



equal 2004-2008
Combattre les discriminations, réduire les inégalités, pour une meilleure cohésion sociale

**Lutter contre les discriminations et développer la diversité
Les regards croisés de DRH, de consultants en
recrutement et d'avocats en Midi-Pyrénées**

**Alain Klarsfeld, Professeur, ESC Toulouse, Responsable du Mastère Spécialisé
Responsable Ressources Humaines, chercheur au laboratoire CREER (Centre de
Recherche Européenne sur l'Emploi et les Ressources Humaines), ESC Toulouse**

**Avec la participation des étudiants du Mastère Spécialisé Responsable Ressources
Humaines de l'ESC Toulouse**

20 octobre 2005



Préface

Cette enquête a été menée dans le cadre d'un programme intra communautaire EQUAL portant sur l'axe 1 et le thème B de la lutte contre les discriminations et la xénophobie.

Les résultats sont diffusables à l'ensemble des partenaires membres du partenariat de développement, des entreprises et des institutionnels partenaires de ce programme sur la région Midi-Pyrénées.

L'Association Nationale des Directeurs et Cadres de la fonction Personnel (ANDCP) Midi-Pyrénées en tant que membre et le MEDEF de la Haute Garonne en tant que chef de file du projet européen EQUAL « Et pourquoi pas vous avec nous », ont sollicité l'ESC Toulouse représenté par Alain KLARSFELD pour réaliser une recherche sur le thème de la lutte contre les discriminations et la xénophobie auprès des entreprises Toulousaines.

Cette demande a porté sur une investigation auprès de la fonction Ressources Humaines pour connaître les représentations des acteurs en matière de discrimination dans l'entreprise, faire le point sur les discriminations observées et les actions éventuellement entreprises pour prévenir les discriminations. Améliorer la connaissance des discriminations à l'embauche et les moyens d'y remédier. Faire le point sur le contentieux de la discrimination et sur les moyens de prévenir ce contentieux

On participé à cette enquête, les membres de l'ANDCP, mais également des consultants et des avocats.

53 entretiens ont été réalisés. Ils révèlent le réel intérêt des professionnels de la fonction ressources humaines pour la lutte contre les discriminations et le développement de la diversité.

Le premier impact est d'avoir déclenché une prise de parole et un état des lieux des représentations des professionnels de la fonction RH sur le sujet

Le second est d'avoir diffusé un ensemble de bonnes pratiques auprès des membres de l'ANDCP, des entreprises qui ont participés aux conférences et des 9 partenaires tête de réseau du programme EQUAL.

Les autres effets tiennent à la poursuite de la dynamique de recherche entamée : la proposition d'un questionnaire pour passer à une étape plus quantifiée des pratiques des entreprises dans le domaine de la lutte contre les discriminations pour diffusion auprès des membres de l'ANDCP ; la réalisation d'une enquête pour le CJD avec un guide plus précis concernant les pratiques de recrutement et d'évaluation du personnel. Outre le fait d'affiner le questionnement, cette étude a lieu principalement auprès de PME alors que l'enquête ANDCP concernait surtout des grandes entreprises.

Table des matières

<i>Résumé</i>	4
<i>Introduction</i>	5
Contexte de l'enquête	5
Objectifs de l'enquête	5
Echantillon rencontré	6
Les fondamentaux : la loi et la charte de la diversité	7
<i>Synthèse des entretiens avec les DRH</i>	9
Les représentations de la discrimination : les femmes d'abord	9
Les cas de discrimination en entreprise les plus mentionnés par les DRH : encore les femmes !	10
L'action des entreprises face à la discrimination : une majorité d'entreprises engagées, surtout des politiques non ciblées	11
Les résultats des politiques anti-discrimination : encore peu de visibilité	12
Un point de vue en demi-teinte sur la législation anti-discrimination	13
La lutte contre la discrimination : perçue comme une source d'efficacité plutôt que comme une contrainte juridique	14
<i>Synthèse des entretiens avec les consultants en recrutement</i>	16
Les demandes discriminatoires : l'âge, systématiquement	16
L'influence des consultants en recrutement sur la discrimination à l'embauche : savoir élargir le profil, et/ou aider le client à en sortir	19
Propositions des consultants en recrutement pour combattre les discriminations	20
<i>Synthèse des entretiens avec les avocats</i>	22
Un contentieux minoritaire : entre 1% et 10% des dossiers	22
Deux types de contentieux : à titre principal ou accessoire	22
Un contentieux essentiellement centré sur la discrimination syndicale en matière de promotion	23
Une absence (provisoire ?) de contentieux en matière de recrutement	24
Le déroulement d'un contentieux « type » : des techniques de preuve rodées et accessibles au plus grand nombre	25
La prévention en matière de contentieux de la discrimination	26
Vers un contentieux de masse ? Les avocats partagés	29
Récapitulatif : facteurs favorables et défavorables au développement d'un contentieux de masse selon les avocats	31
<i>Conclusion</i>	32
<i>Annexes</i>	34
La loi en matière de discrimination	34
La charte de la diversité	35
Guide d'entretien DRH	36
Guide d'entretien avocats	37
Guide d'entretien pour les consultants en recrutement	37

Résumé

Ce rapport synthétise les points de vue de DRH, de consultants en recrutement et d'avocats sur la lutte contre les discriminations dans l'entreprise. Leurs positions différentes induisent des regards différents sur l'objet « discrimination ».

La discrimination que les DRH évoquent le plus est la discrimination à l'égard des femmes, ce dans près de 50% des entretiens conduits avec les DRH. Chacun des autres critères est cité par 25% des DRH ou moins. En termes de prévention, 85% des entreprises ont mis en place une ou plusieurs politiques anti-discrimination. L'action des entreprises pour lutter contre les discriminations et développer la diversité se répartit en actions ciblées vis-à-vis de tel ou tel critère : réduire l'écart de promotions entre hommes et femmes par exemple ; et en actions non ciblées : par exemple, la mise en place d'un processus de recrutement formalisé. Les politiques « non ciblées » sont pratiquées par davantage d'entreprises que les politiques « ciblées ». Toutefois, ces politiques, souvent récentes, n'ont pas encore à ce jour de résultat mesurable. S'ils sont convaincus du bien-fondé économique de la lutte contre les discriminations, dans l'ensemble, les DRH ont un point de vue partagé sur la législation anti-discrimination. Beaucoup la jugent nécessaire, mais beaucoup pensent aussi qu'elle est difficile, voire impossible à faire respecter.

La position de consultant en recrutement donne de la discrimination une autre représentation. Celle qui ressort ici en premier est celle de l'âge. Presque tous les consultants interrogés la rencontrent dans la majorité de leurs missions de recrutement. Les autres discriminations ne sont pas systématiques, elles concernent à chaque fois une minorité de clients, ou alors des secteurs ou professions délimitées. Les entretiens font ressortir le rôle que les consultants peuvent jouer à l'encontre des discriminations : élargissement du profil, proposition de candidats hors profil, accompagnement des candidats afin de « préparer le terrain » d'une rencontre qu'ils pressentent difficile. Mais parfois le consultant « intériorise » certains critères sans que le client ait besoin de le formuler. L'appartenance syndicale et l'apparence nous apparaissent comme les formes de discrimination susceptibles d'être activées hors de toute demande du client.

