initiatives déjà prises et inciter les employeurs à davantage d'investissement dans ce domaine. Toutefois, il nous semble important de *faire ici certaines préconisations* qui permettraient de renforcer la prévention du phénomène discriminatoire spécifié d'abord dans la Fonction publique et ensuite dans les entreprises.

*Dans la Fonction publique,* il conviendrait de réorganiser les administrations afin qu'elle soit plus équitable. D'où la nécessité d'une amélioration des conditions d'accès à la

[1116] VILLENAVE (B.), CUMENGE (G.) et GIRARD (C.), *op. cit.*
[1117] CALVES (G.), *La discrimination positive*, 2e éd., Paris, P.U.F, « *Que sais-je* ? », 2008.

Fonction publique. Deux exemples illustrent le fait qu'elles peuvent encore être améliorées. *Le premier exemple est celui de la situation des agents contractuels.* Ceux-ci sont recrutés par dérogation à la modalité de droit commun du recrutement que représente le concours. Les motifs du recours aux agents contractuels sont bien identifiés. Il s'agit de l'impossibilité pratique de recruter des agents titulaires ; les spécificités inhérentes à certains emplois ; les situations de remplacement momentané de fonctionnaires ; le pourvoi d'emplois à temps non complet ; le recrutement d'agents en situation de handicap. Justifié dans de nombreux cas, le recours à des agents contractuels peut aussi donner lieu à des abus et les parcours professionnels de ces agents se caractériser par une certaine volatilité, voire instabilité[1118]. Ainsi, dans diverses situations, ce mode d'accès à la Fonction publique peut être constitutif d'une discrimination. Comme l'indiquent les services du Gouvernement, « *l'impératif qu'est celui d'exemplarité implique l'amélioration de conditions d'emploi des agents contractuels des trois fonctions publiques dans le cadre d'un chantier dont le périmètre a commencé à être débattu en concertation avec les partenaires sociaux fin 2012 »[1119]. Le second exemple porte sur les modalités d'accès à la haute fonction publique,* et notamment la formation qui est suivie à l'ENA, même s'il faut relativise l'importance quantitative de ses anciens élèves parmi les cadres dirigeants[1120]. Au-delà la politique active précitée en faveur de la diversité avec les CPI, plusieurs autres mesures pourraient être prise pour favoriser l'égal accès à la haute fonction publique. II semblerait opportun de donner à l'ENA la possibilité de délivrer des bourses, ce qu'elle ne peut aujourd'hui en tant qu'établissement public administratif en dehors du champ du code de l'éducation. Il conviendrait aussi de poursuivre et développer la politique déjà engagée et destinée à favoriser la scolarité des élèves issus des concours internes et troisième concours, en particulier des femmes, dont la situation de famille peut constituer un obstacle au déroulement optimal de leur cursus, voire, avant même celui-ci, apparaître comme un élément susceptible de décourager certaines candidatures. L'institut national des études territoriales[1121] prend en charge la formation des cadres de direction des plus grandes collectivités territoriales à l'issue du concours d'administrateur territorial.

---

[1118] Voir notamment, pour une présentation de ces enjeux , *le Rapport sur La précarité dans la fonction publique territoriale*, Conseil supérieur de la fonction publique territoriale, 2011.

[1119] TOURRET (A.), *op cit.*, p. 35.

[1120] A titre d'exemple, aujourd'hui, un peu plus de 40 % de l'encadrement supérieur des administrations centrales de l'Etat est constitué d'anciens élèves de l'ENA. Ce taux est d'environ 50 % pour les préfets actuellement en poste.

[1121] INET.

Cette formation, d'une durée de dix-huit mois, fait alterner cours théoriques et des stages. L'INET est situé à Strasbourg comme l'ENA et les élèves de des deux écoles suivent déjà un module de formation commun d'une durée de huit mois. Il est souhaitable, qu'à l'heure de l'engagement de nouvelles étapes de la décentralisation et de l'accroissement des mobilités entre fonctions publiques, le rapprochement entre les deux écoles soit approfondi[1122].

*Dans les entreprises publiques ou privées, grandes, moyennes, petites et même très petites,* nos préconisations porteront exclusivement sur les moyens, qui semblent avoir le plus de pertinence dans la prévention des comportements discriminatoires à l'embauche. Il s'agit notamment de la culture et de la promotion de la diversité. Nous ne pouvons, pour ce faire, que réitérer les recommandations effectuées dans le Rapport DELOITTE du mois de juin 2010[1123] parce que largement reprises dans d'autres rapports effectués sur la question. Il semble donc primordial pour mieux consolider la prévention de la discrimination à l'accès à l'emploi, de promouvoir l'alternance dans les entreprises comme dans les administrations publiques par la généralisation du seuil de 3 % d'apprentis ; promouvoir la diversité dans la Fonction publique par l'aménagement des concours et la formation des jurys ; encourager les entreprises à généraliser et valoriser le tutorat senior à l'heure où l'arrivée de nombreux cohortes de travailleurs à l'âge de la retraite va accroître l'offre des compétences qui sont inexploitées pour l'entreprise afin que ces dernier s'ils le désirent, pissent rester actifs et de la sorte transmettre leur savoir ; encourager également le parrainage par la mise en place d'un dispositif de médiation entre les parrains et les entreprises afin de les recruter, former et évaluer. Cela peut se faire par la constitution, par plusieurs employés intéressés, d'une association ou d'un groupement d'intérêt économique chargé précisément de développer, mutualiser et professionnaliser le parrainage. Il conviendrait aussi de subordonner une part de l'exonération des cotisations sociales patronales au lieu de résidence des salariés étant sont recrutés ; ouvrir la commission de labellisation diversité à des structures travaillant sur la promotion de la diversité dans le monde du travail et, enfin, dynamiser la gestion *de la richesse qu'est la diversité* dans les administrations publiques par l'adoption d'une feuille de route "*diversité commune*".

[1122] TOURRET (A.), *op cit.*, p. 36.
[1123] DELOITTE, *op. cit.*, p. 125.

## Conclusion de la Deuxième partie

De l'étude du dispositif national de prévention du phénomène discriminatoire à l'embauche à celle des pratiques préventives des employeurs publics et privés développées aux mêmes fins, voici analysée la prévention de l'infraction de discrimination à l'embauche. Que faut-il en retenir ? *Notre premier constat porte sur l'implication dans ce domaine, d'une multitude d'acteurs de différentes natures*. Du législateur national, aux employeurs privés et publics que sont la Fonction publique et les entreprises publiques et privées, en passant par le Défenseur des droits et la société civile avec les associations œuvrant pour la lutte contre les discriminations notamment et sans oublier les intermédiaires de l'emploi, la prévention est devenue l'affaire de tous. *De cette multitude d'acteurs résulte une pluralité de moyens et pratiques pour prévenir la discrimination spécifiée, d'où notre second constat*. La loi reste le tout premier moyen mis en œuvre dans ce domaine. Les associations mettent davantage l'accent sur la sensibilisation et l'information au travers d'actions inopportunément limitées à un public restreint et moins porteur sur le court terme, les jeunes. Les employeurs publics et privés s'investissent par la signature de nombreux textes d'engagements très significatifs se traduisant dans la pratique par des actions spécifiques menées au quotidien en interne, à destination des candidats à l'emploi et des partenaires sociaux dans le cadre du dialogue social. Il s'agit principalement des actions d'information, de formation, la mise en place de procédures d'alerte, la diversification des sources du recrutement, l'objectivation et le suivi des procédures de recrutement. Le Défenseur de droits, censé traité la problématique des discriminations de manière globale et sectorielle, est également très actif. Ses nombreuses publications tels ses rapports annuels et recommandations, tout comme les initiatives qu'il prend ou encore qu'il soutient, en témoignent. Des outils remarquables sont également mis à contribution par les acteurs de la prévention. La culture et la promotion de la diversité est actuellement celui qui fait le plus consensus. *Le troisième constat qu'il nous est possible de faire est que la prévention de la discrimination à l'embauche n'est plus pensée de manière individualiste par ses acteurs.* Les initiatives communes, dans le cadre du dialogue social et la coopération entre les acteurs qui progressent, sont notables. *Le Cadre pour agir et rendre compte* en témoigne. Il en résulte des échanges nourris et permanents entre les différents acteurs en la matière, d'où une identification et une vulgarisation des "*bonnes pratiques*". **Ainsi, la prévention de la discrimination à l'embauche est effective et résulte notamment**

**d'une dynamique des synergies constituées par les différents acteurs qui interviennent dans le domaine de l'emploi. Elle se traduit par de "*bonnes pratiques*" qui méritent d'être développées, pérennisées et largement diffusées.**

# Conclusion générale

De notre analyse de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche à travers les deux volets qui la constituent, nous avons pu établir deux constats. Tout d'abord en ce qui concerne le volet répressif et d'aide aux victimes, il est incontestable qu'il s'agit d'un système au schéma organisationnel bien ficelé même si, dans sa pratique, bien des écueils existent encore et constituent un frein à sa pleine effectivité**.** Ensuite, pour ce qui est du volet préventif, l'effectivité de la prévention des discriminations à l'embauche est plus que palpable et résulte de la dynamique des synergies constituées par les différents acteurs qui interviennent dans le domaine de l'emploi, au moyen, notamment, des bonnes pratiques méritant cependant d'être développées, pérennisées et largement diffusées. Par tant, et en guise de réponse à la problématique que nous avons préalablement définie dans les lignes introductives de notre analyse, nous pouvons affirmer, et ceci sans ambages, que **la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche, telle qu'envisagée et conçue aujourd'hui en France, est la mieux à même de lutter efficacement contre le phénomène discriminatoire spécifié. Cependant, le renforcement de la prévention ainsi que l'amélioration de la répression dans sa pratique, sont les conditions de sa plus grande efficacité.**

Déjà perçue comme une aberration juridique, en témoigne la liste des 19 motifs de discrimination identifiés et prohibés par le législateur, la discrimination à l'embauche est également une aberration économique. En effet, les entreprises qui la pratiquent sacrifient leur performance économique en écartant, sur le fondement de considérations dénuées de toute logique, des candidats à l'emploi compétents. Mais la discrimination à l'embauche est surtout et avant tout une vraie aberration mentale[1124] puisqu'elle traduit de toute évidence un dérèglement des sens et de l'intelligence très souvent inconscient. Il n'est pas difficile en effet de constater que la totalité des critères sur lesquels la discrimination peut être fondée

[1124] Ville de Pontarlier, *Les discriminations, un travail sur les représentations*, Eléments du Compte rendu de la Table ronde organisée avec différents acteurs sociaux et économiques sur la thématique des discriminations dans le travail (consultable en ligne).

concernent l'*être*, c'est-à-dire les caractéristiques propres des personnes sur lesquelles elles n'ont absolument aucune prise. Ce qui est reproché au postulant non recruté mais pourtant compétent, c'est d'être tout simplement ce qu'il est. Les critères de discrimination prohibés le sont en raison de leur illégitimité et parce qu'ils constituent une atteinte à la dignité ainsi qu'à l'intégrité de la personne humaine. C'est une violence symbolique non moins extrême affectant inéluctablement la personne humaine qui en est la victime au plus profond de son être. Nous parlons ainsi de cette croyance, construite avec le temps et bien plus partagée qu'on ne le croit, en une idéologie entièrement bâtie sur l'inégalité de valeur des personnes humaines. Ces croyances sont si anciennes, tellement incrustées, voire fossilisées et même naturalisées dans nos mentalités et l'imaginaire collectif, qu'elles influencent nos pratiques et nos comportements. Elles nous conduisent, bien souvent à notre insu, à différencier ainsi qu'à catégoriser et hiérarchiser les personnes ou les groupes de personnes ; nous poussent malheureusement à agir par exemple comme si l'homme était naturellement supérieur à la femme ou encore comme si l'homme blanc était supérieur à l'homme de couleur.

D'où l'impérieuse nécessité de travailler sur les processus discriminatoires pour apprendre progressivement à nous mettre à distance de notre subjectivité ou nos affects et accorder la primauté absolue à la compétence dans l'accès à l'emploi. Par conséquent, les employeurs doivent toujours questionner leurs habitudes et revisiter les processus internes de recrutement et de gestion de carrières, mais surtout légitimer l'égalité de traitement par l'encadrement rigoureux des pratiques professionnelles. La lutte contre les discriminations nous amène, collectivement et individuellement, à nous méfier d'abord de nous-mêmes et de nos propres représentations. Elle nous permet de nous débarrasser de nos certitudes et nous regarder tels que nous sommes. En ce sens, l'éducation au sein des cellules familiales dès le plus bas âge et l'instruction dans le cadre de l'école et de la formation continue sont autant d'autre voies et moyens d'actions qu'il importe de mettre davantage à contribution. Comme le souligne Chantal CUTAJAR[1125], « *la lutte contre les discriminations est un travail de longue haleine qui nécessite la mobilisation et l'investissement de tout un chacun. Tant que ceux-ci ne seront pas effectifs, organisés et évalués, tant que l'homme n'intègrera pas définitivement l'absurdité et les conséquences néfastes de cette pratique sur lui-même pris*

[1125] CUTAJAR (C)., *Extraits du mot de clôture* du Colloque organisé par l'association DpJ sur *Le traitement de la victime de discrimination*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 29 mars 2011.

*individuellement, et à fortiori sur les sociétés auxquelles il appartient, seule une répression stricte, automatique, permettra de dissuader les auteurs de cette infraction et contenir le développement de cette gangrène sociétale* ».

# Bibliographie

(I-OUVRAGES, II- THESES ET MEMOIRES, III- ARTICLES DE REVUES ET D'OUVRAGES COLLLECTIFS, IV- RESSOURCES SUR INTERNET)

## I- OUVRAGES

**A**

**A COMPETENCE EGALE**, *Recrutement et Orientation sexuelle*, Guide pratique, Editions A Compétence égale, 2008.

**AMADIEU (J.-F.),**

- *Le poids des apparences : beauté, amour et gloire*, Editions Odile Jacob, 2002.
- *Les clés du destin : école, amour, carrière*, Editions Odile Jacob, 2006.

**AUBERT (F.), TRIPIER (M.) et VOURC'H (F.),** *Les jeunes issus de l'immigration : de l'école à l'emploi*, Paris : Editions CIEMI-L'Harmattan, 1997.

**B**

**BATAILLE (P.),** *Le racisme au travail*, Paris : Editions La Découverte, 1997.

**BECCARIA (C.),** *Dei delitti e delle pene*, (FRANCIONI (G.), AUDEGEAN (P.)), Editions ENS Lyon, 2009.

**BERNARDIN (M.),** *Cadres seniors : Recruter sans discriminer*, Guide pratique, Editions A Compétence égale, 2009.

**BIHR (A.) et PFEFFERKORN (R.),** *Hommes-femmes : quelle égalité ?*, Paris : Editions l'Atelier, 2002.

**BLIVET (L.),** *Ni quotas, ni indifférence : l'entreprise et l'égalité positive*, Editions Institut Montaigne, 2004.

**BLUM (P.),** *Personnes handicapées : Recruter sans discriminer*, Guide pratique, Editions A Compétence égale, 2010.

**BORILLO (D.),**

- *Lutter contre les discriminations*, Paris : Editions La Découverte, Collection Recherches, 2003.
- *HALDE : actions, limites et enjeux*, Editions La Documentation française, 2007.

**BORGART (M.) NAJI (A.), BRIHI (R.), BROUILLET (J.),** *Comment prévenir les discriminations raciales à l'emploi : Guide pratique pour réussir la diversité culturelle en entreprise*, Editions Vernouillet, Management Ressources Humaines, 1999.

**BOUCHER (M.)** (dir.),

- *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes*, Paris : Editions L'Harmattan, 2001.
- *Discriminations et ethnicisation. Combattre le Racisme en Europe*, Editions L'Aube, 2006.

**BOUGUERBA (A.),** *Recrutements et discrimination positive*, Editions Hermès - Lavoisier, Collection Finance, gestion, management, 2007.

**C**

**CALVES (G.),** *La discrimination positive*, 2ème édition, Paris : Editions P.U.F, Collection « Que-sais-je ? », 2008.

**CAPITANT (R.),** *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et international*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, T. XIV, Paris : Dalloz, 1965.

**CARC/HALDE,**

- *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 1, 1ère édition, 2006.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 2, 2ème édition, 2007.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 3, 3ème édition, 2008.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 4, 4ème édition, 2010.
- *Des pratiques pour l'égalité des chances : Que répondent les entreprises à la HALDE ?*, Guide n° 5, 5ème édition, 2009/2010.
- *Prévention des discriminations à l'embauche : Les actions menées par les intermédiaires de l'emploi, ANPE/APEC, Entreprises de travail temporaire, Cabinets de recrutement*, Guide n° 1, 1ère édition, 2007.
- *Prévention des discriminations à l'embauche : Que répondent les intermédiaires de l'emploi à la HALDE ?, Les actions menées par Pôle emploi, l'APEC, les agences d'emploi et les Cabinets de recrutement*, Guide n° 2, 2ème édition, 2009.
- *Prévention des discriminations et promotion de l'égalité dans les ressources humaines* : *que répondent les collectivités territoriales à la HALDE ?*, Guide, 2009.

**CARIO (R.),** *Victimologie ; De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Vol. 1, 3ème éd., Paris : Editions L'Harmattan, Traité de sciences criminelles, 2006.

**CASTEL (R.),** *La discrimination négative. Citoyens ou indigènes ?*, Editions Seuil, Collection La République des idées, 2007.

**CHAPUS (R.),**

- *Droit administratif général*, vol. Tomes I et II, Editions Montchrestien, Collection Domat droit public, 2001.
- *Contentieux administratif*, Editions Montchrestien, Collection Domat droit public, 13ème édition, 2008.

**CHARLOT (B.) et GLASMAN (D.),** *Les jeunes, l'insertion, l'emploi*, Editions P.U.F, Collection Biennales de l'éducation, 1999.

**CORNU (G.),** *Vocabulaire juridique*, 9ème édition, Editions P.U.F - Quadrige, 2011.

**Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits Fondamentaux (CREDOF),** *La lutte contre les discriminations, entre théorie et pratique, entre droit et politique,* Actes du séminaire du 21 juin 2000, Université de Paris X - Nanterre, 2002.

**D**

**DE SCHUTTER (O.),** *Discriminations et marché du travail - Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Editions PIE, 2001.

**DEBOVE (F.), FALLETTI (F.) et JANVILLE (T.),** *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Editions P.U.F, Collection Major, 4ème édition, 2010.

**DEJOURS (C.),** *Souffrance en France : la banalisation de l'injustice sociale*, Editions Seuil, 1998.

**Délégation Interministérielle à la Ville (DIV) et FASILD,** *Agir contre les discriminations dans les zones urbaines sensibles : L'apport des plans territoriaux de prévention et de lutte contre les discriminations sur le marché du travail (2001-2006)*, Guide pratique, Editions de la DIV, 2006.