Les avocats ont alimenté le volet « contentieux » de cette étude. Selon les cabinets, le contentieux de la discrimination représente entre 1 et 10% des dossiers traités. Parmi ces dossiers, un type de discrimination ressort massivement : la discrimination syndicale en termes de promotion, qui a donné lieu à un contentieux important, impliquant souvent plusieurs salariés dans une même entreprise. On note très peu d'actions en justice pour des discriminations autres que syndicales. Toutefois, la discrimination vient de plus en plus souvent se greffer sur des litiges liés à la contestation de licenciements. Les techniques de preuve permettant au salarié de déclencher une action sont aujourd'hui bien rodées, facilement accessibles. Côté employeur, la prévention passe par la mise en place d'une procédure d'appréciation permettant de différencier les salariés sur une base objective, des entretiens d'évaluation contradictoires, la conservation de traces écrites exemptes d'allusion à tel ou tel critère discriminatoire, la formation des managers et chefs d'entreprises, le dialogue avec les représentants du personnel, et la mise en place d'un système d'information permettant de détecter en amont les écarts de traitement potentiellement discriminatoires.

Introduction

Contexte de l'enquête

Cette recherche est née de la rencontre de plusieurs éléments convergents. D'une part, les étudiants du Mastère Spécialisé RRH ont de leur côté pour objectif de se professionnaliser afin de s'insérer ou de progresser dans la fonction RH, et doivent approfondir leurs connaissances sur des thèmes d'actualité et d'intérêt pour les professionnels de la fonction. De son côté, l'ANDCP au niveau national a traité le thème de la discrimination lors de la convention de 2004, et a fait de la lutte contre la discrimination un de ses thèmes prioritaires dans le cadre notamment de la Charte de la Diversité qu'elle a diffusé à tous ses adhérents. En Midi-Pyrénées, les membres de l'ANDCP se trouvent comme partout en France confrontés à des actions en justice de la part de salariés qui estiment être l'objet de discrimination. A ce titre, l'ANDCP en Midi-Pyrénées a souhaité faire le point sur les différentes situations rencontrées et les réponses qui peuvent leur être apportées. Enfin, le programme européen EQUAL de lutte contre les discriminations « Et pourquoi par vous avec nous », avec comme chef de file le MEDEF Haute Garonne, a pour objet une meilleure connaissance des pratiques et la diffusion d'améliorations.

Il ne faut pas oublier bien sûr le contexte législatif. Une directive européenne adoptée en 2000 a renforcé la législation européenne en matière de lutte contre les discriminations dans l'emploi¹, notamment en généralisant l'aménagement de la charge de la preuve, en définissant le harcèlement et en proposant une définition européenne de la discrimination indirecte. La loi française, reprenant les directives européennes, a accru les moyens mis à la disposition des salariés pour lutter contre les discriminations dont ils estiment faire l'objet. Un ensemble de textes adoptés en France entre 2001 et 2005 ont considérablement étendu le champ de la notion de discrimination prohibée, les situations couvertes, tout en aménageant la charge de la preuve à l'avantage, selon le texte, du salarié ou du citoyen qui estime être l'objet de discriminations. Avec la signature par 40 entreprises, de la charte de la diversité en octobre 2004, la création de la Haute Autorité pour la Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité, la loi sur l'égalité professionnelle homme/femme en 2005, la loi sur l'accueil des handicapés adoptée la même année, le dispositif de lutte contre les discriminations et pour la diversité s'est encore très récemment étoffé en France. Dans ce contexte, les étudiants du Mastère Spécialisé RRH et deux enseignants du groupe ESC Toulouse ont procédé à un recueil de données auprès d'acteurs impliqués dans la fonction ressources humaines en Midi-Pyrénées.

Objectifs de l'enquête

¹ Directive 2000/78/EC du 27 Novembre 2000

Trois types d'interlocuteurs ont été rencontrés, chacun ayant un angle de vue différent sur la discrimination de par ses fonctions, et pouvant donc contribuer à aider les entreprises de manière complémentaire aux deux autres : DRH (ou faisant fonction), avocats et consultants en recrutement. Pour l'essentiel (deux exceptions près) les DRH ont été interviewés par les étudiants du Mastère Spécialisé Responsable Ressources Humaines de l'ESC Toulouse. A deux exceptions, les avocats et consultants ont été interrogés par le responsable pédagogique du Mastère Spécialité Responsable Ressources Humaines de l'ESC Toulouse et auteur du présent rapport.

Concernant les DRH, l'enquête cherche à mettre en évidence les représentations de la législation en matière de discrimination ; le point de vue sur la législation anti-discrimination ; si la question de la discrimination se pose dans l'entreprise et comment (quels faits) ; en cas de discrimination, quelle a été la réaction de l'entreprise à ces faits ; quelles sont les éventuelles politiques préventives conduites en matière de discrimination ; comment est perçue la lutte contre les discriminations avec la performance de l'entreprise, et si la lutte contre les discriminations est perçue comme une contrainte juridique.

Concernant les avocats, les objectifs étaient légèrement différents de ceux ci-dessus. Il s'agissait de faire le point avec eux du contentieux qu'ils ont à traiter en matière de discrimination (quel type de contentieux, dans quelles quantités, quelle évolution) ; des solutions préventives que pouvaient mettre en œuvre les entreprises ; de leur point de vue sur la réglementation en matière de discrimination ; de leur vision concernant l'avenir de ce type de contentieux.

Concernant les consultants en recrutement, les objectifs étaient les suivants : faire le point qualitativement sur les situations de discrimination rencontrées dans les missions de recrutement ; sur les actions que les sociétés de conseil pouvaient mettre en œuvre pour réduire autant que faire se peut les demandes discriminatoires ; leur point de vue sur la réglementation anti-discrimination et leur vision de l'avenir.

Les données ont été recueillies par entretiens semi-directifs d'une heure à deux heures de durée, entre février et juillet 2005. Elles ont été analysées en août et septembre 2005.

Echantillon rencontré

L'échantillon de DRH compte 34 personnes : 23 travaillant dans des filiales ou établissements de grands groupes et 11 DRH (ou faisant fonction) dans des entreprises de 17 à 1000 salariés. On peut donc dire que en termes de ventilation par taille, les grands groupes sont surreprésentés dans notre échantillon. En termes d'activité, on trouve un éventail de secteurs variés. Bien sûr, étant donné les effectifs dans chaque catégorie, l'échantillon ne peut être considéré comme représentatif au sens statistique du terme des entreprises françaises, ni même des entreprises en Midi-Pyrénées. En particulier, les secteurs des produits de haute technologie, de la banque et de l'assurance, des travaux d'étude et de recherche sont nettement surreprésentés.