**Délégation Interministérielle à la Ville (DIV), Direction de la Population et des Migrations (DPM), Direction Générale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (DGEFP), et Fonds d'Action Sociale pour les Travailleurs Immigrés et leurs Familles (FAS),** *Lutter contre les discriminations raciales sur le marché du travail,* contrats de ville du XIIe plan, Guides pratique, vol.1 (juillet 2000) et 2 (septembre 2000).

**DELMAS-MARTY (M.),**

- *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Editions Economica, 1983.
- *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris : Editions P.U.F, Collection Thémis-Droit privé, 1992.

**DESSEN TORRES (V.),** *Tu ne discrimineras pas!, Où en sont les professionnels de terrain?*, Editions Les points sur les I, 2011.

**DHUME (F.),** *Liberté, égalité, communauté. L'Etat Français contre le communautarisme,* Editions Homnisphères, 2007.

**DOYTCHEVA (M.),** *Une discrimination positive à la française ? Ethnicité et territoire dans les politiques de la ville*, Editions La Découverte, 2007.

**DREYER (E),**

- *Droit pénal général*, Paris : Editions Lexis Nexis/Litec, Collection Manuels, 2010.
- *Droit pénal spécial*, Paris : Editions Ellipses, Collection Cours magistral, 2012.

**F**

**FASSIN (D.) et FASSIN (E.),** *De la question sociale à la question raciale ? Représenter la société française*, Paris : Editions La Découverte, 2006.

**FASSIN (D.) et RECHTMAN (R.),** *L'Empire du traumatisme. Enquête sur la condition de la victime*, Documents et essais, Paris : Editions Flammarion, 2007.

**FEUERBACH (J.-P.),** *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1801*.

**FITOUSSI (J.-P.), SAVIDAN (P.)** (dir.), *Comprendre les inégalités*, Editions P.U.F, 2003.

**FOYER (J.),** *L'Egalité*, Editions Dalloz, Collection Archives de philosophie du droit, 2008.

**G**

**GAVAND (A.),**

- *Le recrutement dans tous ses états. - Le sens des Ressources Humaines ou "Dessinez moi un mouton..."*, Editions LPM, Collection Management & Communication 2002.

- *Recrutement, les meilleures pratiques*, Editions d'Organisation, Collection Références, 2005.

- *Prévenir la discrimination à l'embauche : Pourquoi et comment agir ?* Editions d'Organisation, Collection Livres outils, 2006.

**GUINCHARD (S.) et BUISSON (J),** Procédure pénale, 7ème édition, Paris : Editions Lexis-nexis - Litec, Collection Manuels, 2011.

**GUIOMARD (F.) et ROBIN-OLOVIER (S.),** (dir.), *Diversité et discrimination raciales -une perspective transatlantique*, Paris : Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, actes, 2009.

**H**

**HALDE,**

- *Prévention des discriminations, promotion de l'égalité : Que répondent les grandes villes et les agglomérations à la HALDE ?*, Guide, 2007.

- *Gestion des ressources humaines dans les collectivités territoriales. Comment agir pour l'égalité et prévenir les discriminations, Mode d'emploi*, Guide, 2008.

- *Contre les discrimination : les bons reflexes*, Guide, 2009.

**HALDE/OIT,** *Baromètre de l'égalité*, 3ème édition, 2010.

**Haut Conseil à l'Intégration (HCI),** *Lutte contre les discriminations : comment faire respecter le principe d'égalité*, Paris : Editions La Documentation française, 2000.

**HERAN (F.),** *Immigration, marché du travail, intégration*, Commissariat général au plan, Editions La Documentation française, 2002.

**HEYMANN-DOAT (A.) et CALVES (G.),** *Libertés publiques et droits de l'homme*, LGDJ., 9ème édition, 2008.

**K**

**KESSLASSY (E.),** *De la Discrimination positive*, Editions Bréal, 2004.

**KOUBI (G.) et GUGLIELMI (G.-J.)** (dir.), *L'égalité des chances : analyses, évolutions et perspectives*, Editions La Découverte, Collection Recherches, 2000.

**L**

**LAGRANGE (H.),** *Le déni des cultures*, Editions Seuil, 2010.

**LAMBERT (T.)** (dir.), *Egalité et équité - Antagonisme ou complémentarité*, Paris : Editions Economica, 1999.

**LAZERGES (C.),** *Introduction à la politique criminelle*, Editions L'Harmattan, Collection Traité de Sciences Criminelles, 2000.

**LE TREHONDAT (P.) et SILBERSTEIN (P.),** *Vive la discrimination positive! Plaidoyer pour une république des égaux*, Editions Sillepse, 2004.

**LECERF (S.),** *Comment recruter sans discriminer?* Guide pratique, 2ème édition, Editions A Compétence égale, 2012.

**LEFRANC (S.) et MATHIEU (L.),** *Mobilisations de victimes*, Presses universitaires de Rennes, 2009.

**LONG (M.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Editions Dalloz-Sirey, Collection Grands arrêts, 18ème édition, 2011.

**LYON-CAEN (A.) et LOKIEC (P.)** (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Editions Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2005.

**M**

**MARTINELLO (M.) et REA (A.)** (dir.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Louvain, Editions Bruylant-Académia, Collection Carrefours, 2004.

**MASSIEU (S.),** *La tête de l'emploi : Histoires vraies de discrimination raciale*, Editions Vie & Cie, 2004.

**MAZEAUD (A.),** *Droit du travail*, 7ème édition, Paris : Editions Montchrestien, Collection Domat, 2010.

**MELLERAY (F.),** *Droit de la fonction publique*, Editions Economica, Collection Corpus, 2005.

**MERCAT-BRUNS (M.),** *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Actes du Colloque tenu le 14 décembre 2005 au Conservatoire national des arts et métiers, Editions Dalloz, 2006.

**MEYNAUD (H.-Y.),** *La part de l'étranger : travail et racisme*, Editions Le Bord de l'Eau, 2010.

**P**

**PAVIA (M.-L.) et REVET (T.),** *La dignité de la personne humaine*, Editions Economica, 1999.

**PELISSIER (J.), AUZERO (G.) et DOCKES (E.),** *Droit du travail*, Editions Dalloz, Collection Précis droit privé, 26ème édition, 2011.

**PELLISSIER (G.),** *Le principe d'égalité en droit public*, Paris : L.G.D.J, Collection Systèmes, 1996.

**PERETTI (J.-M.),**

- *Tous reconnus*, Editions d'Organisation, 2005.
- *Tous différents - Gérer la diversité dans l'entreprise*, Editions d'Organisation, 2007.
- *L'encyclopédie des diversités*, Editions EMS, Collection Questions de société, 2012.

**POTVIN-SOLIS (L.)** (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2010.

**PRADEL (J.),** *Droit pénal général*, Manuel, CUJAS, 17ème éd. 2008/2009.

**PRADEL (J.) et VARINARD (A.),** *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Editions Dalloz, 7ème édition, 2011.

**R**

**ROCHE (S.),** *Le frisson de l'émeute. Violences urbaines et banlieues*, Paris : Editions Seuil, 2006.

**RODIERE (P.),** *Droit social de l'Union européenne*, Editions L.G.D.J, Collection Traités, 2008.

**ROUAULT (M.-C.),** *L'essentiel du contentieux administratif,* 3ème édition, Gualino Lextenso, Collection Carré "Rouge", 2012-2013.

**ROULAND (N.)** (dir.), *Le droit à la différence, Laboratoire de théorie juridique*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, Editions P.U. d'Aix-Marseille, 2002.

**S**

**SABEG (Y.) et SABEG (Y.),** *Discrimination positive- Pourquoi la France ne peut y échapper*, Paris : Editions Calmann-Lévy, 2004.

**SAVIDAN (P.),** *Repenser l'égalité des chances*, Paris : Editions Grasset et Fasquelle, 2007.

**SUDRE (F.) et SURREL (H.)** (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du Colloque des 9 et 10 Novembre 2007, Editions Némésis/Bruylant, Collection Droit et justice, 2009.

**T**

**TOURAINE (A.),** *Pourrons-nous vivre ensemble? Egaux et différents*, Paris : Editions Fayard, 1997.

**W**

**WEIL (P.),**

- *La République et sa diversité*, Editions Seuil, 2005.
- *Liberté, égalité, discrimination : l'identité nationale au regard de l'histoire*, Editions Grasset, 2008.

**WUHL (S.),**

- *L'égalité, Nouveaux débats : Rawls et Walzer : les principes face aux pratiques*, Editions P.U.F, 2002.
- *Discrimination positive et justice sociale*, 1ère éd., Paris, Editions P.U.F, 2007.

## II- THESES ET MEMOIRES

**B**

**BARLES (S.),** *Les mesures positives (action et discrimination positives) en droit français ou l'insertion de politiques différenciées et différentialistes au sein de l'universalisme républicain,* Thèse Paris VIII, 2002.

**BERGEAUD (A.),** *Le droit à la preuve*, Thèse Bordeaux, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, T. 525, 2010.

**BONFILS (P.),** *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Thèse Aix-en-Provence, 2000.

**BOSSUYT (M.),** *L'interdiction des discriminations dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions Bruylant, 1976.

**BOTTON (A.),** *Contribution à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Thèse Toulouse, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque des sciences criminelles, T. 49, 2010.

**BOULMIER (D.),** *Preuve et instance prud'homale. A la recherche d'un procès équitable*, Thèse Orléans, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque d'ouvrages de droit social, T. 37, 2002.

**C**

**CALVES (G.),** *L'« affirmative action » dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, T. 86, 1998.

**CAFARELLI ( F.),** *Recherche sur le fondement juridique des discriminations compensatoires en droit public français*, Thèse de droit public, Université de Montpellier 1, 2007.

**CHAPPE (V.-A.),** *La construction publique du problème des discriminations à travers la genèse de la HALDE: la création d'un consensus à minima*, Mémoire de Master II, Mention Politique et sociétés en Europe, IEP Paris, 2008.

**CORNESSE (I.),** *La proportionnalité en droit du travail*, Thèse Montpellier, Paris, Litec, Collection Bibliothèque du droit de l'entreprise, 2001.

**COCQUEBERT (B)**, *Pourquoi la discrimination à l'embauche : existe-t-il une tête pour l'emploi ?*, Mémoire WESFORD, Grenoble, 2005.

**D**

**DANTI-JUAN (M.),** *L'égalité en droit pénal*, Thèse Poitiers, Paris : Cujas, Collection travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, 1987.

**DAVID (F.),** *La notion de discrimination positive en droit français*, Thèse de droit public, Université de Poitiers, 2001.

**DECHENAUD (D.),** *L'égalité en matière pénale*, Thèse de droit privé et sciences criminelles, Université de Grenoble 2, 2007, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de sciences criminelles 2008.

**DUBOUT (E.),** *L'article 13 du Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Thèse Rouen, Bruxelles : Bruylant, Collection Droit de l'Union européenne, T. 2, 2006.

**G**

**GHIRARDELLO (A.),** *La discrimination sur le marché du travail : du problème de coordination à l'égalité dans l'emploi*, Thèse de sciences économiques, Université de Paris X Nanterre, 2003.

**GIRARD (C.),** *La discrimination à l'embauche*, Mémoire de DEA/MASTER, Université de Lille 2, 2003.

**GOULET( I.),** *Vers un principe de non-discrimination en droit du travail?* Thèse de droit privé, Université de Paris 2, 2001.

**GUILLON (D.),** *L'égalité entre les hommes et les femmes en droit du travail français et communautaire*, Thèse Lille 3, 1991.

**H**

**HERNU (R.),** *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJCE,* Thèse Amiens, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de droit public, Tome 232, 2003.

**L**

**LAGARDE (X.),** *Réflexion critique sur le droit de la preuve,* Thèse de droit privé, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, T. 239, 1994.

**LICARI (S),** *La protection pénale de la dignité du salarié,* Thèse Nancy, 1999.

**M**

**MARTIN (S.),** *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,* Thèse Louvain, Bruxelles : Bruylant, Collection du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006.

**MELIN-SOUCRAMANIEN (F.),** *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Thèse Aix-en-Provence, Editions P.U.A.M, Collection Droit public positif, 1997.

**MOUREY (L.),** *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations,* Thèse de droit pénal et sciences criminelles, Strasbourg, 2012.

**N**

**NDEMA (I.), RIES (L.), et HECKMANN (R.),** *Les discriminations dans le monde du travail, (3 - Le Testing),* Mémoire Université de Loraine/IAE, Master Management, 2011.

**P**

**PARDO (F.),** *Le groupe en droit pénal,* Thèse Nice, 2004.

**PERU-PIROTTE (L.),** *La lutte contre les discriminations en droits du travail. Approche critique,* Editions ANRT, Collection Thèse à la Carte, 2004.

**PESQUER (A.),** *Le principe d'égalité dans le droit de la fonction publique,* Thèse de droit public, Université de Reims, 2005.

**R**

**RAVIGNEAUX (C.),** *Le mouvement de criminalisation et le droit à la non-discrimination. Etude comparée France/Etats-Unis,* Thèse de droit privé, Université de Paris I, 1999.

**RENARD (A.-S.),** *L'emploi des travailleurs handicapés,* Mémoire DEA, Université de Lille 2, 2002.

**ROCCA (M.),** *La discrimination en droit en droit pénal,* Thèse Nice, 1997.

**ROTKOPF (P.),** *Le principe de non-discrimination en raison du sexe,* Thèse de droit public, Université de Paris sud, 2004.

**ROUJOU DE BOUBEE (M.-E.),** *Essai sur la notion de réparation,* Thèse Paris, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 1974.

**S**

**SEGRETAIN (S.),** *La répression de la discrimination,* Thèse Rennes, 2005.

**SWEENEY (M.),** *L'égalité en droit social. Au prisme de la diversité et du dialogue des juges,* Thèse de droit privé, Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 2008.

**T**

**THARAUD (D.),** *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, Thèse de droit privé, Université de Limoges, 2006.

**TOUZET (C.) et LECOCQ (J.-F.),** *L'égalité de traitement entre hommes et femmes en droit communautaire*, DEA droit social, Université de Lille, 2002-2003.

**TRENEULE (E.)** *Lutte contre les discriminations sur le marché du travail : de la volonté politique à la mobilisation des acteurs locaux*, 2005. Mémoire de Master professionnel 2 sur les "Questions sociales dans l'espace euro-méditerranéen", Université de Provence, 2005.

**V**

**VERNY (E.),** *Le membre d'un groupe en droit pénal*, Thèse Paris, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de sciences criminelles, 2002.

**Z**

**ZARCA (A.),** *L'égalité dans le droit français de la Fonction publique*, Thèse de droit public, Université Paris I, 2004.

## III-ARTICLES DE REVUES ET D'OUVRAGES COLLECTIFS

**A**

**ALT-MAES (F.),** *Le concept de victime en droit civil et en droit pénal*, RSC 1994, p. 35.

**AMAUGER-LATTES (M.-C.),** *La discrimination fondée sur l'âge : une notion circonstancielle sous haute surveillance*, Revue Retraite et Société, n° 51, 2007.

**AMBROISE-CASTEROT (C.),** *Recherche et administration des preuves pénales en procédure pénale : la quête du Graal de la vérité*, AJ pénale, 2005, p. 261.

**AMEGADJIE (F.),** *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux*, AJ Pénal, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 307-309.

**ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),** *Droit à l'emploi et dignité* in PEDROT (Ph.) (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne*, Paris : Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 123.

**AUBERT (P.)/DPM, BOUBAKER (N.)/FASILD,** *La politique de lutte contre les discriminations dans le domaine de l'emploi*, Notes et documents, n° 50, Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, DPM, mai 2004.

**AUBERT-MONPEYSEN (T.),**

- *Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ?*, JCP E. 2006, p. 1909.
- *Principe "à travail égal, salaire égal" : Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération?* , JCP E. 2007, p. 1960.
- *L'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier, de façon objective et pertinente, une différence de rémunération, Cass. soc., 30 avril 2009, n° 07-40527*, RDT 2009, p. 516.

**AUBIN (C.) et JOLY (B.),** *De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française*, Droit social, n° 12, décembre 2007, pp. 1295-1301.

**AUBY (J.-M.),** *Les recours administratifs préalables*, AJDA, n° 1, 1997, pp. 10-15.

**AUTIN (J.-L.),** *Le statut du Défenseur des droits*, RF adm. publ. 2011, n° 139, p. 421.

**AVON (R.),** *Lutte contre les discriminations : nouvelles dispositions sociales*, La Chronique du droit du travail, n°51 , janvier 2002, p. 8.

**AZEMAR (J.),** *La lutte contre les discriminations et leur prévention : un élément intrinsèque de la professionnalité de travailleurs intermédiaires*, ISCRA-Méditerranée, Montpellier, janv. 2004.

**B**

**BARTHELEMY (J.),** *Le principe de l'égalité de traitement*, Les cahiers du DRH, n° 157, 2009, p. 32.

**BARTHELME (F.),** *La discrimination à l'emploi*, Hommes & Migrations, n° 1209, sept.-oct. 1997.

**BATAILLE (P.),** *Racisme populaire et relais institutionnels, discrimination systémique et indirecte*, in BORILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, Editions La Découverte, 2003, pp. 69-85.

**BATAILLE (P.) et SCHIFF (C.),** *La discrimination à l'embauche : le cas du bassin d'emploi d'Alès*, Les annales de la recherche urbaine, n° 76, septembre 1997.

**BAUDIS (D.),** *Le défenseur des droits et le Parquet*, in Gaz. Pal., Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 21.

**BAUDIS (D.), BELLOIR (P.), DASSA LE DEIST (D.), DETRAZ (S.) et DREYER (E.),** *La lutte contre les discriminations*, Dossier, Gazette du Palais, Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, pp. 4-21.

**BEAUJOLIN (F.), KOUATI (H.) et LENGRAND (P.),** *Les discriminations dans l'emploi : connaître pour agir*, Les après-midi de Profession Banlieue, n° 4, octobre 2005.

**BELL (M.),** *Beyond European Labour Law ? Reflections on the EU Racial Directive*, European Law Journal, 2002, vol. 8, pp. 384-399.

**BELL (C.),** *Données relatives à la race, à l'ethnie et au sexe : mises en garde à l'intention de l'usager*, Revue internationale du travail, vol. 135, 1996, p. 585.

**BELLOIR (P),** *Les difficultés de preuve des motifs discriminatoires*, in Gaz. Pal., Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 15.

**BELLOUBET-FRIER (N.),** *Le principe d'égalité*, AJDA, juillet-août 1998, p. 152.

**BELORGEY (J.-M.),**

- *Les inégalités devant la loi et leur traitement en droit social*, Les Petites Affiches, n° 239, novembre 2002, p. 39.
- *La discrimination : un mal inévitable* ?, Migrations Société, vol. 18, n° 105-106, Immigration et discrimination, mai-août 2006.
- *Discrimination : les faits, les normes et les régulateurs*, Revue administrative, n° 353, septembre 2006, pp. 529-532.