Tableau : les entreprises auprès desquelles les données ont été recueillies

Secteur	Nombre d'entreprises
Produits de haute technologie	5
Banque et assurance	4
Transport, énergie, distribution et assainissement d'eau	4
Travaux d'études et recherche	3
Pharmacie et para-pharmacie	2
Logistique	2
Conseil et formation	2
Secteur médical et médico-social	2
Commerce de gros et de détail	2
Commercialisation et location de véhicules	2
Filière bois papier carton	2
Administration publique	2
BTP	1
Production d'articles de maison	1
Total	34

Neuf avocats toulousains ont été interviewés. Toutefois, deux avocats appartenant à un même cabinet, il a été décidé de ne retenir pour l'analyse que celui qui a le plus d'expérience en matière de contentieux de la discrimination, si bien que notre base de données se base sur les entretiens auprès de huit avocats. L'échantillon d'avocats est un échantillon constitué de proche en proche, des noms de personnes à contacter étaient systématiquement demandées en fin d'entretien sur le critère suivant : être reconnu par les autres pour avoir déjà traité de contentieux en matière de discrimination. Cinq avocats traitent habituellement plutôt des dossiers d'employeurs, trois avocats des dossiers de salariés. Enfin, onze consultants en recrutement à Toulouse ont été interviewés sur la base de relations personnelles.

Les fondamentaux : la loi et la charte de la diversité

Trois articles sont au fondement de la lutte contre la discrimination. L'article 122-45 du Code du Travail, et les articles 225-1 et 225-2 du Code Pénal (voir annexes). Ils définissent les critères de discrimination prohibés, le type de décision de gestion des ressources humaines couvert par la loi, et les sanctions pénales.

A quelques mots près, les articles 122-45 du Code du Travail et 225-1 du Code Pénal retiennent une définition identique des critères de discrimination prohibée : le sexe, l'origine, elle-même déclinée en l'appartenance ou la non appartenance, réelle ou supposée, à une ethnie, nation, race, la situation de famille, l'état de santé, le handicap, les caractéristiques génétiques, les activités syndicales (et mutualistes, précise l'article 122-45), les opinions politiques, l'orientation sexuelle, les mœurs, le patronyme, l'apparence physique, les convictions religieuses (« l'appartenance à une religion déterminée » selon l'article 225-1 du Code Pénal).

La loi énumère également la liste des situations de gestion des ressources humaines dans lesquelles l'employeur ne peut procéder à des discriminations. Cette liste doit être considérée

comme indicative, en aucun cas restrictive. Au départ en effet, adoptant une approche fermée (limitative) concernée essentiellement par la rémunération, l'accès à l'emploi et la prise de sanction, la loi en est venue progressivement à accroître le nombre de situations couvertes, pour finalement, en arriver à une approche ouverte n'excluant a priori aucune décision susceptible d'entraîner une différence de traitement. Comme le stipule en effet l'article 122-45 du Code du Travail, « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, **notamment**² en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison [des critères de discrimination prohibés] ». L'adjonction de l'adverbe « notamment » rend caduque toute interprétation restrictive de la liste des situations couvertes.

La discrimination dans l'emploi est tout d'abord passible de sanctions pénales, pouvant aller selon les cas de figure (en matière de recrutement et de prise de sanction) jusqu'à 45 000 euros et/ou 3 ans d'emprisonnement. Sur le plan civil, la sanction des actions discriminatoires est leur nullité et les éventuels dommages intérêts pouvant être associés à cette nullité.

Au-delà des contraintes purement législatives, en octobre 2005, 200 entreprises dont la plupart de celles inscrites au CAC 40 avaient souscrit à la **Charte de la Diversité**, aux termes de laquelle les entreprises signataires s'engagent à :

«respecter et promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes et dans toutes les étapes de gestion des ressources humaines que sont notamment l'embauche, la formation, l'avancement ou la promotion professionnelle des collaborateurs [et à] chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans [leur] effectif, aux différents niveaux de qualification³.»

La première partie présente la synthèse des entretiens avec les DRH ; la seconde, la synthèse des entretiens avec les consultants en recrutement ; la troisième est dédiée à la synthèse des entretiens avec les avocats spécialisés en droit du travail. Une conclusion tire les enseignements de la mise en perspective de ces trois synthèses.

² Souligné par l'auteur

³ Engagements 2 et 3 de la Charte de la Diversité

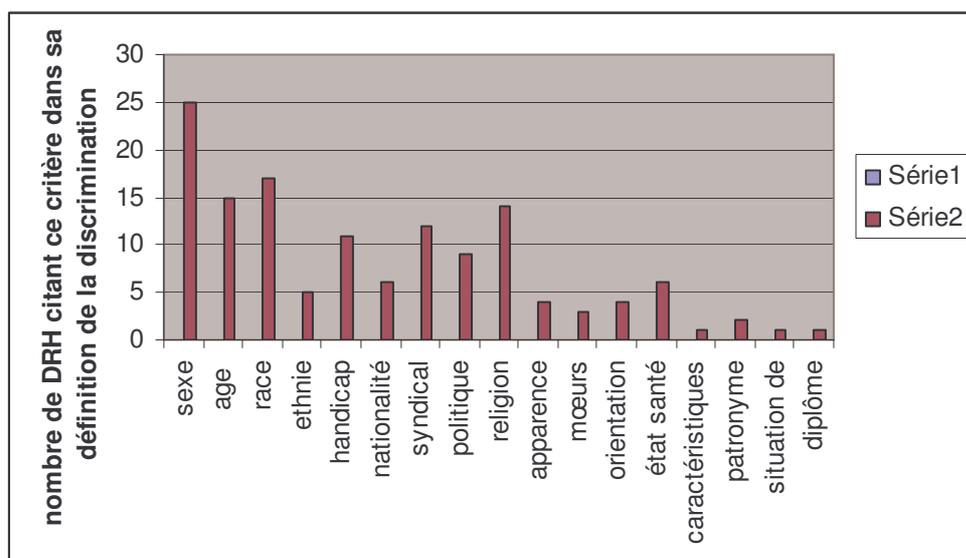
Synthèse des entretiens avec les DRH

Dans cette partie, nous présenterons la synthèse des entretiens conduits avec les DRH. Nous aborderons les représentations des DRH à propos des discriminations prohibées, les cas de discrimination en entreprise, l'action des entreprises pour la diversité et contre la discrimination et enfin les résultats mesurables des politiques mises en place, pour terminer sur leur point de vue sur la législation anti-discrimination.

Les représentations de la discrimination : les femmes d'abord

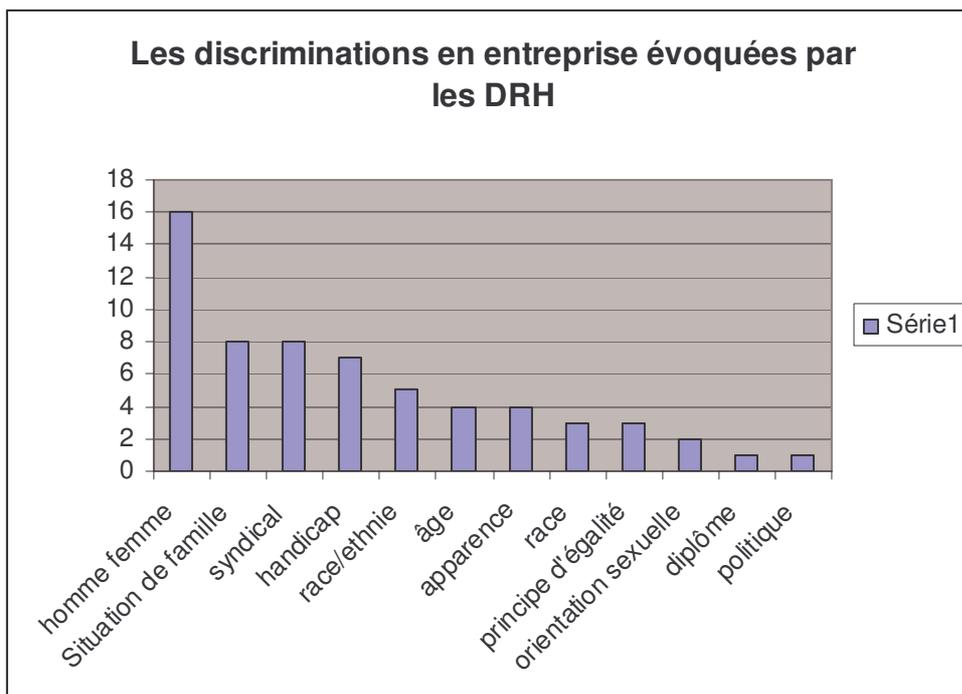
Les interviewés étaient sollicités sur leurs représentations des discriminations prohibées. En d'autres termes, nous avons demandé à chaque interviewé DRH de citer de mémoire les critères de discrimination prohibés par le Code du Travail dans l'ordre où ceux-ci lui venaient à l'esprit. Les thèmes les plus cités sont la discrimination homme femme, puis la race, l'âge, et la religion. Les autres critères sont présents dans moins de 50% des réponses : la discrimination fondée sur le handicap, la nationalité, l'appartenance syndicale, politique, la nationalité, l'état de santé, l'ethnie, l'orientation sexuelle, l'apparence, les mœurs, le patronyme, la situation de famille, les caractéristiques génétiques (citées par un interviewé). Comme toujours, le verre peut être vu comme à moitié vide ou à moitié plein. Sur le versant « à moitié plein », on peut relever que la vision de la discrimination dépasse les notions traditionnelles de discrimination par rapport à la l'appartenance ethnique, ou au sexe, les plus médiatisées, même si ces critères demeurent les plus cités. En moyenne, les interviewés ont cité entre cinq et six critères. Sur le versant « à moitié vide », si l'on prend comme référence l'article 122-45 du code du travail, qui ne contient pas moins de 16 critères, les réponses sont loin de l'exhaustivité. Ce décalage appelle plusieurs commentaires. Tout d'abord, la question n'était pas un examen de connaissance mais plutôt servait de déclencheur sur le thème des discriminations prohibées, afin de mettre en évidence les représentations les plus fréquentes et leur ordre d'apparition. Ensuite, la loi, en se complexifiant, devient impossible à mémoriser : soumettant la question à quelques avocats spécialisés ayant eu à traiter des litiges en discrimination (les avocats ne sont pas comptabilisés dans le décompte ci-dessus), nous avons constaté qu'ils avaient recours à un code du travail pour assurer leurs réponses. D'autre part, plusieurs interviewés ont opéré des regroupements, considérant par exemple que tout ce qui se rapporte à l'origine, qu'elle soit par rapport à la nationalité, l'ethnie ou la race, ou au patronyme faisait un tout. De fait, la liste de l'article 122-45 comporte une certaine redondance, aussi bien en ce qui concerne l'origine se déclinant en nation, ethnie, race, patronyme, que dans d'autres domaines : les mœurs, critère auquel l'orientation sexuelle peut être assimilée ; ou encore l'état de santé, qui peut être rapproché du handicap. De ce point de vue, le nombre de critères cités spontanément n'est pas un révélateur strict de la conscience de la loi. Il ressort néanmoins que huit interviewés sur les 34 DRH interviewés ont manifesté étonnement à l'égard de la longueur de la liste. Ceci souligne l'intérêt d'actions de sensibilisation et d'information sur le contenu même de la loi de la part de l'ANDCP.

Réponses des DRH à la question : « quels sont les critères de discrimination prohibés ? »



Les cas de discrimination en entreprise les plus mentionnés par les DRH : encore les femmes !

Nous avons demandé aux DRH de parler de cas de discrimination dont ils avaient eu connaissance dans leur entreprise. Dans l'ensemble, comme on peut s'y attendre, ils soulignent le caractère minoritaire du phénomène et cherchent à donner une image positive de leur entreprise, ce qui est normal. Ils n'ont toutefois pas tenu de « langue de bois » en cherchant à brosser un tableau idyllique d'où serait banni tout souvenir de discrimination, bien au contraire. Sur 34 interviewés, 28 ont évoqué des situations de discrimination existant dans leur entreprise. Dans plus de la moitié de cas, le critère concerné est le critère homme femme. Le critère homme femme est de loin le plus cité (16 interviewés), suivi par la discrimination syndicale (8), la situation de famille bien souvent étroitement liée à la discrimination homme femme (8) et le handicap (7). Les autres critères (ethnie, race, nationalité, âge, apparence, diplôme, orientation sexuelle, etc.) et parfois des critères ne figurant pas dans l'article 122-45 comme le diplôme sont cités par 4 interviewés ou moins. On notera que certaines discriminations n'ont jamais été citées comme ayant cours dans les entreprises des DRH rencontrés : le patronyme, les caractéristiques génétiques, l'état de santé, l'opinion politique, la religion, les mœurs.



Sur le plan des situations de gestion des ressources humaines concernées, les discriminations dont font état les interviewés concernent avant tout, le recrutement (21 citations), puis la promotion (16), et, beaucoup plus marginalement, la rémunération (4), la mutation (4) et la rupture du contrat de travail (1 citation).

L'action des entreprises face à la discrimination : une majorité d'entreprises engagées, surtout des politiques non ciblées

Si l'on inclut les procédures d'évaluation des performances ou des compétences, 33 entreprises sur 34, soit la quasi-totalité, ont mis en place une politique ayant au moins pour effet de limiter les risques de discrimination. La forme la plus répandue de politique favorisant au moins potentiellement la non discrimination au sein du personnel est en effet *a minima* une procédure d'appréciation des performances et des compétences, politiques que l'on retrouve dans une majorité d'entreprises : 29 entreprises, soit environ 85% de l'échantillon interrogé, ont en place une procédure formalisée d'évaluation des performances pour au moins une partie de leur personnel, et 27 entreprises procèdent à l'évaluation des compétences de tout ou partie de leur personnel.