**BEN ACHOUR (S.),** *L'avocat, acteur de la lutte contre les discriminations,* in Les Cahiers de la justice, n° 4, décembre 2010.

**BENDER (A.-F.),** *Egalité professionnelle ou gestion de la diversité. Quels enjeux pour l'égalité des chances ?,* Revue française de gestion, vol. 4, n° 151, 2004, pp. 205-217.

**BENYACHI (A.) et BOUAMAMA (S.),** *Les discriminations dans l'emploi et leurs impacts, exemple roubaisien,* Roubaix , Editions Voix de nanas, 2000.

**BERENI (L.),** *Faire de la diversité une richesse pour l'entreprise. La transformation d'une contrainte juridique en catégorie managériale,* Raisons politiques, n° 35, août 2009, pp. 87-106.

**BERNARD-MENORET (R.) et FRAISSINIER-AMIOT (V.),** *Le contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire e droit du travail, LPA 2009, n° 46, p. 102.*

**BERTHOU (K.),**

- *Sur les discriminations positives, (C.J.C.E. 28 mars 2000, BADECK*), Droit social, 2000, p. 901.
- *La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010,* Revue du droit du travail, n° 11, novembre 2010, pp. 635-641.

**BIDET (J.),** *Egalité des chances et principe de différence-Une réinterprétation,* in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G-J.) (dir.), *L'égalité des chances,* Editions La Découverte, 2000, pp. 51-67.

**BLEICH (E.),** *Histoires des politiques françaises antidiscrimination : du déni à la lutte,* Hommes et migrations, n° 1245, sept-oct. 2003, pp. 6-17.

**BODY-GENDROT (S.),** *L'universalisme français à l'épreuve des discriminations,* Hommes et migrations, n° 1245, sept-oct. 2003, pp. 19-28.

**BONNARD-PLANCKE (L.) et VERKINDT (P.-Y.),**

- *La lutte contre le discrimination syndicale, Millésime 2005,* Dr. soc. 2006, p. 393.
- *Egalité et diversité : quelles solutions ?,* Droit social, 2006, p. 968.

**BORGETTO (M.),** *Egalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit,* Informations sociales, n° 148, *Politiques de lutte contre les discriminations,* juillet-août 2008, pp. 8-17.

**BORILLO (D.),** *La politique antidiscriminatoire de l'Union européenne,* in BORILLO (D.) (dir.), *Lutter contre les discriminations,* Editions La découverte, 2003, pp. 139-152.

**BORILLO (D.) et CHAPPE (V.-A.),** La haute autorité de lutte contre les discriminations : un laboratoire juridique éphémère, RF adm. pub., n°139, 2011, p. 369.

**BOUMAHDI (R.), LATTES (J.-M.) et PLASSARD (J.-M.),**

- *Marché du travail et lutte contre la discrimination : une approche pluridisciplinaire, Droit des sociétés,* n° 51/52-2002, p. 487-508.
- *Droit et économie de la discrimination sur le marché du travail,* Travail et Emploi, n° 104, Editions La Documentation française, 2005.

**BOSSU (B.),** *La protection des droits fondamentaux du candidat à l'emploi* in *L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats,* Colloque C.E.R.I.T, Nancy 2, décembre 1997.

**BOURGUIGNON (D.),** *Suis-je ou non victime de discrimination ? Quand la victime passe sous silence l'expérience de discrimination,* in *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime discrimination,* Strasbourg : Droit pour la Justice, Actes du colloque organisé par l'association Droit pour la Justice le 29 mars 211 à Strasbourg, 2011, p. 9.

**BOURGUIGNON (D.) et HERMAN (G.),** *La stigmatisation des personnes sans emploi : les conséquences psychologiques et les stratégies de défense de soi,* in Etudes et Recherches sociologiques, 2005, p. 36, 53-78.

**BOURGUIGNON (D.), SERON (E.), YSERBYT (V.) et HERMAN (G.),** *Perceived group and personal discrimination : Differential effects on personal self-esteem,* in European Journal of Social Psychology, 2007, p. 773-789.

**BOUZAT (P.),** *La loyauté dans la recherche de la preuve,* in Mélanges HUGENEY, Sirey, 1964, p. 172.

**BRINBAUM (Y.) et GUEGNARD (C.),** *Parcours de formation et insertion des jeunes issus de l'immigration,* Net.Doc, n° 18, 2011.

**BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.),** *Discrimination, L'actualité juridique,* DA. 2006, p. 1153.

**BUE (J.) et SANDRET (N.),** *Enquête Sumer 2003, un salarié sur six estime être l'objet de comportements hostiles dans le cadre de son travail,* DMT n° 115, 2008, 9 p.

**BUMILLER (K.),** *"Victimes dans l'ombre de la loi". Une critique du modèle de protection juridique,* Politix, n°94, 2011/2, p. 131.

**BURNIER (F.),** *La HALDE et l'entreprise, pouvoirs et enjeux,* Dr. soc, 2008, p. 1042.

**BURNIER (F.) et PESQUIE (B.),** *Test de discrimination et preuve pénale,* Horizons stratégiques n° 5, juillet 2007, pp. 60-67.

**BURRI (S.),** *Comment appréhender le principe d'exigences professionnelles essentielles ?,* in Notes du séminaire de l'Académie de droit européen, Trèves, 21 octobre 2006, p. 6.

**C**

**CALVES (G.),**

- *Les politiques de discriminations positives,* in n° 822, Problèmes politiques et sociaux, La Documentation française, juin 1999.
- *La discrimination positive entre rhétorique et réalité,* in MARTINELLO (M.), REA (A.) (dir.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat,* Editions Bruylant-Académia, Collection Carrefours, Louvain, 2004, p. 93-106.
- *Refléter la diversité de la population française : naissance et développement d'un objectif flou,* Revue internationale de sciences sociales, n° 183, 2005/1, pp. 177-186.
- *Au service de la connaissance du droit : le Testing,* Horizons stratégiques, n° 5, juillet 2006, pp. 8-16.

- *Répression des discriminations : l'adieu aux armes*, in *Droits et libertés en question. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle LOCHAK*, Editions LGDJ, 2007, pp. 36-40.

- *Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'entretien*, in A.J.D.A. 2009, p. 1386.

- *Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques*, in LAMBERT ABDELGAWAD (E.), RAMBAUD (T.) (dir.), *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, Editions Société de législation comparée, Collection Colloques, vol. 15, 2011, pp. 9-23.

**CARTON (J.-P.),** *Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires*, L'actualité juridique-Fonctions publiques, mars-avril 2002, pp. 4-11.

**CERF-HOLLANDER (A.),** *L'extension du champ pénal de la lutte contre les discriminations*, in *Mélanges en l'Honneur du professeur Reynald OTTENTOF*, Editions Dalloz, 2006, p. 367.

**CESARO (J.-F.),** Discrimination syndicale : charge de la preuve, in Semaine juridique social, n° 26, 26 juin 2007, pp. 23-25.

**CHARLETY (P.) et CONTENSOU (F.),** *Droit, économie et discrimination*, in Revue internationale de droit économique <P 8° 5021>. - (2007) t. 21 : n°4, p. 389-414.

**CHEVALLIER (J.),** *Lutte contre les discriminations et Etat-providence*, in BORILLO (D.) (dir.), Lutter contre les discriminations, Bruxelles, Editions BRUYLANT, 2003, pp. 38-54.

**CLERC (F.),**

- *Discrimination syndicale : la stratégie de la CGT*, in Semaine sociale Lamy, n° 1190, 15 novembre 2004, pp. 6-13.

- Agir contre la discrimination syndicale : le droit en pratique, SSL 2006, n° 1265, p. 4.

**CLUZEL-METAYER (L.),** *Le principe d'égalité et la non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi*, RFDA, 2010, p. 309.

**COEURET (A.),**

- *Discrimination sur le lieu de travail*, in *Le risque pénal de l'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 1, jan-fév. 2006, p. 65.

- *Le droit pénal du travail à l'épreuve des discriminations* in *Les droits et le Droit*, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Paris : Dalloz, 2007, p. 207.

**COEURET (A.) et FORTIS (E.),** *La place du droit pénal dans le droit du travail*, RSC 2000, p. 25.

**COHEN (M.),**

- *Voies de recours et sanctions pour discrimination dans la vie professionnelle selon les directives d'anti-discrimination de la CE*, in *La discrimination dans la vie professionnelle : Voies de recours et application du droit*, Rapport de la 4ème commission d'experts dans le cadre du projet "*Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation d'anti-discrimination de l'UE : le rôle des organismes spécialisés*", Bruxelles : Janet CORMACK, Migration Policy Group, 2004, p. 19.

- *Le droit de substitution, cadeau empoisonné au syndicats*, Dr soc 1990, p. 790.

**COLLET-ASKRI (L.),** *Testing or not testing ? la chambre criminelle de la Cour de cassation valide le mode de preuve, serait-il déloyal...*, in Rec. Dalloz, 2003, p. 1309-1314.

**COLONNA (J.),** *La rupture de période d'essai pour un critère discriminatoire est nulle,* J.C.P. G., 2005, II. 10098.

**COMMARET (D.),** *Les métamorphoses de la preuve,* in Revue pénitentiaire et de droit pénal, décembre 2003, pp. 735-744.

**CORMACK (J.) et NIESSEN (J.),** *L'indépendance des organismes de promotion de l'égalité de traitement,* in Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination, n° 1, avril 2005, pp. 25-31.

**CORNU (G.),**

- *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français,* in *Travaux de l'association Henri CAPITANT,* Paris : Dalloz, 1965, Tome XIV, p. 87.

**COTTE (O.),**

- *La loi du 30 décembre 2004 portant création d'une Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité : Du rôle de l'Europe*? in L'Europe des libertés, n° 16, juin 2005.
- *Commentaire de la jurisprudence MANGOLD,* L'Europe des libertés, n° 19, janvier 2006.

**CUTAJAR (C.),** *Propos de clôture* in *Journée d'étude et de formation sur le traitement de la victime de discrimination,* Strasbourg : Droit pour la Justice, Actes du colloque organisé par l'association Droit pour la Justice le 2 mars 2011 à Strasbourg, 2011 p. 5.

**D**

**DANTI-JUAN (M.),** *Espoir et déboires de la répression des discriminations*, in Communautés, discriminations et identités, Actes des VIIIè Journées René SAVATIER (26-27 octobre 2007), Poitiers, LGDJ, 2009, p. 227.

**DASSA LE DEIST (D),** *Retour sur la circonstance aggravante de racisme dans le Code pénal,* in Gaz. Pal., Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 11.

**DE KERSAUSON (A.-S.) et VION (N.),** *Le testing entre à la Cour... Discrimination raciale, ou sur l'apparence physique à l'embauche : un moyen de lutte probant d'un point de vue pénal,* Tripalium, La Gazette sociale, 2000.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),** *Le harcèlement sexuel en droit français : discrimination ou atteinte à la liberté ?,* in Semaine juridique- édition générale (JCP G), 1993, I-3662, pp. 137-141.

**DELROISSE (S.), HERMAN (G.) et COLLART (J.),** *Au-delà de la législation sur la discrimination à l'embauche, une approche psychosociale,* CERIS-INFOS/Université catholique de Louvain, n° 21, juin 2008, p. 2.

**DE RUDDER (V.) et VOURCH'F (F),** *Les discriminations racistes dans le monde du travail,* in FASSIN (D.), FASSIN (E.) (dir.), *De la question sociale à la question raciale,* Editions La Découverte, 2006, pp. 175-194.

**DE SCHUTTER (O.),**

- *Les progrès de l'égalité de traitement dans l'Union européenne : la lutte contre les discriminations au service du marché,* Année sociale, 2000, pp. 121-133.

- *Les techniques particulières de la preuve dans le cadre de la lutte contre la discrimination,* in *Prouver la discrimination, la mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés,* Bruxelles, secrétariat Equinet/Migration Policy Group, 2003, pp. 22-37.

- *La responsabilité des personnes morales dans la loi d'anti-discrimination,* Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Revue de droit européen relatif à la non-discrimination, n° 6-7, octobre 2008, pp. 37-46.

**DETRAZ (S.),**

- *La discrimination "par ricochet" : un aspect latent du délit de discrimination,* in Droit pénal, juin 2008, pp. 10-18.

- *La cohérence de infractions de discrimination,* in *Gaz. Pal.*, Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 4.

**DHUME (F.),**

- *De la discrimination du marché au marché de la discrimination,* in Mouvements, n° 49, janvier-février 2007, p. 128-136.

- *Comment penser l'action avec les victimes de discrimination ?,* in GIP ARIFOR, *Du ressenti au vécu des discriminations pr les victimes,* Synthèse du colloque régional tenu les 23 oct. 2007 à Chaumont, 25 oct. 2007 à Charleville-Mézières, 13 nov. 2007 à Troyes et 22 nov. 2007 à Reims, Châlons-en-Champagne, 2007, p. 16.

**Division pour le développement de la cohésion sociale** (FARELL (G.), DRAKE (R.)), *Cohésion sociale : développements*, Numéro spécial, Conseil de l'Europe, mai 2007.

**DORD (O.),** *Le Défenseur des droits ou la garantie rationnalisée des droits et libertés*, AJDA 2011, p. 958.

**DOYTCHEVA (M.),** *Réinterprétation et usages sélectifs de la diversité dans les politiques des entreprises,* in Raisons politiques, n° 35, août 2009, pp. 107-124.

**DREVEAU (C.),** *Réflexions sur le préjudice collectif*, RTD civ. 2011, p. 249.

**DREYER (E.),** *Sur la prescription des infractions de presse commises avec un mobile discriminatoire,* in Gaz. Pal., Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 19.

**DREYER (E.) et DETRAZ (S.),** *Chronique de jurisprudence de droit pénal,* in Gaz. Pal., Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 25.

**DUBOUT (E.),** *Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'homme?,* RTDH, n° 68, 2006, pp. 851-883.

**F**

**FABRE-ALIBERT (V.),** *Le principe d'égal accès aux emplois publics dans la jurisprudence constitutionnelle,* R.D.P. 1992, p. 125.

**FASSIN (D.),**

- *L'invention française de la discrimination,* RFSP, août 2002, vol. 52, pp. 403-422.
- *Penser la discrimination positive,* in BORILLO (D.) (dir.), *Lutter contre les discriminations,* Editions la découverte, Collection Recherches, 2003, pp. 55-68.
- *Du déni à la dénégation. Psychologie politique de la représentation des discriminations,* in FASSIN (D.), FASSIN (E.) (dir.), *De la question sociale à la question raciale,* Editions La Découverte, 2006, pp. 133-157.

**FAUCONNIER (F.),** *Prévenir la discrimination à l'embauche,* Dossier de synthèse, JDN du management, février 2008.

**FAVENNEC-HERY (F.),** *Non-discrimination, égalité, diversité, La France au milieu du Gué,* in Droit social, janvier 2007, pp. 3-7.

**FERRE (N.),** *La construction juridique des discriminations : l'exemple de l'égalité homme/femme,* in sociétés contemporaines, n° 53, 2004, pp. 33-55.

**FITTE-DUVAL (A.),** *Le fonctionnaire et la discrimination : approche administrative et pénale,* in L'Actualité juridique - Fonctions publiques, janvier-février 2003, pp. 6-16.

**FORT (F.-X.),** *De l'égalité à la parité dans l'accès à la fonction publique,* AJDA, 22 juin 2009, pp. 1181-1187.

**FORTIS (E.),** *Lutte contre la discrimination : la voie pénale,* in AJ Pénal, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 303-307.

**FOURMENT (F.),**

- *Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale,* D. 2011, p. 562.
- *Contrôles d'identité : « Contrôlez, contrôlez, il en restera toujours quelque chose », Gaz. pal., n° 14, 2012, p. 8.*
- *Les contrôles d'identité à l'preuve de l'enquête sociologique, Entretien avec LEVY (R.), Gaz. pal., n° 14, 2012, p. 21.*
- *Contrôle d'identité et déontologie policière, Entretien avec DEBOVE (F.), Gaz. pal., n° 14, 2012, p. 29.*
- *Chronique de jurisprudence de procédure pénale,* in Gaz. Pal., Le journal Spécial des Sociétés, n° 128 à 131, 133ème année, mai 2013, p. 36.

**FRICKEY (A.), PRIMON (J.-L) et MARCHAL (N.),** *Jeunes issus de l'immigration, les diplômes issus de l'enseignement supérieur ne garantissent pas un égal accès au marché du travail,* in Formation Emploi, n° 79, Juillet-septembre, 2002, pp. 31-49.

**G**

**GARDIN (A.) et ZABEL (A.-L.),** *Les discriminations raciales au travail,* RJS, 2003, Chron. p. 87.

**GARNER-MOYER (H.),**

- *Discrimination et emploi : Revue de Littérature*, DARES, Document d'études n° 69, mai 2003.

- *Le poids de l'apparence physique dans la décision d'embauche,* in Le journal des psychologues, n° 257, mai 2008.

**GARRONE (P.),** *La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale,* RTDE, 1994, n° 3, pp. 425-449.

**GAURIAU (B.),** *Les accords collectifs relatifs à la diversité,* in Droit social, novembre 2008, pp. 1060-1064.

**GHIRARDELLO (A.),**

- *Pour une analyse économique positive de la discrimination*, Economies et Sociétés, Série Socio-économie du travail, AB, n° 24, novembre 2004, pp. 1877- 1902.

- *Inégalités de "classes" et inégalités de "races". Quels enjeux pour les politiques sociales ?,* Colloque international Etat et régulation sociale, CNRS-Matisse, Paris, 11-13 septembre 2006, 19 p.

- *Comment dévoiler les pratiques discriminatoires au travail ? Le rôle d'une association,* Revue internationale de l'économie sociale, n° 286.

**GHIRARDELLO (A.) et VAN DER PLANCKE (V.),** *Analyse de la discrimination à l'embauche. Pluraliser les actions positives pour réviser les conventions,* in EYMARD-DUVERNAY (F.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats,* T. 2, Editions La Découverte, Collection Recherches, 2006, pp. 145-158.

**GUIOMARD (F.)**, *Syndicats: évolutions et limites des stratégies collectives d'action juridique,* Revue Mouvements, n° 29, avril 2003, pp. 47-54.

**GONZALES (G.),** *Le protocole additionnel n° 12 de la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer*, RFDA, janv-fév. 2002, pp. 113-123.

**GUIRAUDON (V.),** *Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive "Race"*, in Sociétés contemporaines, n° 53, 2004, pp. 45-47.

**H**

**HAQUET (A.),** *L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes,* RTDE, 37 (2), avril-juin 2001, pp. 306-333.

**HAROCHE (C.),** *Les paradoxes de l'égalité : le cas du droit à la reconnaissance,* in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.-J.) (dir.), *L'égalité des chances,* Paris, Editions La Découverte, 2000, pp. 25-35.