Si l'on exclut les procédures d'évaluation des performances ou des compétences, on constate que 27 entreprises sur 34, soit 80% ont mis en place une autre politique explicite visant à réduire la discrimination et améliorer la diversité. 13 ont des politiques « ciblées » par rapport à tel ou tel critère de diversité (handicap, homme/femme, syndicat, notamment). 21 ont des politiques « non ciblées ».

D'un point de vue thématique, les critères de discrimination sur lesquels portent les politiques anti-discrimination dites « ciblées » sont l'égalité homme femme (8 entreprises sur 34), les handicapés (7 entreprises) suivies, mais de beaucoup plus loin, par l'égalité entre syndiqués et non syndiqués, le gestion des seniors, la nationalité et la religion. La plus volontariste va

jusqu'à fixer des quotas s'agissant de recrutements d'étrangers. En termes de discrimination homme femme et syndicale concernant les promotions et la rémunération, les accords signés dont nous avons connaissance tendent à accorder à une population ciblée un avancement correspondant à la moyenne de la population de référence, ce qui est là encore particulièrement volontariste. Toutefois, ce que l'on pourrait nommer « discrimination positive » est minoritaire. Rares sont les politiques d'entreprises visant à mettre en place des quotas en dehors de l'obligation légale d'emploi de handicapés. Dans une des entreprises enquêtées, l'interviewé affirme que les femmes sont prioritaires pour les promotions au niveau cadre, l'entreprise cherchant à rattraper son retard, mais il n'y a pas à proprement parler de quota en tant que tel. De façon générale, l'approche qui est préférée est l'amélioration continue, consistant à tendre vers une répartition plus égalitaire par une amélioration des processus de gestion, plutôt que l'application stricte de quotas.

La plupart des politiques mises en place ne visent au demeurant pas un critère particulier, mais plutôt des processus génériques visant à lutter contre les discriminations sous toute leur forme, c'est pourquoi elles sont dites « non ciblées ». Procédures d'appréciation mises à part, ces politiques anti-discrimination prennent les formes les plus variées. En amont, il s'agit de mettre en avant des procédures de sélection rigoureuses reposant sur un concours ou un processus de recrutement entièrement formalisé, avec entretiens et tests réalisés par un service spécialisé. En aval, il s'agit de la mise en place d'un médiateur, d'une procédure de recours hiérarchique, le déclenchement systématique d'enquêtes dès lors qu'un salarié fait état de pratiques discriminatoires à son encontre et l'application de sanctions lorsqu'un manager a des pratiques discriminatoires. Mais certaines de ces politiques ne prennent pas la forme d'un engagement ou d'un processus concret et formalisé, et ont une formulation plus générale, telle que l'importance du rôle éducatif du DRH au cas par cas, l'adoption d'une culture de partage, le fait de faire référence à des valeurs, à une éthique ou à un code déontologique, de mettre en avant la communication interne, l'exemplarité ou la prise en compte des compétences dans les décisions de GRH de façon générale. Il s'agit ici d'une pratique quotidienne reposant sur le comportement du DRH lui-même.

Parmi l'ensemble des politiques adoptées, les politiques unilatérales à l'initiative de la direction sont plus nombreuses (23 entreprises sur 27) que les politiques négociées qui concernent 11 entreprises sur 27. Les politiques négociées passent par la conclusion d'un accord en bonne et due forme. Deux thèmes se détachent particulièrement. Reflétant l'actualité législative, les thèmes de négociation les plus mentionnés sont l'égalité homme femme, avec la signature d'accords visant à rattraper les écarts de promotion ou de salaire, et/ou l'aménagement du congé maternité, et l'accueil des handicapés, avec des engagements relatifs à un accroissement des embauches de handicapés et à l'aménagement des postes de travail.

Les résultats des politiques anti-discrimination : encore peu de visibilité

Cette rubrique est sans doute la plus prometteuse en termes de progrès pour l'avenir. Seules deux entreprises ont fait état de progrès mesurables dans la direction d'une réduction des discriminations. En effet, les entreprises se heurtent dans ce domaine à une triple difficulté. En premier lieu, elles manquent de recul pour mesurer de quelconques progrès, beaucoup ayant mis en place ces politiques récemment. D'autre part, les statistiques obligatoires existantes en la matière sont encore succinctes. Elles concernent essentiellement l'âge, le sexe

et le handicap. Enfin, tout un ensemble d'indicateurs leur sont, à ce jour, inaccessibles. Il leur est encore interdit de faire état, dans leurs fichiers de personnel, de toute mention de l'origine de leurs salariés, à l'état de santé en dehors de ce qui a trait à l'aptitude au poste de travail, à l'appartenance politique, syndicale ou religieuse, à l'orientation sexuelle, aux mœurs ou encore à l'apparence physique. Dans ces conditions, on comprend que la mesure des progrès accomplis ait encore, en France, de sérieux obstacles à surmonter.

Un point de vue en demi-teinte sur la législation anti-discrimination

Le point de vue des DRH interrogés sur la législation anti-discrimination est partagé. Sur les 34 rencontrés, 29 ont donné leur point de vue. Le plus souvent, le point de vue est mitigé, certains DRH étant favorables, d'autres défavorables à la loi, beaucoup étant à la fois favorables et défavorables. Plus d'un tiers portent en effet à la fois des appréciations positives et négatives.

18 interviewés portent des appréciations positives. Pour eux, la loi est surtout « indispensable » ou « nécessaire », « utile » ou simplement « évidente » comme nous le soulignons plus haut. Elle permet une prise de conscience et fournit à l'entreprise une base pour poser le problème de la discrimination (trois réponses), elle permet de prévenir (une réponse) et de sanctionner les comportements discriminatoires (une réponse).

23 interviewés portent une appréciation négative. La plus répandue concerne son efficacité : huit responsables interviewés émettent un doute quant à l'applicabilité de la loi. Comme le disent en substance ces huit interviewés, cette loi est « facile à contourner » pour les entreprises, la preuve de la discrimination étant selon eux difficile à apporter pour le salarié. Cette facilité à contourner fonderait l'inefficacité et l'inutilité de cette loi. Pour un interviewé au contraire, la difficulté d'application vient de ce que l'entreprise aura du mal à justifier les différences de traitement, à faire la différence entre ce qui relève d'un différentiel de performance et ce qui relève de la discrimination. Les entretiens conduits avec les avocats valident plutôt ce dernier point de vue, plusieurs mettant en avant l'évolution du régime de la preuve au bénéfice du salarié, et la mise au point de techniques de preuves maintenant rodées et validées par la Cour de Cassation (voir la section dédiée à la synthèse des entretiens avec les avocats). Ces techniques facilitent la tâche du salarié ou de son conseil.

Six interviewés expriment la crainte, que la loi amène les entreprises à pratiquer la discrimination positive. Trois interviewés s'affirment hostiles au CV anonyme. Ainsi, le thème de la loi sert-il de tremplin pour prendre position sur des pratiques à ce jour non prescrites par la loi : la discrimination positive (consistant à accorder des avantages à un groupe de salarié donné en fonction d'un critère discriminatoire) et le CV anonyme. Finalement, deux DRH expriment le point de vue que la loi pourrait donner lieu à des abus de la part des salariés, par exemple en incitant ceux-ci à intenter des actions en justice en se fondant sur la discrimination. A l'appui des craintes exprimées par les DRH, plusieurs avocats estiment que le contentieux pourrait croître dans les années à venir, d'autres étant d'avis qu'il va se stabiliser (voir synthèse des entretiens avec les avocats).

La lutte contre la discrimination : perçue comme une source d'efficacité plutôt que comme une contrainte juridique

On voit donc que l'entreprise ne manque pas de bonnes raisons de lutter contre la discrimination. On peut regrouper celles-ci en deux grands types de motivation. La première est d'ordre juridique comme on vient de le voir. La lutte contre les discriminations est dans cet ordre de motivation, avant tout une contrainte juridique à laquelle l'entreprise a intérêt à se plier pour éviter des litiges à venir. Mais il existe une autre motivation, plus « positive » : lutter contre la discrimination peut également être perçue comme bénéfique pour l'entreprise, comme contribuant à la rendre plus efficace : que ce soit du fait de la diversité accrue de la main d'œuvre, de son effet sur la créativité des équipes, du fait de la prise en compte des seules performances et compétences des salariés au détriment de critères plus éloignés de l'accomplissement des tâches, du fait de l'amélioration de l'image auprès de candidats potentiels ou de consommateurs pouvant résulter d'une réputation « anti-discrimination », rendant ainsi l'entreprise plus attractive.

L'enquête cherchait à mettre en évidence le point de vue des DRH sur ces deux grandes motivations à lutter contre les discriminations. De ce point de vue, le résultat de l'enquête est tout à fait clair. Pour les DRH interrogés, lutter contre les discriminations apparaît beaucoup moins comme une contrainte juridique que comme une pratique bénéfique pour l'entreprise. Ceci témoigne de la bonne image de la lutte contre les discriminations et en faveur de la diversité, mais également de ce que le dispositif législatif de lutte contre la discrimination, apparaît encore à ce jour comme peu contraignant malgré les changements intervenus depuis cinq ans.

La perception de la lutte contre la discrimination par les DRH : contrainte juridique ou source d'efficacité ?

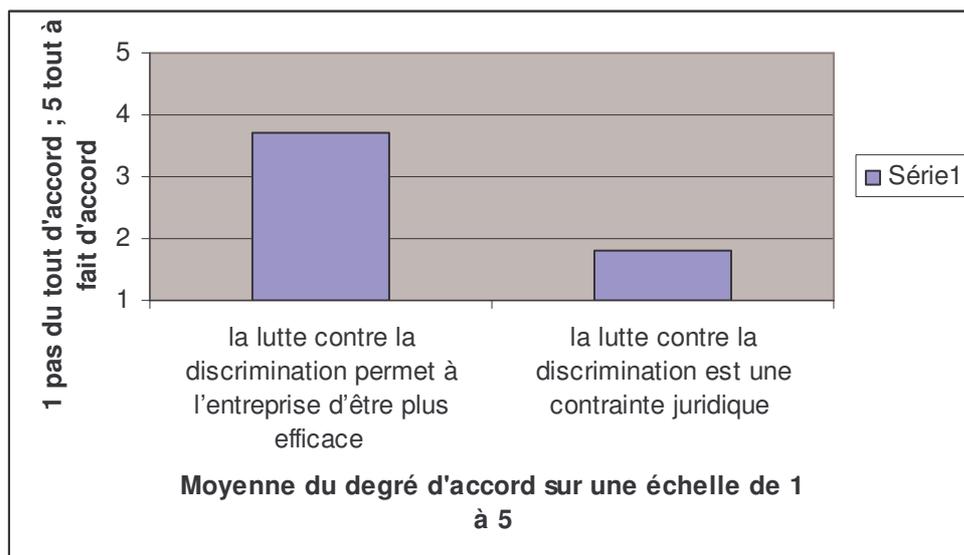


Tableau récapitulatif des politiques anti-discrimination recensées

Politiques non ciblées sur un critère de discrimination

Communication sur la diversité et ses bienfaits
Exemplarité
Faire passer le message
Code d'éthique ou déontologique
Valeurs
Culture de partage
Affichage des textes de lois
Accord sur la formation
Consultation régulière du personnel
Concours externe et interne
Procédure de recrutement fondée sur les compétences
Evaluation des compétences et des performances
Comités de carrière
DRH partie prenante dans la gestion des carrières
Grilles des salaires (classification)
Possibilité de recours devant le supérieur hiérarchique
Médiateur traitant les demandes de façon anonyme
Paragraphe sur le harcèlement dans le règlement intérieur
Enquêtes internes suite à plainte de discrimination
Sanction des managers ayant un comportement discriminatoire

Politiques ciblées sur un critère de discrimination

Texte rappelant l'égalité homme femme affiché dans les locaux de l'entreprise
Maintien de la rémunération variable aux femmes pendant le congé maternité
Priorité d'accès des femmes aux postes de cadres
Commission paritaire égalité homme femme
Vigilance particulière sur les promotions de femmes afin de rattraper les retards
Maintien du flux d'information entre les salariées en congés maternité et leur manager Engagement du maintien du poste occupé au retour de congé maternité
Facilitation à l'accès aux formations qualifiantes des collaboratrices
Accord égalité homme femme
Accord sur les carrières syndicales
Accord ou politique en faveur des handicapés
Groupe de travail de sensibilisation des cadres sur la question des handicapés
Accord sur les fins de carrière
Accord en faveur des zones urbaines sensibles
Quotas de recrutement d'européens non français
Jours de repos supplémentaires fonction du calendrier des religions pratiquées accordés aux salariés en rapportant la preuve
Se rapprocher progressivement d'une mixité des niveaux des âges, religions, nationalité, races

Dans la partie suivante, nous aborderons la synthèse des entretiens avec les consultants en recrutement.

Synthèse des entretiens avec les consultants en recrutement

Dans cette partie, nous restituons la synthèse des entretiens avec les consultants en recrutement. Nous avons demandé aux consultants en recrutement à quelles demandes discriminatoires ils étaient confrontés. Nous avons ensuite cherché à comprendre en quoi le consultant peut exercer une influence sur les demandes de son client. Nous avons enfin recueilli les propositions des consultants en recrutement interrogés pour combattre les discriminations, ou en limiter les conséquences.