**HENRY (M.),** *Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations,* in Droit ouvrier, mai 2001, pp. 194-200.

**HERAN (F.),** *Les immigrés et leurs descendants dans le système statistique français : réflexions sur les pratiques et les principes,* in Commissariat général au plan, *Immigration, marché du travail et intégration,* Editions La Documentation française, 2002, pp. 121-133.

**HOUSER (M.),** *La spécificité du principe de non-discrimination en raison de l'âge,* RFDA, 2010, p. 323.

**J**

**JEAMMAUD (A.),** *Du principe de l'égalité de traitement entre salariés,* In Droit social, 2004, n° 7/8, pp. 694-702.

**JORION (B.),** *Egalité et non-discrimination en droit public français,* in KOUBI (G.), GUGLIELMI (G.-J.) (dir.), *L'égalité des chances,* Paris, Editions La Découverte, 2000, pp. 141-156.

**JOUANJAN (O.),** *La prohibition des discriminations raciales en droit français, in Revue européennes de droit public,* vol. 11, n° 2, 1999, p. 679 et s.

**K**

**KELLER (M.),** *La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations,* Rec. Dalloz, 2002, chron. p. 1355.

**KOUBI (G.),**

- *Le droit à la différence, un droit à la différence,* in Revue de la recherche juridique-droit prospective (RRJ), 1993, p. 451-463.
- *Vers l'égalité des chances : quelles chances en droit,* in KOUBI (G), GUGLIELMI (G.-J.) (dir.), L'égalité des chances, Paris Editions La Découverte, 2000, pp. 69-89.

**L**

**LAGARDE (X.),** *Variations sur l'actualité jurisprudentielle des discriminations autres que syndicales,* SSL, 18 juin 2007, p. 7.

**LAINE (F.) et OKBA (M.),** *L'insertion des jeunes issus de l'immigration : de l'école au métier,* Net.Doc, CEREQ, n° 15? AVRIL 2005.

**LANDAIS (C.) et LENICA (F.),** *Le régime de la transaction pénale,* Commentaire de l'arrêt CE Ass., 7 juillet 2006, Association France Nature environnement, AJDA, n° 37/2006, 6 nov. 2006, pp. 2053-2055.

**LANQUETIN (M.-T.),**

- *De l'égalité des chances - A propos de l'arrêt KALANKE*, Droit Social, mai 1996, n° 5, pp. 494-501.
- *Un tournant en matière de preuve de discrimination,* Dr. Soc, n° 6, 2000, pp. 589-593.
- *Le principe de non-discrimination,* Droit ouvrier, mai 2001, pp. 186-193.
- *Une loi « inappliquée ? », controverse sur « l'égalité professionnelle » vingt- ans après,* Travail, genre et sociétés, n° 12, 2004, pp 182-190.
- *Discrimination,* in MARUANI (M.) (dir.), *Femmes, genre et sociétés. L'Etat des savoirs*, Paris, Editions La Découverte, 2005, pp. 85-93.
- *L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes réalisée en cinq ans !,* Droit social, n° 6, juin 2006, pp. 1-13.
- *Chronique juridique des inégalités de salaire entre les femmes et les hommes,* Travail, genre et sociétés, n° 15, 2006, pp. 69-82.

- *La directive 2006/54/CE relative à l'égalité de traitement entre femmes et hommes : directive "Refonte",* Droit social, n° 7/8, juillet-août 2007, pp. 861-878.

- *Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008,* Droit social, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 778-788.

- *La comparaison entre des valeurs différentes, une démarche préalable à la reconnaissance de la « valeur égale du travail »,* Droit ouvrier, 2009, p. 135.

**LANQUETIN (M.-T.) et LETABLIER (M.-T.),** *Concilier travail et famille,* in *Concilier travail et famille dans les pays d'Europe du sud,* Editions Bruylant/Sakkoulas, 2005, pp. 47-108.

**LANQUETIN (M.-T.), LETABLIER (M.-T.) et PERIVIER (H.),** *L'acquisition des droits sociaux et l'égalité entre les femmes et les hommes,* Revue de l'OFCE, juillet 2004.

**LAPEROU-SCHNEIDER (B.),** *Les mesures de lutte contre le harcèlement moral,* Droit social, 2002, n° 3, pp. 313-320.

**LAPEYRONIE (D.),** *Révolte primitive dans les banlieues françaises.* Essai sur les émeutes de l'automne 2005, in Déviance et société, n° 30, 2006, pp. 423-448.

**LASSERRE CAPDEVILLE (J.),**

- *Les droits de la défense : nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale,* Rev. pén. 2006, p. 537.

- *Lutte contre les discriminations : la voie pénale,* AJ Pénal, n° 7/8, juillet-août 2008, pp. 303-307.

- *Le Testing,* AJ Pénal, 2008, p. 310.

- *Discriminations,* J.-CL. Pén., Articles 225-1 à 225-4 Fasc. n° 20, 2011.

- *Indentification de la victime de discrimination : aspect juridique,* in DpJ, *Le traitement des victimes de discrimination, Journée d'étude et de formation,* Actes du Colloque du 29 mars 2011 au Conseil de l'Europe, Strasbourg, pp 40-44.

**LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et BONFILS (Ph.),** *Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale,* in MALABAT (V.), DE LAMY (B.) et GIACOPELLI (M.) (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opiniodoctorum,* Paris : Dalloz, Collection Thèmes et commentaires -Etudes, 2009, p. 251.

**LATRAVERSE (S.),**

- *L'ouverture de la jurisprudence en matière d'accès à la preuve : le défi de la mise en œuvre du droit de la discrimination en France,* Documentation pour le séminaire *Lutte contre les discriminations en pratique,* E.R.A. (Académie de droit européen), Trèves, 8-9 mai 2006.

- *Le droit français en matière de discriminations,* Informations sociales, n° 125, mai 2005, p. 118.

**LAUFER (J.) et FOUQUET (A.),**

- *A l'épreuve de la féminisation,* in BOUFFARTIGUE (P.) (Dir.), *Cadres : la grande rupture,* La Découverte, 2001, pp. 249-267.

- *Effet de plafonnement des femmes cadres et accès des femmes à la décision dans la sphère économique,* in Revue française de gestion, n° 151, avril 2004, pp. 117-227.

**LAUFER (J.) et SIVERA (R),**

- *Les accords de l'entreprise sur l'égalité professionnelle,* in Regards sur l'actualité, n° 317, La Documentation française, mars 2006, PP. 151-178.

- *L'égalité des femmes et des hommes en entreprise. De nouvelles avancées dans la négociation ?,* Revue de l'OFCE, n° 97, 2006/2, pp. 245-271.

**LAULOM (S.),** *Non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit de l'UE,* Semaine sociale Lamy, n° 1432, février 2010, p. 6.

**LE GOFF (J.),** *Lutter contre les discriminations à l'embauche,* Esprit, février 2006, pp. 218-221.

**LE POURHIET (A.-M.),** *Pour une analyse critique de la discrimination positive,* Le Débat, n° 114, mars-avril 2001.

**LEGER (N.),** *Preuve du harcèlement moral et de la discrimination : précisions jurisprudentielles,* JCP S., 2009, p. 602.

**LEMOINE (P.),** *La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle),* in Cour de cassation, *La vérité-Rapport annuel 2004,* Paris, La Documentation Française, 2005, pp. 165-180.

**LOCHAK (D.),**

- *Réflexions sur la notion de discrimination,* Dr. social, novembre 1987, n° 11, pp. 778-790.

- *Egalité et différences. Réflexions sur l'universalité de la règle de droit,* in BORILLO (D.) (dir), *Homosexualité et droit,* Paris, Editions P.U.F, Collection Les voies du droit, 1988, pp. 39-63.

- *Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences,* in FENET (A.), SOULIER (G.) (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1789,* Paris, Editions L'Harmattan, 1989, pp. 111-194.

- *La référence à la race dans le droit français,* in DECAUX (E.) (dir), *Le droit face au racisme,* Editions Pedone, Paris, 1999, pp. 27-40.

- *Loi du marché et discrimination,* in BORILLO (D.) (dir.), *Lutter contre les discriminations,* Paris, Editions La Découverte, 2003, pp. 11-37.

- *Lutte contre les discriminations, le piège des mots, les termes du débat,* Ligue des droits de l'homme, groupe de travail " *Discriminations*", mai 2005, p. I-II.

- *Le droit contre les discriminations,* Hommes et libertés, Revue de la ligue des droits de l'homme, n° 134, avril-juin 2006, pp. 36-39.

**LONG (M.),**

- *Discrimination positive et accès à Sciences-po Paris,* AJDA, 2004, p. 688.

- *La fonction publique républicaine,* Pouvoirs, n° 100, 2001, pp. 67-85.

- *Le principe d'égalité et les étrangers,* in Conseil d'état, *Sur le principe d'égalité,* Extraits du *Rapport public 1996,* Editions La Documentation française, 1998, pp. 113-130.

**LORCERIE (F.),** *La lutte contre les discriminations ou l'intégration requalifiée,* VEI enjeux, n° 121, juin 2000, pp. 69-81.

**LYON-CAEN (A.),**

- *Nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires en raison de son origine : ordre de licenciements déterminé selon le critère de la charge d'une famille nombreuse différemment appréciée selon l'origine du salarié,* D. 1992, p. 293.

- *La lutte contre les discriminations syndicales,* in LARDY-PELISSIER (B), PELISSIER (J.) (dir.*), Le syndicalisme salarié,* Thèmes et commentaires, Dalloz, 2002, p. 31.

**M**

**MAGNI (R.),** *Discrimination en matière d'emploi et de formation en Europe*, in Savoirs et formations, Hors-série, juin 1996.

**MAILLARD (S.),** *Discrimination et harcèlement : précisions de la Cour de cassation,* D. 2009, p. 2857.

**MARIE (C.-V.),** *Enjeux actuels de la lutte contre les discriminations en France,* in BORILLO (D.) (dir.), *Lutter contre les discriminations,* Bruxelles, Editions Bruylant, 2003, pp. 125-138.

**MARTIN (D.),** *Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous influence?,* RTDH, 2007, p. 113.

**MARTIN (D.) et MERCAT-BRUNS (M.),** *Approche comparative du droit de la non-discrimination,* IIème partie, RDT, 2009, p. 58.

**MASSE-DESSEN (H.),** *La résolution contentieuse des discriminations en droit du travail, une approche civile,* Droit social, 1995, n° 5, pp. 442-446.

**MATAS (J.),**

- *La lutte contre les discriminations : un élément du vivre ensemble,* in BOURJA (Y.), *Regards croisés sur notre société : entre conflits et coexistences,* Strasbourg, Université Marc Bloch éd. 2004, pages 13-26.

- *La cohésion sociale à l'épreuve de la discrimination ethnique,* in MOUCHTOURIS (A.), SISTACH (D.), *Discrimination et modernité*, Editions P. U. Perpignan, 2007, pages 101-120.

**Mc CRUDDEN (C.),**

- *Le nouveau concept de l'égalité,* in *Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement,* Documentation pour le séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 31 mars-1er avril 2003.

- *Réflexion sur les directives relatives à la discrimination,* Revue de la législation européenne relative à l'anti-discrimination, n° 1, avril 2005, pp. 19-23.

**MELIN-SOUCRAMANIEN (F.),** *Le conseil constitutionnel défendeur de l'égalité républicaine contre "les classifications suspectes",* Rec. Dalloz, 2007-43, pp. 3017-3018.

**MENARD (J.-C.),** *Le Défenseur des droits monstre bureaucratique, gadget constitutionnel ou garantie effective des libertés ?,* LPA 2008, n° 214, p. 4.

**MERCAT-BRUNS (M.),** *La discrimination fondée sur l'âge : un exemple d'une nouvelle génération de critères discriminatoires ?,* RDT, n° 6, juin 2007, pp. 360-368.

**MEURS (D.), PAILHE (A.) et SIMON (P.),** *Immigrés et enfants d'immigrés sur le marché du travail,* in LEFEVRE (C.), FILHON (A.) (dir.), *Histoires de familles, histoires familiales,* Paris, Collection Les Cahiers de l'INED, 2005, vol. XXXVIII, n° 156, pp. 461-482.

**MINE (M.),**

- *Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni,* Travail et emploi, n° 80, septembre 1999, pp. 91-107.
- *Aperçu de la jurisprudence communautaire et française et les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire,* Semaine sociale Lamy, 17 décembre 2001, supp. n° 1055, pp. 115-151.
- *La discrimination dans l'emploi,* Semaine sociale Lamy, 17 décembre 2001, n° 1055, p. 12
- *Les concepts de discrimination directe et indirecte,* ERA-FORUM, Vol. 4, n° 3, 2003, pp. 30-44.
- *Les nouveaux apports du droit pour l'égalité de traitements entre les femmes et les hommes dans l'emploi et le travail,* Droit ouvrier, août 2004, pp. 352-367.
- *Le régime probatoire de la discrimination, in Lutte contre la discrimination : les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement,* Documentation pour le séminaire organisé par l'Académie de droit européen et la Commission européenne, Trèves, 1er-2 octobre 2004, 11 p.
- *La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal,* Droit ouvrier, juillet 2003, pp. 270-275.
- *Discriminations : une transposition laborieuse,* RDT, 2008, p. 532.

**MINET (C.),** *Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail,* JCP E, 2003, pp. 894-897.

**MOLINA (E.),** *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain,* Revue de Sc. crim., avril-juin 2002, pp. 263-282.

**MOREAU (M.-A.),** *La justification des discriminations,* Droit social, n° 12, décembre 2002, pp. 1112-1124.

**MOSSUZ-LAVAU (J.),** *Les discriminations à l'encontre des femmes,* in BORILLO (D.) (dir.), *Lutter contre les discriminations,* Editions La Découverte, 2003, pp. 86-99.

**MOUREY (L.),** *Les délits de harcèlement sexuel et de discrimination : retour sur une difficile association (A propos de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel),* Les Petites Affiches, n° 191, septembre 2012, p. 6.

**MOUSSY (P.),** *Le référé prud'homal face aux discriminations,* Droit ouvrier, octobre 1992, pp. 366-374.

**N**

**NOBLET (P.),** *L'Affirmative action aux Etats-Unis et la discrimination positive en France,* in BOUCHER (M.) (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes,* Editions L'Harmattan, 2001, pp. 461-473.

**NOËL (O),**

- *La face cachée de l'intégration: les discriminations institutionnelles à l'embauche*, in Ville-Ecole-Intégration (VEI), n° 121, juin 2000, 11 p.

- *Lorsque la discrimination se cachait derrière l'intégration : la lente émergence dans l'espace public, des discriminations à l'embauche des jeunes issus des familles immigrées,* in BOUCHER (M.) (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes,* Editions L'Harmattan, 2001, pp. 395-408.

- *Comment prévenir les discriminations raciales à l'emploi en France,* Hommes et Migrations, n° 1246, voir *"France-USA, Agir contre la discrimination, Méthodes et pratiques,* Novembre-décembre 2003, pp. 44-52.

- *Subjectivation des vécus, objectivation juridique des faits,* Informations sociales, n° 148, juillet-août 2008, pp. 124-133.

- *La lutte contre les discriminations à l'épreuve du temps et des territoires Rôles des élu(e)s locaux et configurations d'actions locales,* in *Discriminations et Territoires - la mobilisation des acteurs locaux,* Réseau RECI, septembre 2009, pp. 27-36.

**O**

**Organisation internationale du travail (OIT),** *Discriminations formelles et informelles sur le marché du travail européen,* Revue Hommes et migrations, n° 1211, février 1998, p. 100 et s.

**P**

**PALMER (F**.), *Le rétablissement de l'équilibre des forces dans les cas de discrimination : le transfert de la charge de la preuve,* Revue internationale de droit européen relatif à la non-discrimination, n°4, novembre 2006, pp. 23- 30.

**PARENT (A.),** *Les approches économiques de la discrimination et leur renouvellement,* La lettre de la Mire, n° 7, octobre 2005, pp. 10-14.

**PAUWELS (M.-C.),** *Diversity management, nouveau paradigme d'intégration des minorités dans l'entreprise ?,* Revue française d'études américaines, 2004/4, n° 101, pp. 107-122.

**PERALDI-LENEUF (F.),** *L'interprétation des principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de non-discrimination par la Cour de justice de Communautés européennes,* in GUILLERMIN (G.), OBERDORFF (H.) (dir.), *La cohésion économique et sociale : une finalité de l'Union européenne,* vol. 1, Paris, Editions La Documentation française, 2000, pp. 103-126.

**PERROCHAU (V.),** *La fluctuation du principe de loyauté dans la recherche des preuves,* LPA, n° 99, 17 mai 2002, pp. 6-17.

**PERU-PIROTTE (L.),**

- *La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008,* La semaine juridique, éd. sociale, n° 23, 3 juin 2008, pp. 12-17.

- *Réflexions autour du critère de l'apparence physique,* in PELISSON (E.), *L'apparence physique motif de discrimination : entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible,* Lille : Sciences po. Lille, Colloque du 16 novembre 2009, 2012, p. 10.

**PICHERAL (C.),** *L'incertaine détermination des différences de traitement***,** in SUDRE (F.) et SURREL (H.) (dir.), *Le droit à la non discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruxelles : Bruylant, Collection Droit et Justice, Actes du colloque des 9 et 10 nov. 2007 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, 2008, p. 87.

**PIETRANTONIO (L.),** *Action positive. Quelle égalité ?,* in MARTINELLO (M.), REA (A.) (dir.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat,* Louvain, Editions Bruylant-Academia, Collection Carrefours, 2004, pp. 39-55.

**PIGUET (E.),** *Les approches méthodologiques de la discrimination à l'embauche sur le marché du travail,* Migrations société, vol. 18, n° 105-106, mai-août 2006, p. 175-187.

**PITTI (L.),** *Catégorisations ethniques au travail : un instrument de gestion différenciée de la main d'œuvre,* Histoires et mesures, 2005, vol. XX, n° 3/4, pp. 69-101.

**POLI (A.)**/CADIS, *Pourquoi il faut dissocier la lutte contre les discriminations et la diversité,* Colloque « *Faire des Egaux, pour un nouveau dialogue sur la diversité* », Evry, 12 décembre 2009.

**PORTA (J.),**

- *Egalité, discrimination et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination (Partie 1ère),* Revue du droit du travail, mai 2011, pp. 290-297.

- *Egalité, discrimination et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit à l'égalisation (Partie 2),* Revue du droit du travail, juin 2011, pp. 354-362.

**PRECHAL (S.),** *Equality of treatment, Non-discrimination and Social Policy : Achievements in Three Themes,* CMLR, 2004, vol. 41, pp. 533-551.

**R**

**RIVERO (J.),**

- *Les notions d'égalité et de non-discrimination en droit public français,* in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international,* Association Henri CAPITANT, Journée de Luxembourg (31 mai-4juin 1961), tome XIV, Dalloz, 1965, pp. 343-360.

- *Les droits de l'Homme : droits individuels ou collectifs,* Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, tome XXXII, LGDJ, 1980, pp. 17-25.

- *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique,* in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD,* Dalloz-Sirey, 1985, pp. 33-39.

**ROOTH (D.-O.),** *Implicit discrimination in hiring : real world of evidence,* Discussion Paper n° 2764, IZA, avril 2007, 32 p.

**RORIVE (I.),** *Le test de situation, mythes et réalités,* Revue de droit européen relatif à la non-discrimination, n° 3, avril 2006, pp. 251-264.

**ROUSSEL (G.),** *L'avis de la HALDE en matière de discrimination : une règle de procédure directement applicable,* Actualité juridique-Pénal, n° 3/2007, pp. 130-131.

**S**

**SABBAGH (D.),** *Eléments de réflexion sur la mesure de la « diversité et des discriminations »,* La vie des idées, octobre 2009.

**SAGARDOYTHO (T.),** *Le droit pénal de la discrimination, un droit à construire,* AJP, 2008, p. 313.

**SANTELLI (E.)**, *Trajectoires socioprofessionnelles d'une cohorte de jeunes adultes français d'origine maghrébine issus d'un quartier prioritaire de la politique de la ville,* Etude pour la DPM, CNRS- Université Lumière Lyon 2, 2003. Synthèse in Migrations Etudes, n° 121, mars 2004, pp. 1-11.

**SAVIDAN (P.),** *La justification des mixités : un problème politique ou moral ?,* Informations sociales, juillet 2005, pp. 16-27.

**SCHMID (L.),** *Discrimination et action publique : bilan et perspectives (1999-2006),* Esprit, février 2006, pp. 104-114.

**SCHWEITZER (L.),** *Lutter contre l'indifférence : les premiers pas de la HALDE,* Entretiens, En temps réel, Cahier n° 30, décembre 2007, 36 p.

**SEUVIC (J.-F.),**

- *Variations sur l'humain comme valeurs pénalement protégées,* in PEDROT (Ph.) (dir.), Ethique, droit et dignité de la personne, Paris : Editions Economica, Mélanges en l'honneur de Christian BOLZE, 1999, p. 339.
- *Circonstance aggravante liée à la raison de la commission de certaines infractions : art. 132-76, C. pén.*, RSC 2003, p. 367.
- *Circonstances aggravantes liées à la raison de la commission de certaines infractions. Orientation sexuelle de la victime (art. 132-77 C. pén.) ; qualités de certaines victimes*, RSC 2003, p. 826.
- *Modifications des circonstances aggravantes du meurtre et de l'empoisonnement,* RSC 2003, p. 828.
- *« De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines », art. 132-71 à 132-78, C. pén.*, RSC 2004, p. 384.

**SILBERMANN (R.) et FOURNIER (I.),** *Jeunes issus de l'immigration, une pénalité à l'embauche qui perdure,* Bref, CEREQ, n° 226, janvier 2006, 4 p.

**SILHOL (B.),** *L'inspection du travail et le choix de l'action pénale,* Droit social, novembre 2000, n° 11, pp. 959-963.

**SIMON (P.),**

- *Qu'est ce qu'une politique de lutte contre les discriminations,* Recherches sociales, juillet 2005, n° 125, pp. 104-111.

- *L'évaluation des discriminations par la statistique en France,* in BOUCHER (M.) (dir.), *De l'égalité formelle à l'égalité réelle : la question de l'ethnicité dans les sociétés européennes,* Editions L'Harmattan, 2001, pp. 491-508.

**SOULARD (C.),** *Le principe de l'égalité dans la jurisprudence de la chambre criminelle,* in Cour de cassation, *Rapport 2003, L'égalité,* Editions La Documentation française, 2004, pp. 159-171.

**SOUSSE (M.),** *Le principe de non-discrimination - Les rapports entre le système européen de protection et le système français,* AJDA, décembre 1999, pp. 985-991.

**SPITZ (J.-F.),** *Sur l'amour de l'égalité. Essai sur la critique de l'égalitarisme,* Droits 2001 n° 33, p. 110.

**STEINBERG (S.),** L'essor et le déclin de l'affirmative action aux Etats-Unis, in MARTINELLO (M.), REA (A.) (dir.), *Affirmative action : des discours, des politiques et des pratiques en débat,* Louvain, Editions Bruylant-Academia, Collection Carrefours, 2004, pp. 22-37.

**STERNLIGHT (J.),** *In search of the best procedure for enforcing employment discrimination law : a comparative analysis,* Tulane Law Review, vol. 78, mai 2004, pp. 1401-1499.

**STULTZ (V.),** *La discrimination à l'embauche,* Semaine sociale Lamy, n° 1255, 3 avril 2006, pp. 5-9.

**T**

**TANDE (A.), «** *La notion de discrimination dans les discours de l'action publique en France (1992-2005) ». Entre intégration et égalité des chances,* Informations sociales 2008/4, n° 148, p. 2.

**TEITGEN-COLLY (C.),** *Le défenseur des droits : un OVNI dans le ciel constitutionnel,* LPA 2008, n° 254, p. 125.

**TOBLER (C.),** *Positive Action under the Revised Second Equal Treatment Directive,* in *L'égalité entre les hommes et les femmes et la vie professionnelle - Le point sur les développements actuels en Europe,* Paris, Dalloz, 2003, pp. 59-92.

**TODOROV (T.),** *Du culte de la différence à la sacralisation de la victime,* Esprit, n° 212, juin 1995, pp. 90-102.

**TOURREIL (J.-E.),** *La demande d'indemnisation d'un salarié victime de discrimination à l'embauche relève des prud'hommes,* Jurisprudence sociale Lamy, n° 2005, 13 février 2007, pp. 16-18.

**V**.

**VERKINDT (P.-Y.),**

- *Regards sur la discrimination syndicale,* JSL, 2005, n° 173, p. 1.
- *Les discriminations dans les politiques de l'emploi,* Informations sociales, n° 148, juillet-août 2008, pp. 96-105.

**VOULAND (P.),** *L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve,* AJ Pén., 2005, p. 275.

**W**

**WARNIER (N.),** *Les discriminations directes et indirectes dans le domaine de l'égalité homme-femme et de l'égalité nationaux-non-nationaux,* Revue de droit international et de droit comparé <P 8° 390>. - (2007-04/06) vol.84 : n°2, p. 225-286.

**WILLMAN (C.),** *Définir la « race » et l'ethnie, préalable à la lutte contre le racisme dans l'entreprise,* Droit social, n° 9/10, sept.-oct. 2007, pp. 936-950.

**WOEHRLING (J.-M),**

- *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse,* Revue de droit Mc Gill (Canada), vol. 43, n° 2, 1998, pp. 325-401.
- *Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé,* Informations sociales, n° 148, juillet-août 2008, pp. 58-71.

**WUHL (S.),** *La discrimination positive à la française,* Information sociales, juillet-août 2008, pp. 84-93.

**Y**

**SABEG (Y.),** *L'égalité et l'emploi : des principes et des pratiques*, in la Lettre d'un monde à l'autre, n° 8, septembre 2004, pp. 4 et s.

**Z**

**ZAKINE (L.),** La preuve de la discrimination, Colloque de l'ENM et de l'AFDT du 18 nov. 1994, *La discrimination en droit du travail,* Liaisons sociales, n° 7167, 19 décembre 1994, p. 7.

## IV- RAPPORTS ET ETUDES

**A**

**ADIDA (C.), LAITIN (D.) et VALFORT (M.-A.),** *Les Français musulmans sont-ils discriminés dans leur propre pays ? Une Etude expérimentale sur le marché du travail,* French-American Foundation, Sciences-Po, 2010, 20 p.

**Association pour la Gestion, la Formation et l'Insertion des Personnes Handicapées (AGEFIPH) et Direction de l'Animation, de la Recherche, des études et des statistiques (DARES)**, *Les personnes handicapées et l'emploi : Chiffres clés*, Rapport 2011, p 2-5.

**Agence nationale pour la cohésion et pour l'égalité (Acsé),** *Prévention et lutte contre les discriminations - Le livre des initiatives,* Paris, Acsé, septembre 2009, 67 p.

**AMADIEU (J.-F.),**

- *Enquête testing sur Curriculum Vitae,* Université Paris I, Adia/Observatoire des discriminations, avril-mai 2004, 11 p.
- *Les élus issus de l'immigration dans les conseils municipaux (2001-2008),* Haut Conseil à l'Intégration, Premier ministre, 2009, 37 p.

**B**

**BAILLY (P.),** *L'égalité des salariés en droit du travail*, L'égalité /Rapport Cour de cassation 2003, La Documentation française, 2004, pp. 67-80.

**BEAUCHEMIN (C.), HAMEL (C.) et SIMON (P.) (eds.),** *Enquête « Trajectoires et origines : la diversité des populations en France »*, Premiers résultats, Document de travail de l'INED, n° 168, 2010, 154 p.

**BEBEAR (C.),** *Des entreprises aux couleurs de la France - Minorités visibles : relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*. Rapport au Premier Ministre, Editions La Documentation française, 2005, 144 p.

**BEHAGHEL (L.), CREPON (B.) et LE BARBANCHON (T.),** *Evaluation de l'impact du CV anonyme,* Rapport final, mars 2011, 93 p.

**BELORGEY (J.-M.),** *Lutter contre les discriminations : stratégies normatives/institutionnelles*, Rapport à Mme la ministre de l'emploi et de la solidarité, Paris, Editions La Documentation française, mars 1999, 75 p.

**BELL (M.),** *La politique de l'Union européenne contre la discrimination : de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes à la lutte contre le racisme,* Document de travail, Parlement européen, PE 167.154, 1997, 14 p.

**Bureau international du travail (B.I.T),** *L'heure de l'égalité au travail,* Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail I(B), Genève, 2003, 149 p.

**BLIVET (L.),** *L'entreprise et l'égalité positive,* Institut Montaigne, octobre 2004, 149 p.

**BOGALSKA-MARTIN (E.), DOUTRE (E.) et PREVERT (A.),** *Les discriminations* ? *Paradoxes et ambiguïtés de l'action publique - Expériences des citoyens européens,* Grenoble, 2010, 162 *p.*

**BOGALSKA-MARTIN (E.), PREVERT (A.), BARTLOMIEJ (B.) et NAVARRO (O.),** *Parcours institutionnels de victimes de discriminations : la discrimination comme fait incertain et le recours aux dispositifs de lutte contre les discriminations,* Etude, Grenoble 2012, 198 p.

**BOSSUYT (B.),** *Prévention de la discrimination. La notion d'action positive et son application pratique,* ONU, Conseil économique et social, Commission de la promotion et de la protection des Droits de l'Homme, 2 juin 2002, 41 p.

**C**

**CALVES (G.),** *Renouvellement démographique de la Fonction publique de l'Etat : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?,* Direction générale de l'administration et de la fonction publique, Editions La Documentation française, Collection Perspectives, février 2005, 76 p.

**CEDIEY (E.), B.I.T, ISM-Corum,** *Les discriminations à raison de l'origine dans les embauches en France : une enquête nationale par tests de discrimination selon la méthode du Bureau international du travail* , Les discriminations dans le monde du travail, Revue de presse et bibliographie, Paris, ADRI, 1998 et mars 1999.

**CEDIEY (E.), FORONI (F.)/ISM-CORUM,**

- *Un diagnostic partagé sur les discriminations liées à l'origine et au sexe, Résultats d'une recherche-action au sein du groupe CASINO*, juin 2005, 100 p.

- *Les travaux du projet Averroes au Club méditerranée : un diagnostic partagé contre les risques discriminatoires*, 2009, 89 p.

**CEGOS-Dauphine**, *Age, apparence physique et sexe : le trio de tête de la discrimination en entreprise*, Baromètre, Université de Paris-Dauphine, juin 2011, 4 p.

**Centre de Théorie et de Recherche en droit du Travail et de la protection sociale (CERIT)** Nancy 2, *L'embauche en droit du travail : principaux enjeux et débats*, Colloque, décembre 1997, 188 p.

**CHRIQUI (V.),** *La promotion de la diversité dans les entreprises : les meilleures expériences en France et à l'étranger*, Rapport remis à M. Eric BESSON, ministre de l'Immigration, de l'Intégration de l'Identité nationale et du Développement solidaire, 13 juillet 2010, 125 p.

**Commission européenne,** direction générale de l'emploi et des affaires sociales, parutions/ Luxembourg,

- *Promouvoir la diversité, 21 organismes pour promouvoir l'égalité et combattre la discrimination dans l'Union européenne*, Rapport de synthèse, 2003, 20 p.

- *Rapport annuel sur l'égalité et l'anti-discrimination 2003 - Vers la diversité*, Luxembourg. OPOCE, juillet 2003, 32 p.

- *Egalité, diversité, élargissement*, OPOCE, 2003, 121 p.

- *Coûts et avantages de la diversité*, Rapport de synthèse portant sur l'étude des méthodes et indicateurs de mesure du rapport coût-efficacité des politiques relatives à la promotion de la diversité dans les entreprises, OPOCE, octobre 2003, 21 p.

- *Egalité et non-discrimination*, Rapport annuel 2004, OPOCE, 2004, 36 p.

- *« Livre vert » sur l'égalité et la non-discrimination dans l'UE élargie*, Luxembourg, mai 2004, COM (2004) 379 final.

- *L'égalité des droits dans la pratique. Les acteurs clés en 2005 - Accès à la justice*, OPOCE, 2005, 27 p.

- *Egalité et non-discrimination*, Rapport annuel 2005, OPOCE, mai 2005, 40 p.

- *Le cas commercial en faveur de la diversité*. Bonnes pratiques *en milieu de travail*, OPOCE, septembre 2005, 62 p.

- *La diversité au travail, huit étapes pour les petites et moyennes entreprises*, OPOCE, 2006, 20 p.

- *Voies de recours et sanctions dans le droit de la non-discrimination de la Communauté européenne*, OPOCE, 2006, 49 p.

- *Le programme de l'UE pour l'emploi et la solidarité sociale (2007-2013). Permettre à la Communauté de soutenir les Etats membres dans leur engagement à créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité, ainsi qu'à garantir l'égalité des chances pour tous*, 2007, 16 p.

- *La discrimination dans l'Union européenne, EUROBAROMETRE Spécial,* 2007, 192 p.

- *La discrimination dans l'Union européenne, EUROBAROMETRE Spécial,* 2009, 232 p.

- *La lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité. Comment mesurer les avancées réalisées ?,* Rapport final, Groupe BPI, Janvier 2008, 122 p.

- *Continuer dans la voie de la diversité. Les pratiques, les perspectives et les avantages pour l'entreprise,* OPOCE, 2009, 61 p.

**Commission Européenne contre le Racisme et l'Intolérance (ECRI),** *3ème rapport sur la France,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 15 février 2005, 52 p.

**Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL),** *Auditions réalisées par le groupe de travail sur la mesure de la diversité du 2 novembre 2006 au 1er février 2007, Compte-rendu,* Mai 2007, 146 p.

**Conseil d'Analyse de la Société (CAS),** *Pour une société de la nouvelle chance. Une approche républicaine de la discrimination positive,* Rapport au Premier ministre, Editions La Documentation française, 2005, 328 p.

**Conseil commun de la Fonction publique, DGAFP, Défenseur des droits,** *Suivi de la charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique,* 3ème Rapport, mars 2012, 49 p.

**Conseil d'Etat,** *Sur le principe de l'égalité, Rapport public 1996,* Editions La Documentation française, Paris, 1998, 245 p.

**Conseil de l'Europe,** *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes, cadre conceptuel, méthodologie et* bonnes pratiques, Strasbourg, février 1998, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 92 p.

**Conseil National des Barreaux (CNB),**

- *Etat des lieux des discriminations,* Actes du Colloque organisé en partenariat avec la HALDE, Paris, 12 décembre 2005, 47 p.

- *Les nouveaux pouvoirs de la HALDE et l'exercice des droits de la défense,* Actes du Colloque organisé en partenariat ave la HALDE, Paris, 12 octobre 2006, 46 p.

**Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA),** *Représentation de la diversité de la société française* à la télévision, Rapport au parlement, avril 2010, 33 p.

**Conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT),** *La précarité dans la fonction publique territoriale,* Rapport, La Documentation française, Collection des Rapports publics, 2011, 116 p.

**CORMONT (P.) et COQUELLE (C.),** *Discrimination : états des lieux,* COPAS, FAS/ADIA-ADECCO, 2000.

**Cour de Cassation,** *Rapport annuel 2008, (troisième partie : Etude : Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation),* Editions La Documentation française, 2009, 482 p.

**D**

**DARES,** *La lutte contre les discriminations : initiatives publiques et pratiques d'entreprises,* Actes du Colloque organisé par la DARES le 9 décembre 2004 à Paris, 51 p.

**Défenseur des droits,** *Rapport annuel 2011*, 152 p.

**DELOITTE** Secteur public, *La promotion de la diversité dans les entreprises. Les meilleures expériences en France et à l'étranger,* Rapport pour le Centre d'analyse stratégique (CAS), juin 2010, 125 p.

**DE RUDDER (V.), TRIPIER (M.), VOUR'CH (F.) et SIMON (V.),** *La prévention du racisme dans l'entreprise en France,* Rapport d'étude pour la Fondation européenne pour l'amélioration de vie et du travail, URMIS, juin 1994, 75 p.

**DE RUDDER (V.), POIRET (C.) et VOUR'CH (F.),** *La prévention de la discrimination raciale, de la xénophobie, et la promotion de l'égalité de traitement dans l'entreprise : une étude de cas en France,* Rapport d'étude pour la Fondation européenne pour l'amélioration de vie et du travail, mars 1997, 65 p.

**DESFORGES (C.) et DE CHALVRON (J.-G.),** *Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique,* Ministère du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, Secrétariat d'Etat à la Fonction publique, janvier 2008, 49 p.

**DREESMIRE, HALDE,** *Mieux connaître pour mieux combattre. Les discriminations à l'épreuve des savoirs et des pratiques,* Colloque 2 décembre 2009, Bibliothèque nationale de France, Paris, 2010, 72 p.

**Droit Pour la Justice (DpJ),** *Le traitement des victimes de discrimination, Journée d'étude et de formation,* Actes du Colloque du 29 mars 2011 au Conseil de l'Europe, Strasbourg, 78. p.

**DUBET (F.),** *Egalité des places, égalité des chances,* Etudes 2011/1, Tome 414, p. 31.

**DUGUET (E.), LEANDRIN (N.), L'HORTY (Y.) et PETIT (P**.), *Discriminations à l'embauche. Un Testing sur les jeunes des banlieues d'Ile-de-France,* Enquête Centre d'analyse stratégique (CAS), Rapports et documents, 2007, 29 p.