Les demandes discriminatoires : l'âge, systématiquement

Pour comparer entre eux la façon dont jouent les différents critères, nous avons utilisé plusieurs approches complémentaires. Tout d'abord, le nombre de consultants citant le critère. On peut ainsi constater que certains critères reviennent dans tous les entretiens, d'autres dans une majorité d'entretiens, d'autres peu ou pas. Ensuite, pour chaque critère, nous avons cherché à savoir si dans l'activité du consultant, ce critère apparaissait dans une majorité ou dans une minorité de missions de recrutement. Un dernier classement de critères concerne l'ordre dans lequel ce critère apparaît dans les entretiens.

Le constat concernant la discrimination à l'embauche perçue par les consultants doit être nuancé. Dans l'ensemble, les demandes discriminatoires sont minoritaires sauf en ce qui concerne le critère de l'âge qui semble quasi-universellement répandu. Les discriminations ressortant le plus des entretiens sont dans l'ordre la discrimination par l'âge, la discrimination sexuelle, la discrimination syndicale, la discrimination ethnique, la discrimination par rapport à la situation de famille et la discrimination fondée sur l'apparence.

La discrimination par l'âge apparaît comme « championne toutes catégories » et ce à plus d'un titre : elle est la plus fréquemment citée (à égalité avec la discrimination homme femme), soit dix fois sur onze entretiens ; elle est ensuite la plus fréquemment citée en premier (dans cinq entretiens, soit près de la moitié des entretiens conduits) ; elle est également la plus fréquemment citée soit en premier, soit en deuxième (dans huit entretiens sur les onze conduits) ; enfin, et surtout, elle est la seule qui semble véritablement présenter un caractère systématique, dans la mesure où, de l'avis de tous les consultants qui la citent, la grande majorité de leurs clients demandent un âge maximum, ce quel que soit le secteur d'activité et quelle que soit l'entreprise. L'intériorisation du caractère systématique de cette demande est telle que plusieurs consultants proposent eux-mêmes le critère d'âge lors de l'élaboration du profil-type. L'un d'entre eux s'est même étonné lorsqu'un support de presse a retiré la mention de l'âge dans l'annonce qu'il lui avait envoyé. Autrement dit, dans l'hypothèse improbable où l'entreprise ne pense pas à spécifier un âge donné, parfois, c'est le consultant qui le lui propose. Ces demandes concernent tous types de postes dans tous secteurs. Elles tendent à systématiquement écarter candidats les plus âgés, ceux qui ont plus de cinquante ans. Pour reprendre les termes de l'un des interviewés, « faire recruter quelqu'un de plus de cinquante ans relève de l'exploit ». Pour les autres critères de discrimination, le constat doit être plus nuancé.

S'agissant du critère homme femme, il revient dans les propos de dix consultants sur les onze qui ont été interviewés. Toutefois, apparaît dans une minorité de demandes émanant des clients selon ces consultants. En revanche, il s'exerce de façon majoritaire mais dans certains secteurs ou pour certains types de postes, privilégiant, tantôt les hommes, tantôt les femmes. De façon générale mais non systématique (voir ci-dessous) les postes sur lesquels des femmes sont préférées sont des postes peu qualifiés (vendeuse, assistante), tandis que les postes dans lesquels les hommes sont préférés sont plus qualifiés (ingénieurs, techniciens) même s'il faut se garder de tout systématisme. On retrouve, chez quelques consultants en recrutement, le critère homme femme comme un des critères proposés systématiquement dans la définition du profil de poste. Dans le cadre de cette enquête, ont été cités comme postes « masculins » les postes de production industrielle, tous types de postes dans le bâtiment, ainsi que dans l'agriculture. Inversement, les femmes sont préférées dans des postes d'assistants administratifs ou de vente dans le commerce de détail (l'emploi du terme d' « assistante » ou de « vendeuse » au féminin est significatif de cette préférence exprimée de façon le plus souvent inconsciente), mais également, selon certains interviewés, dans des postes commerciaux. Ainsi, il n'y a pas que sur des postes peu qualifiés que les femmes sont préférées, de même que nombre de postes peu qualifiés sont destinés en priorité aux hommes. La préférence pour un homme ou pour une femme est parfois aussi liée à des considérations tenant à la recherche de mixité : embauche préférentielle d'un homme dans une équipe majoritairement féminine, et réciproquement. Cette recherche d'équilibre au sein d'une équipe contribue à développer la diversité et n'a pas les mêmes conséquences qu'une discrimination venant entretenir le déséquilibre existant. Au vu des entretiens conduits, on peut donc affirmer que la discrimination homme femme à l'embauche s'exerce de façon plus nuancée et moins systématiquement défavorable aux femmes que la discrimination vis-à-vis des seniors.

La discrimination syndicale à l'embauche est présente dans une majorité d'entretiens conduits avec les consultants en recrutement même si on peut la qualifier de minoritaire dans les demandes des clients. Il s'agit-là d'un positionnement différent par rapport aux autres critères de discrimination par l'âge et par le sexe. Pour la discrimination par l'âge et homme femme, l'entreprise formule une demande explicite, à laquelle les consultants ne se conforment pas systématiquement, tentant souvent de mettre en avant la compétence à l'encontre de la demande du client. La plupart des entretiens sont émaillés d'anecdotes dans laquelle les consultants tentent de faire accepter des candidats ne rentrant pas dans les critères demandés. Il n'en va pas de même en matière syndicale. Dans ce cas de discrimination, le consultant « interiorise » l'obligation d'écarter les candidats suspects d'engagement syndical sans que l'entreprise ait à formuler une quelconque demande. Plusieurs consultants citent le fait de « laisser passer » un syndicaliste comme une cause possible de perte de leurs clients. Toutefois dans certains cas de clients évoqués par deux consultants, la discrimination syndicale peut *a contrario* s'exercer au profit de tel ou tel syndicat, elle ne joue donc pas systématiquement contre les syndiqués.

La discrimination ethnique, citée par une majorité de consultants comme une demande vécue dans l'exercice de leur métier, est toutefois minoritaire dans les demandes. Cette « demande » n'est le plus souvent pas exprimée ouvertement. Elle concerne certains secteurs plus que d'autres. Un consultant affirme avoir affaire à des demandes fondées sur le critère ethnique de façon massive dans les PME du secteur du bâtiment, pour des postes à responsabilité, les clients cherchant à écarter les Africains et les Maghrébins de ces postes. Un autre consultant souligne l'importance de ce critère auprès de ses clients dans le secteur de la logistique. Dans les autres cas, notamment dans l'industrie, soit les consultants affirment ne

pas être confrontés à ce critère, soit ils le présentent comme marginal dans leur clientèle. Tous ceux qui rapportent des faits de discrimination ethnique s'accordent également sur l'analyse, que la discrimination ethnique, en matière de recrutement, concerne davantage les PME que les grandes entreprises. Il importe également de souligner que le critère ethnique lorsqu'il est présent, l'est souvent de façon latente, non exprimée, contrairement aux deux premiers critères d'âge et de sexe, pour lesquelles les demandes s'expriment plus ouvertement. En cela, la discrimination ethnique ressemble à la discrimination syndicale, restant le plus souvent non dite. Mais, exprimées ou non, les demandes discriminatoires sur le plan ethnique sont minoritaires si l'on prend en compte l'ensemble des entretiens conduits. Ces demandes concernant, de façon sélective, certains secteurs davantage que d'autres.