**DUPREZ (D.) et PINET (M.),** *Du genre et des origines. Le recrutement des policiers et des médiateurs,* Laboratoire européen associé (LEA), Editions La Documentation française, jan. 2003, 256 p.

**E**

**EBERHARD (M.), MEURS (D.) et SIMON (P.),** *Construction d'une méthodologie d'observation de l'accès et du déroulement de carrière des générations issues de l'immigration dans la fonction publique,* Note de synthèse, INED, 24 décembre 2008, 15 p.

***Egalité des droits et des chances, participation et citoyenneté des personnes handicapées,*** aux sources de la loi n° 1960, Direction des journaux officiels, La Documentation française, 2006, 798 p.

**EUMC (Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes),** *Migrants, Minorities ans Employment : Exclusion, Discrimination and Anti-discrimination in the 15 Members States of the European* Union, Luxembourg, OPOCE, 2003.

**F**

**FASILD,** *Les discriminations des jeunes d'origine étrangère dans l'accès à l'emploi et l'accès au logement,* Editions La Documentation française, 2003, 248 p.

**FAUROUX (R.),** *La lutte contre les discriminations ethniques dans la domaine de l'emploi,* Paris, Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, 2005, 50 p.

**FOUGERE (D.) et POUGET (J.),** *L'emploi public s'est-il diversifié ? Sexe, niveau d'étude, origine sociale et origine nationale des salariés de la fonction publique et des collectivités territoriales,* Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, décembre 2004, 60 p.

**G**

**GOLDBERG (D.),** *Proposition de loi n° 1450 visant à supprimer les conditions de nationalité restreignant l'accès des travailleurs étrangers à l'exercice de certaines professions libérales ou privées,* Rapport n° 2594, juin 2010.

**Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD),**

- *Une forme méconnue de discrimination. Les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques),* Note n° 1, mars 2000, 34 p.
- *Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve,* Note n° 2, Editions la Documentation française, octobre 2000, 80 p.

**GUEGOT (F.),** *L'égalité professionnelle hommes-femmes dans la Fonction publique,* Rapport, La Documentation française, Collection des Rapports officiels, mars 2011, 69 p.

**H**

**HALDE,**

- *Rapport annuel 2005,* Editions La Documentation française, avril 2006, 100 p.
- *Rapport annuel 2006,* Editions La Documentation française, avril 2007, 232 p.
- *Rapport annuel 2007,* Editions La Documentation française, avril 2008, 186 p.
- *Rapport annuel 2008,* Editions La Documentation française, avril 2009, 92 p.
- *Rapport annuel 2009,* Editions La Documentation française, mars 2010, 78 p.
- *Rapport annuel 2010,* Editions La Documentation française, mars 2011, 92 p.

**HALDE/OIT,** *Perceptions des discriminations au travail : regards croisés salariés du privé et agents de la fonction publique,* Synthèse Institut CSA, Baromètre 4ème édition, décembre 2010, p.

**HAMILTON KRIEGER (L.),** *Un problème de catégories : stéréotypes et lutte contre les discriminations,* Sciences-Po, French-American Foundation, avril 2008, 20 p.

**HAMMABERG (T.),** *Droit de l'homme et identité de genre,* Doc. thématique, Commissaire aux droits de l'homme, juillet 2009, 51 p.

**Haut Conseil à l'intégration (HCI),**

- *Lutte contre les discriminations : faire respecter le principe d'égalité,* Rapport au Premier ministre, Editions La Documentation française, Collection Les Rapports officiels, 1998, 119 p.

- *Le bilan de la politique d'intégration 2002-2005 - Rapport au Premier ministre,* Paris, Editions La Documentation française, 2006, 328 p.

- *Les indicateurs de l'intégration. Statistiques ethniques, enquêtes sur les patronymes, mesure de la diversité, baromètre de l'intégration,* Avis à Monsieur le Premier ministre, Paris, 9 janvier 2007, 58 p.

**HERAN (F.)/Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD),** *Inégalités et discriminations. Pour une usage critique et responsable de l'outil statistique,* Rapport au Commissariat à la diversité et à l'égalité des chances, Premier ministre, 5 février 2010, 272 p.

**HOLTMAAT,** *Les catalyseurs du changement? Les organismes de promotion de l'égalité aux termes de la directive 2000/43/CE,* Rapport du réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, Equinet, 2007, 85 p.

**HUËT (R.) et CANTRELLE (M.),** *Gouvernance et acteurs privés : le cas de la lutte contre les discriminations au travail,* Développement durable des territoires, 3 mars 2006.

**I**

**IMS-Entreprendre pour la Cité,**

- *Non-discrimination et gestion de la diversité,* décembre 2004, 15 p.

- *Gestion de la diversité en entreprise, Des outils statistiques pour mesurer la diversité des origines,* Compte-rendu des débats du 28 avril 2005, Paris, 26 p.

**J**

**JOSEPH (O.) et LEMIERE (S.),** *La discrimination de genre et d'origine à l'encontre des jeunes sur le marché du travail. Les Mesures à partir de différents aspects des situations professionnelles,* Centre d'Etudes et de Recherches sur les Qualifications (CEREQ), Net. Doc, n° 12, 2005.

**K**

**KACHOUKH (F.), MAGUER (A.) et MARNAS (A.),** *La discrimination multicritère à l'encontre des femmes immigrées ou issues de l'immigration sur le marché du travail,* HALDE,2011, 209 p.

**KEIL (M.),** *Manuel de formation pour le management de la diversité,* International Society for Diversity Management, Commission européenne, septembre 2007, 44 p.

**L**

**L'AUTRE CERCLE,** Résultats de l'étude portant sur *La vie des LGBT au travail en 2011,* février 2011, In lutter contre les discriminations en entreprise, doc. n° 78, février 2011, 57 p.

**LAUFER (J.) et FOUQUET (A.),** *Effet de plafonnement des femmes cadres et accès des femmes à la décision dans la sphère économique,* Etude Groupe HEC-Centre d'Etudes de l'Emploi, 1997.

**LAMAR (D.) (dir.),** *L'insertion professionnelle des jeunes diplômés issus de l'immigration : diagnostic d'aide à la décision de la direction de l'Association pour Faciliter l'Insertion professionnelles des Jeunes diplômés,* 14 décembre 1999, 88 p.

**LANQUETIN (M.-T.),**

- *La double discrimination à raison du sexe et de la race ou de l'origine ethnique - Approche juridique*, association ADRESSE, Etude pour le FASILD, 2002, 2t., 85 et 30 p.

- *Le droit au recours dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve*, Paris, GELD, Note n° 2, octobre 2000, 80 p.

**LANQUETIN (M.-T.) et GREVY (M.),** *Premier bilan de la mise en œuvre de la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations,* Rapport pour le ministère de l'Emploi et de la Cohésion sociale (DPM, A.F.E.M.), Paris, décembre 2005, 113 p.

**LYON-CAEN (G.),** *Les libertés publiques et l'emploi*, Rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de le Formation professionnelle, La Documentation française, 1992, n° 27, 169 p.

**M**

**MAFFESSOLLI (M.),** *Accès à l'emploi et canaux d'entrée sur le marché du travail des populations immigrées et d'origine étrangère*, Les Cahiers de l'ORIV, n° 27, Strasbourg, 1998.

**MARESCA (B.), DUJIN (A.), ROBIN (A.) et MAREK (A.),** *Les* bonnes pratiques *dans la lutte contre les discriminations et pour l'égalité dans les petites et moyennes entreprises en France et en Europe,* Rapport n° R248, CREDOC, Collection des Rapports, 2007, 153 p.

**MEHAIGNERIE (L.) et SABEG (Y.),** *Les oubliés de l'égalité des chances : Participation, pluralité, assimilation...ou repli ?,* Paris, Institut Montaigne, janvier 2004, 225 p.

**MEURS (D.), PAILHE (A.) et SIMON (P.),** *Mobilité intergénérationnelle et persistance des inégalités. L'accès à l'emploi des immigrés et de leurs descendants en France,* INED, Documents de travail, n° 130, 2005, 27 p.

**MOUREY (L.),** *Le traitement répressif des victimes de discrimination*, Etude, novembre 2010, 52 p.

**O**

**Observatoire des discriminations,**

- *Les discriminations à l'embauche : de l'envoi du CV à l'entretien,* ADIA/Paris I. - 2005, 17 p.

- *Discrimination à l'embauche : les chiffres (Baromètre ADIA),* Novembre 2006, 25 p.

**Observatoire Régional de l'Intégration et de la Ville (ORIV),** *Etat des lieux des pratiques d'accompagnement des victimes de discriminations et de leurs accès aux droits en Alsace*, Septembre 2011, 51 p.

**P**

**POCHARD (M.),** *La diversification des modes de recrutements de la haute fonction publique et l'ouverture de l'accès aux fonctions d'encadrement supérieur de l'Etat,* Rapport au Premier ministre, 25 septembre 2006, Editions La Documentation française, 2007, 43 p.

**R**

**RECHT (S), NIESSEN (J.) et CHOPIN (I.), (eds.),** *Anti-discrimination Legislation in EU Member States, France : A comparison of national anti-discrimination legislation on the grounds of racial or ethnic origin, religion or belief with the Council Directives,* Vienne, EUMC, 2002.

**Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination :**

- *Prouver la discrimination, la mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination : le rôle des organismes spécialisés,* Rapport de la 1ère réunion d'experts organisée par le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racismes, Bruxelles, 14-15 janvier 2003, Equinet secrétariat/Migration Policy Group.

-*Discrimination dans la vie professionnelle : voies de recours et application du droit,* Rapport de la 4ème réunion d'experts, accueillie par l'Ombudsman suédois contre la discrimination ethnique, 14-15 octobre 2003, Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 44 p.

- *Application stratégique du droit et directives d'égalité de traitement de la Communauté européenne,* Rapport de la 6ème réunion d'experts, accueillie par l'autorité pour l'égalité irlandaise, Dublin, 4 et 5 mars 2004, Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 90 p.

- *Réflexions sur l'intégration des différents motifs de discrimination dans les dispositions sur l'égalité, quel avenir ?* Rapport de la 7ème réunion d'experts, accueillie par la Commission d'égalité pour l'Irlande du Nord, Belfast, 17-18 juin 2004, Bruxelles, Migration Policy Group, 2004, 36 p.

- *Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 25 Etats membres de l'Union,* Bruxelles, Migration Policy Group, novembre 2006 , 168 p.

**Réseau Equinet,** *Application stratégique : pouvoirs et compétences des organismes de promotion de l'égalité,* Rapport du Groupe de travail 2 Equinet sur l'application stratégique, Bruxelles, 2006, 84 p.

**RORIVE (I.),** *Proving Discrimination Cases. The Role of situation Testing,* Centre for Equal Rights, Migration Policy Group, 2009, 91 p.

**S**

**SABEG (Y.)/ Commissariat à la diversité et à l'égalité des chances,** *Programme d'action et recommandations pour la diversité et l'égalité des chances,* mai 2009, 114 p.

**SEILLIER (B.),** *La lutte contre le pauvreté et l'exclusion : une responsabilité à partager,* Rapport d'information n° 445 Tome 1, 2007/2008, 314 p.

**Service des affaires européennes du Sénat français,** *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail,* Rapport de synthèse, 2000, 39 p.

**SILICANI (J.-L.),** *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction publique, faire des services publics des atouts pour la France,* Synthèse, La Documentation française, avril 2008, 240 p.

**SOS Homophobie,** *L'homophobie au travail,* Rapport, Paris, mai 2011, 174 p.

**STASI (B.),** *Vers la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité,* Rapport au Premier ministre, Paris, Editions La Documentation française, 2004, 132 p.

**STEINMEYER (H.-D.),** *Législation contre la discrimination à l'égard des personnes handicapées,* Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2003, 152 p.

**T**

**THISSE (J.-F.), WASMER (E.) et ZENON (Y.),** *Ségrégation urbaine, logement et marché du travail,* Working Paper, Dijon CESAER, 2003-1, 26 p.

**THOMAS-HISLAIRE (D.),** *La lutte contre la discrimination et la promotion de l'égalité. Comment mesurer les avancées réalisées?,* Rapport France pour la Commission européenne BPI janvier 2008, 55 p.

**THOMAS (S.) ( SOS Racisme),** *Rapport d'analyse des affaires récentes de discrimination à l'embauche poursuivies par SOS Racisme,* 21 mars 2005.

**TOBLER (C.),** *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte,* Rapport de la Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.2., septembre 2008, 100 p.

**TOURRET (A.),** *Gestion des finances publiques et des ressources humaines dans la Fonction publique,* Avis n° 258 Tome III, Rapport législatif, Assemblée nationale, octobre 2012, 61 p.

**V**

**VAN DE WALLE (I.),** *Le parrainage, comme outil de politique publique d'accès à l'emploi et de lutte contre les discriminations,* Etude pour le FASILD, CREDOC, 2002.

**VAN DE WALLE (I.) et MORDRET (X.),** *De la Charte de la diversité à la labellisation - L'Etat et les entreprises dans la négociation d'une politique de diversité,* Cahiers de la recherche, n° 225, CREDOC, décembre 2008, 56 p.

**VERSINI (D.),** *Rapport sur la diversité dans la fonction publique, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'Etat,* Editions La Documentation française, 2004, 107 p.

**VICKERS (L.),** *Religion et convictions : discrimination dans l'emploi - Le droit de l'Union européenne,* Rapport Commission européenne, Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, Unité G.2., juin 2007, 74 p.

**VIPREY (M.),** *L'insertion des jeunes d'origine étrangère,* Conseil économique et social, Journaux officiels, 2002, 146 p.

**VIPREY (M.) et DEROCHE (L.),** *Note de synthèse du rapport final pour le FAS, Conditions d'accès à l'entreprise des jeunes étrangers ou d'origine étrangère : nature des résistances,* Noisy-le-Grand, Institut de Recherches Economiques et Sociales, mars 1998, Migrations Etudes, n° 94, mai-juillet 2000.

**W**

**WIHTOL DE WENDEN (C.) et BODY-CENDROT (S.),** *Etude sur la sensibilisation et la formation aux discriminations dans la Fonction publique : le cas de la police,* GELD, 2001.

**WIEVORKA (M.),** *La diversité, Rapport* à la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Paris, Editions Robert Laffont, octobre 2008, 229 p.

**Y**

**YESILKAGIT (X.) et SNIJDERS (B.),** *Entre impartialité et réactivité , Organismes de promotion de l'égalité et des pratiques de l'indépendance,* Rapport Réseau européen des organismes de promotion de l'égalité, Equinet, Décembre 2008, 78 p.

## IV-RESSOURCES SUR INTERNET

(Présentées dans l'ordre chronologique de leur utilisation dans notre travail)

**QUEYRANNE (J.-J.),** *La Charte de lutte contre les discriminations et pour l'égalité de traitement*, Région Rhône-Alpes, Extraits, Lyon 2008. http://www.rhonealpes.fr/191-charte-de-lutte-contre-les discriminations.htm, **p. 10.**

**BOUBAKER (N.),** *La discrimination est un problème de société*, Interview réalisée en 2004 dans le cadre des journées intitulées "*Discriminations : de qui parle t-on ? Une journée contre les discriminations",* Extraits. www.ressources-territoires.com/cd-rom../4.../4pagesDISCRIM.pdf, **p. 13.**

**AMADIEU (J.-F.),** *La Discrimination à l'embauche s'aggrave*, in *Baromètre de l'Observatoire des discriminations (novembre2006)*, 22 novembre 2006. http:// www.jobetic.net/La-discrimination-à-l-embauche-s-agrave_a264html. jobetic.net, **p. 15.**

**CHEVALLIER (J.),** *La lutte contre les discriminations et les politiques de la diversité sociale*, Publications du Centre d'Etudes et de Recherches de Sciences Administratives et Politiques (CERSA), Université Panthéon Assas, Paris II. http://www.cersa.cnrs.fr/spip.php%3Farticle117.html, **p. 17.**

**DEROUSSIN (D.),** *Parquet et politique pénale depuis le XIXème siècle* ; Mission de recherche Droit et Justice/Colloque, Université de Lyon 3, Septembre 2002 ; http://www.gip-recherche-justice.fr/, **p. 18.**

**Conseil constitutionnel,** *Décisions n° 87-232 DC du 7 janvier 1988 (considérant 10) et 91-202 DC du 30 décembre 1991 (considérant 6).* http://www.senat.fr/rap/l04-065/l04-0651.html, **p. 20.**

*Femmes et précarité*, www.social.gouv.fr/femmes/gd_doss/pointsur/précarité.htm, **p. 33.**

*Femmes et hommes-Regards sur la parité*, Insee Références, Edition 2012, http://www.insee/fr/publications-et-services/sommaire.asp?codesage=FHPARIT12, **p. 33.**

*Entretien d'embauche : les droits des candidats*, http://www.servicepublic.fr, **p. 33.**

*La CNIL dénonce un fichier de candidature discriminatoire appartenant aux laboratoires SERVIER*, http://le monde dudroit.fr/droit-a-entreprise-/propriete-intellectuelle/139839.html, **p. 36.**

*Le dispositif public de lutte contre les discriminations raciales*, http://www.social.gou.fr/htm/pointsur/discriminations/dispositifpublic.htm, **p. 39.**

**Observatoire des inégalités,** *Calculs de l'observatoire des inégalités à partir des organismes privés et publics*, Septembre 2011. http://www.inegalites.fr/spip.php?article1480, **p. 40.**

http://nondiscrimination.toulouse.fr/?post/Foire-Aux-Questions, **p. 41.**

*Montants de la contribution à l'AGEFIPH des entreprises qui n'emploient pas des personnes handicapées*, http://www.agefiph.fr/Entreprises/Contribution-et-obligations/S-acquitter-de-la-contribution-Agefiph, **p. 47.**

**AGEFIPH et DARES**, *Les personnes handicapées et l'emploi : Chiffres clés*, www.agefiph.fr, **p. 48** et Editions Mai 2011 et 2012. http://www..agefiph.fr/content/download/.../1/.../120507_chiffrescles-2012 pdf.

*La discrimination fondée sur l'âge*, Figaro-Entreprise nov. 2008. http://entreprise.lefigaro.fr/critere-rapport.html, **p. 49.**

*L'apparence physique dans le travail*. www.juritravail.com/discrimination-physique.html, **p. 50.**

**ENVOYE SPECIAL**, *La discrimination à l'embauche*, témoignages, France 2, Forum. http://forums.france2.fr/france2/envoyespecial/discrimination-embauche-sujet_5194_1.htm, **p. 51.**

*Discrimination fondée sur les opinions politiques : l'avis de certains employeurs,* www.JuriTravail.com, **p. 52.**

**CAHEN (M.-I.),**

- *L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion, novembre 2006*, http://www.murielle-cahen.com/newversion/p_religion.asp, **p. 53**
- *Religion et Entreprise* . http://www.murielle-cahen.com/publications/p_religion-entreprise.asp, **p. 53.**

**BOUAMAMA (S.), FOTIA (Y.) et CORMONT (J.),** *Les discriminations systémiques*, in Revue, *Les Figures de la Domination*, Octobre 2010. http://lesfiguresdeladomination.org/index.php?id=542, **p. 60.**

**ISM-Corum**, *La discrimination systémique : exemples*. http://antidiscrimination-syndicat.org/definir_discrimination%20systemique.html, **p. 60.**

**DE LA BROSSE (J.),** *Le harcèlement moral au travail*, www.lexpress.fr , 14/09/2009, **p. 68.**

**MUIR (E.),***L'interdiction des discriminations fondées sur critère d'âge en matière d'emploi : une révolution culturelle ?*. http://www.fondapol.org/etude/elise-muir-interdiction-discrimination-sur-critere-age-en-matiere-emploi/, **p. 73.**

**Service des Affaires européennes du Sénat français,** *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, Législation comparée, décembre 2000. http://www.senat.fr/lc/lc82/lc82.html, **p. 81.**

**MIGLIETTI (J.-M.),** *Discrimination à l'embauche : le conseil de prud'hommes est compétent*, Article, 19/01/2007. http://www.miglietti-avocat.com/discrimination/discrimination-raciale-en-droit-du-travail-le-conseil-de-prudhommes-est-competent-104.html, **p. 110.**

**Association des universités pour le développement de l'enseignement numérique en économie et gestion (AUNEGE),**

- *Discriminations dans l'emploi privé : les juridictions pénales compétentes,*
- *Discriminations dans l'emploi privé : les juridictions civiles compétentes,*

www.aunege.eu/ressoureces/DDT_Nan2-003/co/1_3.html, **p. 118.**

- *Discriminations à l'accès à l'emploi et dans le travail régi par les règles de droit public : les juridictions administratives compétentes,*

www.aunege.eu/ressoureces/DDT_Nan2-003/co/1_3_2_2_3.html, **p. 119.**

**ISM-Corum**, *Les juridictions compétentes dans le contentieux des discriminations dans le travail*, http://antidiscrimination-syndicat.org/juger_3_tab1.html, **p. 120.**

**ACI (D.),** *La charge de la preuve dans le procès pénal*, www.cabinetaci.com/la-charge-de-la-preuve.html, **p. 140.**

**MARGOSYAN (R.),** *Le rôle de l'avocat au regard de la preuve en droit des discriminations et du choix de la procédure*, partie 2, http://www.lediscriminologue.org/Le-Canap-Orange-3-la-charge-de-la- preuve, **p. 142**.

*La discrimination à l'embauche : comment lutter ? Quelle est la validité du testing* ? www.juritravailcom/discrimination-age/embauche/r-alternative-A-1html, **p. 147.**

**ISM-Corum**, *Les procédures devant les juridictions civiles, civiles et administratives dans le contentieux des discrimination*, http://www.antidicrimination-syndicat.org/juger_3_ tab_1.html, **p. 168.**

**XAVIER' *(93),*** *La Loi du 16 novembre 2001 : un vent frais européen contre les discriminations !*, http://www.pulpeclub.com/news/?fuseaction=view_news&news=200?, **p. 188.**

**CHIRAC (J.),** *Discours de Troyes, 14/10/2002*. www.veronis.fr/discours/auteur/CHIRAC, **p. 191.**

**COMTE-SPONVILLE (A.),** *Guide républicain*, voir *définition de l'égalité des chances*, 2004, http://www.toupie.org/Dictionnaire/Egalite_chances.htm, **p. 193.**

**Ministère des affaires étrangères (MAE),** *La France à la loupe : l'égalité des chances*, Info-synthèse octobre 2006, http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/enseignement_superieur.pdf, **p. 193.**

**VERDIER-MOLINIE (A.),** *La HALDE : une autorité contre les discriminations aux méthodes contestées*, 8/01/2009, http://www.ifrap.org/La-Halde-une-autorite-contre-les-discriminations-aux-methodes-contestees,999.html, **p. 197.**

**ALLEGRA (A.),** *Discriminations : loi adoptée le 27 mai* 2008, 19/06/2008, le blog de Maître ALLEGRA, http://avocats.fr/space/alfredo.allegra/content/discriinations---loi adoptee-le-27-mai-2008_ABCDE7850-C3FE-429E-A77D-409557DBC6D3, **p. 198.**

**FAUCONNIER (F.),** *Prévenir la discrimination à l'embauche*, dossier de synthèse réalisé sur la base des entretiens effectués avec Martine CAMBON-FALLIERES, Directrice adjointe en charge de la Promotion de l'Egalité à la HALDE, Journal du net Management (JDN Management) 27/02/2008 ; http://www.journaldunet.com/management/ressources-humaines/conseil/discrimination/1.shtml, **p. 216.**

**Droit pour la Justice (DpJ),** Opérations de sensibilisation à la problématique des discriminations, http://ledroitpourlajutice.blogspirit.com., **p. 224.**

**Commission européenne (Emploi, affaires sociales et égalité des chances),** *Le programme EQUAL*, http://ec.europa.eu/employment_social/equal_consolidated/, **p. 230.**

**Commission européenne (Emploi, affaires sociales et inclusion),** *Le programme PROGRESS*, http://ec.europa.eu/employment/social/main.jsp?catId=327&langd=fr, **p. 231.**

**Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat,** *Suivi de la Charte pour la promotion de l'égalité dans la fonction publique, 2ème Bilan ( Rapport 2010), janvier 2011*, http://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/carrieres_et_parcours_professionnel/egalite_des_chances/suivi_charte_egalite_fp_2011.pdf, **p. 241.**

**Ministère du budget, des comptes publics, de la Fonction publique et de la réforme de l'état,** *Prévention, lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité dans le recrutement et la GRH : que répondent les ministères et les administrations de l'Etat à la HALDE et la DGAFP en 2009?,* http://www.fonction-publique.gouv.fr/publications/collection-ressources-humaines-29, **p. 241.**

**Ministère de la Fonction publique,** *Une réforme des conditions d'aptitude physique à l'entrée dans la fonction publique*, http://archives.fonction-publique.gouv.fr/home20111012/article1730.html**, p. 242.**

**Commission européenne,** *Communication au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 25 octobre 2011, intitulée «Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014»,* **COM(2011) 681 final,** *http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/em0052_fr.htm*, **p. 243.**

**VAN EECKHOUT (L.),** *Relance du CV anonyme, outil de lutte contre la discrimination à l'embauche*, http://www.lemonde.fr/societe/article/2009/11/03/relance-du-cv-anonyme-outil-de-lutte-contre-la-discrimination-a-l-embauche_1261942_3224.html, **p. 258.**

**Sénat français /Services des études juridiques,** *Le curriculum vitae anonyme*, Etude de législation comparée, n° 203, décembre 2009, **p. 260.**

**LEIBIG (Th.)/Organiszation de coopération et développement économique (OCDE),** *The Labour Market Integration of Immigrants in Germany*, Papers n° 47, June 2007, **p. 260.**

**A COMPETENCE EGALE,** *Les avantages et les inconvénients du CV anonyme : des arguments techniques et politiques,* Rapport sur le CV anonyme, 10 juin 2009, http://alaingavand.typepad.com/files/rapport-cv-anonyme-a-comp%C3%A9tence-egale-10-juin-2009.pdf, **p. 260.**

**TRENTESEAUX (J-J.),** *Faut-il promouvoir le CV anonyme* ?, Journal L'EXPRESS, rubrique Emploi et carrière, www.lexpress.fr/e,ploi-carrière/faut-il-promouvoir-le-cv-anonyme_487045.html., **p. 263.**

Charte pour le service public de l'emploi contre les discriminations, pour l'égalité des chances et pour l'égalité,http://www.emploi.gouv.fr/files/files/Acteurs/CNML/documentation/Charte_SPE_discriminations.pdf**, p. 270.**

**BEBEAR (C),** *La Charte de le diversité : une initiative d'entreprises pour les entreprises,* http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-la-charte.php, **p. 293.**

**ISM -Corum**, *Les limites de la diversité*, http://antidiscrimination-syndicat.org/definir_11_nb1.html, **p. 297.**

**SARKOZY (N.),** *Discours à l'école Polytechnique de Palaiseau en Essonne*, le 17/12/2008, http://www.actualite-francaise.com/depeches/nicolas-sarkozy-developper-diversite-france,2217.html, **p. 298.**

**AFNOR certification,**

- *Les organismes titulaires du Label Diversité*, édition du mois d'avril 2012, http://www.boutique-certification.afnor.org/certification/label-diversite, **p. 299.**

- *La liste des organismes titulaires du Label Egalité professionnelle*, version du 18/09/ 2012. En ligne, http://www.boutique-certification.afnor.org/certification/label-egalite-professionnelle, **p. 301.**

**VILLENAVE (B.), CUMENGE (G.) et GIRARD (C.),** *La discrimination positive : une présentation. Faut-il développer la discrimination positive en France ?*, Ecole normale supérieure, http://www.eleves.ens.fr/pollens/seminaire/seances/discrimination/dossierdiscrimination.htm, **p. 302.**

*Les premiers pas de la discrimination positive en France : initiatives concrètes dan l'enseignement supérieur*, http://www.lemonde.fr/societe/article_interactif/2008/12/16/les-premiers-pas-de-la-discrimination-positive-en-france_1131879_3224.html**, p. 310.**

**Ville de Pontarlier,** *Les discriminations, un travail sur les représentations*, Table ronde organisée avec les différents acteurs sociaux et économiques sur la thématique des discriminations travail. http://www.villepontarlier.fr/images_et_fichiers/vos_quartiers/developement_social_urbain/programme_de_reussite_educative/file/discriminations.pdf, **p. 319.**

* Tous les textes de loi et les décrets nationaux ainsi que les articles des Code pénal, du travail et de procédure pénale utilisés ici sont consultables en ligne sur www.legifrance.gouv.fr

* Toutes les directives européennes anti-discrimination utilisées ici sont consultables en ligne sur www.eur-lex.europa.eu

# Index

(Les numéros renvoient aux pages)

## A

**Action,**
- positive, *262, 303*
- publique, *100, 104, 105, 106, 107, 141, 154, 196, 213*
**Accompagnement des victimes,** *23, 85, 86, 87, 90, 91, 92, 99*
- Acteurs
. Structures généralistes, *87, 88, 89, 91, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 122, 130, 222, 227*
. Structures spécialisées, *87, 88, 91, 92, 97, 99, 227*
- Offres
. Aide aux victimes, *24, 25, 87, 88, 89, 91, 98, 99, 100, 137, 174*
. Accès au droit, *23, 85, 86, 89, 91, 125, 133, 173*
. Accompagnement juridique, *91, 92, 95, 97, 101, 128, 173, 227*
**Alternatives aux poursuites,** *130, 131, 132, 173*
- Médiation pénale, *130, 131*
- Médiation sociale, *130, 131, 132*
**Associations de lutte contre les discriminations,** *24, 47, 106, 108, 264*
**Autocensure,** *16, 261*

## B

**Bonnes pratiques,** *181, 238, 317, 318, 319*

## C

**Charte pou la promotion de l'égalité dans la Fonction publique,** *238*
**Communautarisme,** *100, 190*
**Compétences réelles,** *16*
**Contraintes,**
- économiques, *124, 127*
- juridiques, *125, 127, 128*
- politiques, *123, 127*
- sociétales, *121, 127*
**Cooptation,** *218*
**Critères ou motifs de discrimination,**
- Activités syndicales, *27, 29, 41, 54, 117*
- Age, *27, 48, 49, 54, 244, 245, 250, 256, 257, 258, 261, 274, 275, 292, 316*
- Apparence physique, *27, 29, 37, 48, 49, 50, 54, 61, 68, 72, 80, 186, 292*
- Appartenance vraie ou supposée à une ethnie, 27, 29
- Appartenance vraie ou supposée à une nation, *27, 29*
- Appartenance vraie ou supposée à une race, *27, 29*
- Caractéristiques génétiques, *27, 29, 45*
- Convictions religieuses, *29, 37, 51, 52, 53, 54, 253*
- Etat de santé, *27, 29, 37, 43, 44, 45, 46, 47, 54, 60, 61, 72, 76, 80, 189, 240, 292*
- Grossesse, *27, 29, 33, 54, 189, 198, 236*
- Handicap, *27, 29, 37, 43, 46, 47, 48, 54, 61, 62, 76, 80, 82, 107, 112, 124, 145, 147, 158, 180, 182, 189, 190, 191, 192, 198, 201, 203, 219, 236, 239, 240, 242-251, 253, 254, 264, 274, 282, 283, 292, 293, 307, 315*
- Identité sexuelle, *27, 29, 30, 35, 37, 61, 81*
- Mœurs, *27, 29, 35, 36*
- Opinions politiques, *21, 27, 29, 82, 37, 51, 52, 54, 61, 82*
- Orientation sexuelle, *27, 29, 30, 35, 203, 253, 254, 292*

- Origine, *15, 21, 22, 26, 27, 29, 37- 41, 51, 54, 55, 57, 58, 61, 64, 71, 82, 116, 122, 123, 145, 147, 148, 154, 158, 176, 179, 180, 189, 190, 247, 250, 253, 261, 262, 263, 264, 274, 275, 292, 295, 296, 298, 302, 303, 305, 308, 310, 311*
- Patronyme, *27, 29, 37, 48, 50, 51, 147, 186*
- Sexe, *27, 29,30, 33, 35, 37, 77, 78, 79, 80, 81, 117, 183, 198, 202, 237, 261, 302, 305*
- Situation de famille, *26, 27, 29, 33, 54, 150, 257, 315*

**Curriculum vitae anonyme,** *246, 255, 257, 258, 260, 262, 264*

## D

**Défenseur des droits (anciennement HALDE),**
- Structure, *201*
- Attributions, *207*

**Délais de prescription de l'action en justice**,
- au civil *108, 111, 120, 209*
- au pénal *102, 105, 120, 209*
- en matière administrative, *115, 116, 209*

**Déni,** *68*
**Dialogue social,** *180, 236, 237, 240, 244, 247, 248, 251, 286, 289, 290, 291, 299, 300, 301, 314, 317*
**Différences de traitement légales,** *72*
**Directives européennes anti-discrimination,** *158, 179, 184, 186, 197, 198, 199, 201, 207, 228, 289*
**Discrimination positive,** *31, 123, 264, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312*
**Discrimination systémique,** *60, 189*
**Dispositifs d'alerte,** *252*
**Diversité,**
- Charte, *239, 253, 292, 293, 294, 295, 296, 298, 300*
- Gestion, *296, 299*
- Label, *248, 252 ,292, 298, 299, 300, 301*

## E

**Egalité,**
- de droit, *12, 303, 310, 312*
- des chances, *31, 78, 123, 137, 148, 183, 192, 193, 195, 201, 206, 223, 231, 232, 239, 240, 241, 244, 246, 250, 253, 255, 257, 258, 260, 264, 270, 276, 294, 298, 300, 303*
- formelle, *11, 20, 305, 313*
- Label, *301*
- réelle, *20, 21, 293, 313*

**Elargissement des canaux de recrutement,** *217*
**Entreprises,**
- publiques et privées, *24, 177, 233, 245, 246, 317*
- Intermédiaires de l'emploi, *60, 245, 252, 268, 269, 273, 275, 281, 317*

**Entretien d'embauche 100 % professionnel,** *219*
**Equité,** *214, 294, 303*
**Evaluation de la politique de prévention,**
- Audits des ressources humaines, *247, 252, 287, 288, 299*
- Diagnostics, *248, 286, 287, 288, 291*

**Evaluation et responsabilisation du management,** *251*

## F

**Fonction publique,** *24, 32, 60, 61, 76, 80, 161, 177, 178, 187, 233-245, 291, 296, 309, 314-317*
**Formalisation de la sélection des candidatures,** *219*
**Formes de discrimination,** *55*
- directe, *55, 56, 57, 58, 61, 63, 69, 70, 71, 141, 142, 159, 181, 183, 184, 187, 189, 198, 199, 234*
- Harcèlement,
  . moral, *64, 67, 68, 69,120, 165, 188, 199, 274*

**.** sexuel, *27, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 120, 183, 199*
- indirecte, *55, 57, 58, 59, 60, 63, 69, 71, 141, 142, 172, 189, 198*
- Injonction discriminatoire, *69, 70, 71, 180*

## I

**Inaptitude médicalement constatée,** *44, 45, 76*

## M

**Minorités visibles,** *310*
**Méthode de recrutement par simulation (MRS),** *278*

## O

**Objectivation et traçabilité des procédures Ressources Humaines,** *249*
**Opérations, actions et outils de sensibilisation, d'information et de formation,** *221, 222, 225, 226, 236, 249*

## P

**Parrainage,** *246, 264, 265, 266, 267, 316*
**Plafond de verr*e,*** *34*
**Politique,**
- criminelle, *18, 19, 22, 23, 24, 80, 173, 174, 176, 319*
- pénale, *18, 153*
- publique, *189, 238, 276, 283, 296*
**Préjugés,** *53, 217, 223, 224, 239, 240, 250, 259, 261, 274, 275*
**Présomption d'innocence,** *138, 140*
**Preuve,**
- Charge, *140, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 166, 167, 169, 185, 188, 191, 198*
**.** Aménagement, *156, 159, 169, 191, 198*
- Force probante, *140*
- Loyauté, *144, 148*
- Modes, *140, 143, 144, 148, 156, 161*
**Principe,**
- de clarté et de précision de la loi, *178*
- de l'égalité de traitement, *19, 31, 38, 83, 84, 180, 181, 182 185*
- de la légalité des délits et des peines, *26*
- de non-discrimination, *20, 21, 49, 59, 61, 62, 75, 106, 107, 112, 138, 163, 234, 235, 238, 252, 270, 276, 278, 294*

## R

**Rédaction d'une offre d'emploi objective,** *216*
**Reproduction sociale,** *306*
**Responsabilité sociale,**
- Employeur public, *238, 243*
- Entreprises, *300*

## S

**Sanctions,**
- Dommages et intérêts, *102, 110, 155, 163-167, 171, 172, 311*

- Nullité, *136-168, 170-172*
- Peines complémentaires, *153, 155*
- Peines d'amendes, *155, 171*
- Peines d'emprisonnement, *151, 152, 153, 155, 171*
**Service public de l'emploi (SPE),** *270*
- Charte contre les discriminations, pour l'égalité des chances et la promotion de la diversité, *270*
**Situation comparable,** *55, 56, 71*
**Stéréotypes,** *217, 224, 239, 240, 250, 280, 289, 297*

## T

**Testing ou test de situation,** *143, 144, 145, 146, 147, 148, 160, 167, 196*
**Traçabilité de l'entretien de recrutement,** *220*
**Tutorat,** *246, 253, 264, 265, 267, 309, 316*

## V

**Voies d'action légales,** *101, 134*
- Juridictionnelles, *101*
. Recours administratif devant le tribunal administratif, *114, 119, 120*
. Recours civil devant le conseil de prud'hommes, *108, 118, 120*
. Recours pénal devant le tribunal correctionnel, *102, 118, 120*

# Table des matières

Remerciements ..... 3

Dédicace ..... 4

Liste des abréviations ..... 5

Sommaire ..... 9

Introduction ..... 11

Première partie : Volet répressif et d'aide aux victimes de la politique criminelle de lutte contre les discriminations l'embauche ..... 25

Chapitre1: Définition du délit de discrimination à l'embauche ..... 29

Introduction ..... 29

Section1 : Cas de discrimination à l'embauche pénalement sanctionnés ..... 29

Paragraphe 1 : Classification en fonction des motifs prohibés ..... 29

A- Discriminations fondées sur le sexe ..... 30

1- Discrimination sexuelle ou relative au genre ..... 30

2- Discrimination en raison de l'orientation ou l'identité sexuelle ..... 35

B- Discriminations non sexuelles ..... 37

1- Discrimination fondée sur l'origine ..... 37

2- Discrimination fondée sur l'activité syndicale ..... 41

3- Discrimination fondée sur l'état de santé et le handicap ..... 43

a- Critère de l'état de santé ..... 43

b- Critère du handicap ..... 46

4- Discrimination en raison de l'âge, l'apparence physique et du patronyme ..... 48

a- Critère de l'âge ..... 48

b- Critère de l'apparence physique ..... 49

c- Critère du patronyme ..... 50

5- Discrimination en raison des opinions politiques ou des convictions religieuses ..... 51

a- Critère des opinions politiques ..... 52

b- Critère des convictions religieuses ..... 53

Paragraphe 2 : Classification en fonction de la forme de la mesure discriminatoire ..... 55

A- Discrimination directe ..... 55

B- Discrimination indirecte ..... 57

C- Harcèlement ..... 64

Section 2 : Différences de traitement légales ..... 72

Paragraphe 1 : Différences de traitement admises en raison de l'âge ou de l'apparence physique 72

Paragraphe 2 : Différences admises en raison de l'état de santé ou du handicap ..... 76

Paragraphe 3 : Différences de traitement admises en raison du sexe ..... 77

Conclusion ..... 80

Chapitre 2 : Droits des victimes de discrimination à l'embauche ..... 84

Introduction ..... 84

Section 1 : Accompagnement des victimes et accès au droit ..... 86

Paragraphe 1 : Inégale répartition de la demande d'accompagnement des victimes auprès des structures ..... 86

A- Différences liées à l'objet des structures d'accompagnement ..... 87

1- Structures spécialisées ..... 87

2- Structures généralistes ..... 88

B- Différences liées à la proximité des structures d'accompagnement ..... 89

Paragraphe 2 : Pratiques d'accompagnement des victimes ..... 90

A- Offres d'accompagnement variables en fonction des structures sollicitées ..... 91

B- Accompagnement juridique commun aux structures ..... 92

1- Ecoute de la victime et objectivation des faits ..... 92

2- Information de la victime ..... 95

3- Orientation de la victime ..... 97

C- Accompagnement individuel et absence de mobilisation collective ..... 99

Section 2 : Voies d'action légales ..... 101

Paragraphe 1 : Pluralité des voies d'action juridictionnelles ..... 101

A- Recours pénal devant le tribunal correctionnel ..... 102

1- Compétence matérielle et territoriale de la juridiction pénale saisie ..... 102

2- Modalités de saisine du tribunal correctionnel ..... 102

3- Délais de prescription de l'action pénale ..... 105

4- Intérêt et qualité pour agir ..... 105

B- Recours civil devant le conseil de prud'hommes ..... 108

1- Compétence matérielle et territoriale de la juridiction civile saisie ..... 108

2- Modalités de saisine du conseil de prud'hommes ..... 110

3- Délais de prescription de l'action civile ..... 111

4- Intérêt et qualité pour agir ..... 112

C- Recours administratif devant le tribunal administratif ..... 114

Paragraphe 2 : Système de contraintes inhérentes à la poursuite d'une action en justice pour discrimination ..... 121

A- Nature des contraintes ..... 121

1- Contraintes sociétales ..... 121

2- Contraintes politiques ..... 123

3- Contraintes économiques ..... 124

4- Contraintes juridiques ..... 125

B- Impact des contraintes sur le parcours des victimes ..... 127

1- Impact direct sur le choix des victimes ..... 128

2- Impact indirect à travers les acteurs de l'accompagnement ..... 129

C- Conséquences sur le système juridique de la non-discrimination ..... 129

1- Cadre juridique présent certes, mais en pratique peu effectif ..... 130

2- Rôle alternatif ou circonscrit des alternatives aux poursuites ? ..... 130

Conclusion ..... 133

Chapitre 3 : Sanction des actes discriminatoires à l'embauche ..... 138

Introduction ..... 138

Section 1 : Déroulement des poursuites devant la juridiction répressive ..... 139

Paragraphe 1 : Régime juridique de la preuve devant le juge pénal ..... 140

A- Charge de la preuve ..... 140

B- Force probante de la preuve ..... 140

C- Modes de preuve ..... 143

1- Relativité du principe de la liberté de la preuve ..... 143

2- "*Testing*" pour établir les discriminations à l'embauche ..... 145

Paragraphe 2 : Nature et consistance des sanctions pénales ..... 149

Section 2 : Déroulement des poursuites devant la juridiction civile ..... 156

Paragraphe 1 : Régime juridique de la preuve devant le juge civil ..... 156

A- Aménagement de la charge de la preuve ..... 156

B- Modes de preuve ..... 161

Paragraphe 2 : Nature et consistance des sanctions civiles ..... 162

Conclusion ..... 168

Conclusion de la Première partie ..... 172

Deuxième partie : Volet préventif de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche ..... 175

Chapitre 1 : Dispositif national de prévention de la discrimination à l'embauche ..... 178

Introduction ..... 178

Section 1 : Dispositif étatique ..... 179

Paragraphe 1 : Corpus législatif conséquent ..... 179

A- Influence des directives européennes anti-discrimination ..... 179

1- Directive 2000/43/CE dite "*Race*" du 29 juin 2000 ..... 180

2- Directive 2000/78/CE dite "*Emploi*" du 27 novembre 2000 ..... 181

3- Directive 2006/54/CE dite "*Refonte*" du 05 juillet 2006 ..... 183

B- Lois nationales issues de la transposition des directives européennes ..... 185

1- Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 ..... 186

2- Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 ..... 190

3- Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 ..... 192

4- Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ..... 197

Paragraphe 2 : Organe institutionnel spécifique ..... 199

A- Structure ..... 201

1- Organisme unique ..... 201

2- Statut particulier ..... 204

B- Attributions ..... 207

1- Assistance aux victimes et combat contre les discriminations ..... 208

2- Promotion de l'égalité ..... 213

Section 2 : Dispositif associatif ..... 221

Paragraphe 1 : Opérations de sensibilisation et d'information ..... 222

Paragraphe 2 : Public bénéficiaire trop restreint ..... 226

Conclusion ..... 228

Chapitre 2 : Pratiques préventives des employeurs publics et privés face à la discrimination à l'embauche ..... 233

Introduction ..... 233

Section 1 : Fonction publique et prévention de la discrimination à l'embauche ..... 233

Paragraphe 1 : Cadre juridique traditionnellement conçu comme protecteur ..... 234

Paragraphe 2 : Nouveaux instruments institués au cours de ces dernières années ..... 235

A- Cadre législatif rénové ..... 236

B- Multiples « *bonnes pratiques* » ..... 238

1- Charte pour la promotion de l'égalité dans la Fonction publique ..... 238

2- La responsabilité sociale de l'employeur public ..... 243

Section 2 : Entreprises et prévention de la discrimination l'embauche ..... 245

Paragraphe 1 : Pratiques des grandes et/ou moyennes entreprises publiques et privées ..... 246

A- Egalité des chances dans les entreprises au quotidien ..... 246

1- Progrès notables ..... 247

2- Thèmes à améliorer. ..... 251

B- Curriculum vitae anonyme : au service de l'égalité des chances !? ..... 255

1- Concept du Curriculum Vitae anonyme ..... 255

2- Utilisation du Curriculum Vitae anonyme par les entreprises ..... 257

3- Curriculum Vitae anonyme : entre espoirs et désillusions ..... 260

C- Parrainage et tutorat vers et dans l'emploi, des outils efficaces restant à développer ..... 264

1- Instruments d'insertion dans le milieu de l'entreprise adaptés aux publics souvent en difficulté ..... 265

2- Dispositif bénéficiant aux accompagnés comme aux entreprises ..... 267

3- « *Bonnes pratiques* » restant largement à diffuser ..... 267

Paragraphe 2 : Pratiques des intermédiaires de l'emploi ..... 268

A- Engagement pour la prévention des discriminations à l'embauche et la promotion de l'égalité ..... 269

1- Textes d'engagement ..... 269

a- Engagements pris au niveau des acteurs de la profession ..... 270

b- Engagements pris au niveau de l'organisation d'un marché ou d'une activité ..... 273

2- Affirmation de l'engagement par le biais des outils de communication ..... 273

a- Communication externe ..... 273

b- Communication interne ..... 274

B- Actions conduites pour traduire dans la pratique les engagements pris ..... 275

1- Actions menées envers les entreprises clientes ..... 275

a- Présentation des engagements en amont et contractualisation avec l'entreprise qui recrute ..... 276

b-Travail de rapprochement réalisé par l'intermédiaire de l'emploi ..... 277

c- Critère du patronyme ..... 279

2- Actions menées envers les candidats ..... 281

a- Recherche des candidats ..... 282

b- Information et accueil des candidats ..... 283

c- Présélection des candidats ..... 283

d- Evaluation des candidats ..... 284

e- Traitement des candidatures et retour d'information assuré aux candidats ..... 285

3- Actions menées en interne ..... 286

a- Mise en place d'une politique formalisée et désignation de référents ..... 286

b- Mise en œuvre de diagnostics ..... 287

c- Sensibilisation et formation des agents, des cadres et des dirigeants ..... 288

d- Dialogue social ..... 289

e- Action envers les fournisseurs les prestataires et les sous-traitants ..... 290

Section 3 : Pratiques communes aux entreprises et à la Fonction publique afin de prévenir la discrimination à l'embauche ..... 291

Paragraphe 1 : Culture et promotion de la diversité ..... 292

A- Flou de la notion ..... 292

B- Formalisation de l'engagement des employeurs : la Charte de la diversité ..... 293

C- Reconnaissance d'un investissement concret et mesurable : le Label Diversité..... 298

Paragraphe 2 : Recours aux mesures de discrimination positive ..... 302

A- Concept de discrimination positive ..... 302

B- Mise en œuvre dans l'emploi en France ..... 307

C- Impact sur les personnes bénéficiaires et non-bénéficiaires..... 311

Conclusion..... 314

Conclusion de la Deuxième partie ..... 317

Conclusion générale ..... 319

Bibliographie..... 322

Index..... 363

Table des matières..... 367

Annexe ..... 374

# Annexe

Analyser la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche ne peut se faire sans toutefois recueillir l'avis de la population française sur cette question et ainsi la mettre à contribution dans nos travaux de recherche. C'est la raison pour laquelle nous sommes allés à la rencontre des populations et avons mené une enquête sur le terrain sous forme de questionnaire, constituant l'objet de la présente annexe.

Adressé à un panel de 300 personnes appartenant à différents milieux sociaux et professionnels, notamment les personnes à la recherche d'un emploi et celles ayant déjà un emploi, ce questionnaire a pour objectif de mesurer l'état des connaissances des personnes interrogées sur les discriminations à l'embauche, recueillir leur avis sur les politiques mises en place pour lutter contre ce phénomène et, *in fine,* obtenir d'eux, des pistes à suivre pour renforcer la politique criminelle existant déjà en la matière.

Quelques remarques liminaires méritent toutefois d'être faites. La première est relative au nombre de personnes interrogées. Dans l'impossibilité matérielle d'interroger un plus grand nombre de personnes, et étant donné qu'il s'agissait d'une enquête réalisée sur le vif, c'est-à-dire sans que les personnes interrogées aient le temps de se renseigner au préalable, nous nous sommes contentés des trois cent personnes qui ont voulu participer à notre enquête. La deuxième remarque porte quant à elle sur le choix des lieux et des villes où nous avons mené notre enquête. Nous avons privilégié la rue, les agences d'emploi, les terrasses de café et des bureaux où certains employeurs nous ont reçus. Les villes de Lyon et de Strasbourg ont été retenues parce qu'il s'agit des villes où nous avons passé le plus de temps pour effectuer nos recherches. Pour ainsi dire, si notre enquête pêche certes par le manque de moyens matériels qui nous auraient permis de la réaliser à un échelle nationale, il n'en demeure pas moins que nous avons pu entrer en contact avec le public, pour obtenir son avis sur le problème de société que sont les discriminations à l'embauche et surtout sur la politique criminelle en la matière, objet de notre travail de thèse.

Nous commencerons donc par vous présenter le modèle type du questionnaire (**I**), ensuite les résultats obtenus (**II**) et enfin leur interprétation (**III**).

## I- Questionnaire type: La discrimination à l'embauche

Le présent questionnaire est destiné à tester vos connaissances sur les discriminations, notamment les discriminations à l'embauche. Pour permettre la réussite de ce sondage, répondez spontanément aux questions sans effectuer de recherches préalables.

**1- Comment définiriez-vous la discrimination à l'embauche ?**

---

---

**2- Quels sont d'après vous les différents critères/motifs sur lesquels peut être fondée la discrimination à l'embauche ?**

---

---

**3- Avez-vous connaissance de la législation française prohibant les discriminations à l'embauche ? Si oui, qu'en pensez-vous ?**

---

---

**4- Quelles seraient les propositions que vous pourriez faire pour aider à solutionner le problème des discriminations à l'embauche ?**

---

---

**Prénom : …….** **sexe :** M ☐ F ☐ **Statut : ……**

**Tranche d'âge** : - de 25ans ☐ 25-35 ans ☐ 35-45 ans ☐ + de 45 ans ☐

**II- Résultats obtenus**

*A la première question relative à la définition de la discrimination à l'embauch*e, toutes les personnes interrogées y ont répondu. Si aucune des personnes interrogées n'a su nous définir, précisément, la discrimination à l'embauche comme le font les textes légaux, il n'en demeure pas moins qu'elles ont intégré l'idée d'un traitement différencié, fondé sur la prise en compte de considérations non-objectives qui conduit à exclure, des procédures de recrutement, certains candidats à l'emploi pourtant compétents.

*A la question de savoir quels sont les critères sur lesquels peuvent être fondées les discriminations à l'embauche,* nous avons également obtenu trois cent réponses.

- 75 % des réponses n'ont mentionné, sur les dix neuf critères de discrimination prohibés par les articles 225-1 et 225-1-1 du Code pénal, que quatre critères à savoir l'origine, le sexe, l'âge et le handicap. Les critères de l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race sont intégrés dans la notion d'origine.
- 25 % ont mentionné, d'autres critères en plus des quatre critères précédents. Il s'agit notamment des critères tels l'apparence physique, l'état de santé, l'orientation sexuelle, la situation de famille, la grossesse, les convictions religieuses et les opinions politiques, ainsi que le patronyme.
- Aucune réponse n'a mentionné les caractéristiques génétiques, l'identité sexuelle et les mœurs, comme critères de discrimination à l'embauche.

*S'agissant de la question de savoir si le public connaît l'existence de la législation prohibant les discriminations à l'embauche,* s'il est vrai que personne n'a pu citer une loi qui prohibe expressément les pratiques discriminatoires spécifiées, il importe tout de même de préciser que, des réponses obtenues, le public est bien au fait de la prohibition générale de la discrimination par la loi française. Tous apprécient le fait qu'il existe une législation dans ce domaine, même si environ 15 % des personnes interrogées ignorent l'existence d'une loi spécifique interdisant la discrimination dans l'emploi et notamment à l'embauche. De plus, toutes les personnes interrogées sont dubitatives quant à l'efficacité d'une telle législation, en raison des problèmes que posent le rapport de la preuve des faits incriminés.

*Quant à savoir quelles seraient les préconisations à faire pour aider à solutionner le problème des discriminations à l'embauche,* toutes les personnes interrogées, soit 100 %

des réponses obtenues, estiment que la répression "*systématique*" de pratiques incriminées est opportune. Elles précisent tout de même que, si la répression n'est pas la meilleure des solutions, elle reste la plus dissuasive. Seulement 30 % des réponses obtenues en appellent à davantage de prévention par le biais de l'éducation dans le cadre familial, l'instruction à l'école, la formation continue dans tous les milieux sociaux et professionnels, ainsi qu'à plus de sensibilisation, pour agir avant la survenance des pratiques discriminatoires incriminées et ainsi en limiter considérablement la récurrence, voire l'enrayer.

### III- Interprétation des résultats obtenus

Des réponses obtenues au terme de notre enquête sur la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche, nous avons pu établir différents constats. *La première de nos constatations est que le phénomène discriminatoire à l'embauche semble, contrairement à quelques années encore, mieux cerné par la population qui n'éprouve pas de difficulté à le définir de manière générale.* En ce sens, il convient de saluer les actions de sensibilisation déjà menées sur cette problématique et de les encourager. *Cependant, tous les critères de discrimination ne sont pas connus par le public.* Ceci s'explique par le fait que certains de ces critères viennent nouvellement de faire leur entrée dans la liste des critères de discrimination prohibés par la loi, à l'exemple de l'identité sexuelle ; ou tout simplement parce que certains critères comme l'origine, le sexe, l'âge et le handicap bénéficient de plus d'actions de communication que d'autres critères. D'où une méconnaissance des différents autres critères de discrimination, qui pourtant fondent bien des situations discriminatoires. Dès lors, ces cas de discrimination ne sont pas signalés puisque les victimes ne savent pas si les critères en question sont prohibés par la loi. Il convient dès lors de communiquer sur ces critères et d'inviter les victimes à se renseigner auprès des structures adéquates pour savoir si le critère auquel elles pensent est prohibé ou non. *Notre seconde constatation porte sur le volet répressif de la politique criminelle de lutte contre les discriminations à l'embauche.* Si les personnes interrogées sont satisfaites des voies de recours juridictionnelles garanties par la loi, le problème que leur pose la preuve des faits reprochés semble décourager plus d'un. La prévention des discriminations à l'embauche, qui ces dernières années occupe le devant de la scène, ne semble mobiliser que l'Etat, les employeurs, les associations de lutte

contre les discriminations et le Défenseur des droits. S'il est vrai que ces acteurs sont très importants dans la lutte contre le phénomène spécifié, il convient de souligner que d'autres acteurs, et non des moindres, doivent aussi être mis à contribution. Il s'agit notamment de la cellule familiale et sociale, où naissent et se développent les préjugés et les stéréotypes, moteurs des discriminations. *C'est en ce dernier point que réside notre dernier constat.*