La discrimination à l'égard de la situation de famille vient en quelque sorte se cumuler avec la discrimination homme femme. Elle est citée par huit consultants en recrutement sur onze, même si elle n'est pas la première citée (dans aucun entretien), et si elle n'est citée en deuxième que dans un entretien. Elle touche prioritairement les femmes, les entreprises tendant à éviter les femmes n'ayant pas encore d'enfants ou ayant des enfants en bas âge et ayant une vie maritale. Un entretien évoque un cas où le critère de situation de famille peut s'appliquer à l'encontre des hommes : parmi les candidats hommes, ce consultant estime que plusieurs employeurs manifesteraient une préférence pour les hommes mariés, ayant des enfants, plutôt que des célibataires.

La discrimination fondée sur l'apparence est présente dans six entretiens conduits avec les consultants sur onze. Ce thème n'est toutefois jamais cité en premier, et il est cité une seule fois en deuxième. Il ne figure pas comme une demande du client, mais plutôt comme une convention perçue et activée par le consultant lui-même en fonction de la connaissance qu'il a des codes vestimentaires de l'entreprise en général, et de ses clients en particulier. L'apparence, c'est d'abord la présentation de soi, le look. Plusieurs entretiens de consultants évoquent leurs interventions visant à inciter des candidats au look « décalé », à adopter une présentation plus conforme aux attentes des entreprises. Dans un cas a contrario, le consultant, convaincu par l'intérêt de la candidature, et face à l'insistance du candidat de ne pas changer son apparence, a prévenu l'employeur afin d'aider le candidat à mettre toutes les chances de son côté. C'est ensuite l'obésité, premier facteur relatif au physique qui est apparu dans les entretiens, certains clients refusant des candidats obèses sans raison apparente, ou en évoquant la crainte des réactions de leurs propres clients face à l'obésité. C'est enfin la beauté physique, évoquée exclusivement pour le recrutement de femmes, critère jouant « à compétence égale » pour reprendre les termes d'un consultant.

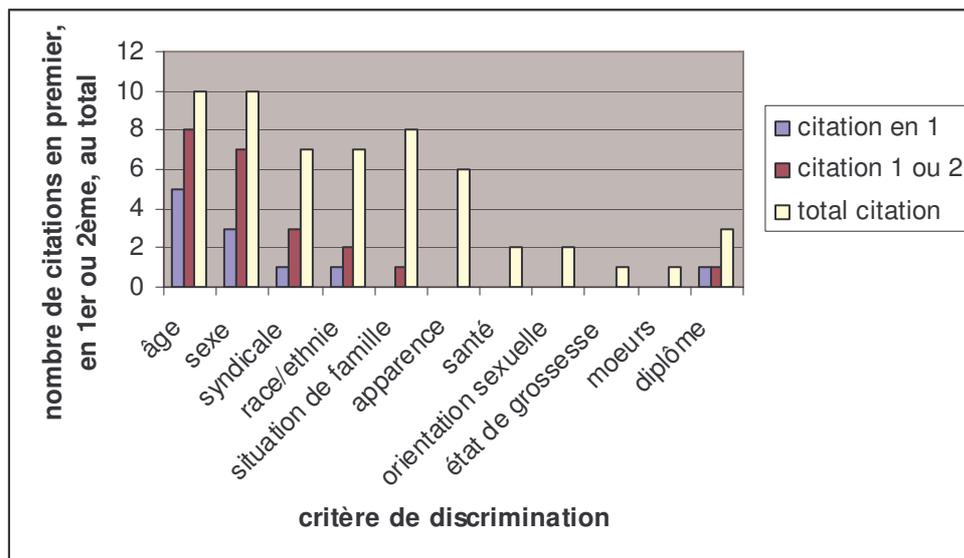
A chacun sa définition de la discrimination. La notion de discrimination revêt un sens « objectif » (tel qu'imposé par la loi) mais au-delà des critères posés par le Code du Travail, chacun a « sa » propre définition de la discrimination. Il est important de relever que trois consultants sur les onze interrogés ont cité le diplôme comme cas de discrimination rencontré, l'un d'entre eux allant jusqu'à le placer au premier rang des citations. Le diplôme est considéré comme discriminatoire lorsqu'il n'est pas représentatif des compétences exigées pour le poste. De ce point de vue, il peut induire une discrimination indirecte. Au-delà du diplôme, la notion de discrimination semble susceptible d'interprétations infinies. Comme le dit l'un des interviewés :

« Où commence et où finit la discrimination ? Quand quelqu'un s'est mal vendu, pour moi c'est un délit de sale gueule, c'est aussi de la discrimination, à la limite, c'est plus de la discrimination que si on me dit, je ne veux pas d'un plus de 50 ans pour des raisons

objectives. Mais quand le client me dit d'un candidat, « il ne s'est pas vendu », pour moi c'est vraiment de la discrimination. » [Extrait entretien consultant, 11/03/05]

Les autres critères qui ont été évoqués dans les entretiens l'ont été par trois consultants ou moins : il s'agit de l'état de santé, de la grossesse, de l'orientation sexuelle, des mœurs.

Tableau récapitulatif : les discriminations à l'embauche vues par les consultants en recrutement



L'influence des consultants en recrutement sur la discrimination à l'embauche : savoir élargir le profil, et/ou aider le client à en sortir

Les entretiens font apparaître l'influence que les consultants en recrutement peuvent avoir sur la discrimination. Bien sûr, en première analyse, le consultant en recrutement est subordonné à la demande de son client, il doit se plier à un cahier des charges et peut être tenté de simplement se plier à une demande discriminatoire dans la mesure où celle-ci émane de son client. Mais les entretiens sont émaillés de passages dans lesquels le consultant tente d'avoir une influence sur l'issue du processus de recrutement, et dans certains cas, obtient gain de cause. Comme le dit un consultant interrogé, « *le plus intéressant dans notre métier, c'est justement de faire évoluer la demande. Beaucoup de demandes ne sont pas formulées clairement, les demandes évoluent, un jour le client te dit quelque chose, trois jours après il se contredit* » [extrait entretien consultant, 16/03/05]. Concernant la discrimination homme femme et la discrimination par l'âge, l'action du consultant le conduit dans la plupart des cas à lutter contre les demandes discriminatoires faites par ses clients. Dans le scénario type, le consultant « se bat » en amont lors de la définition du profil de poste, pour élargir les critères posés au départ par le client ; en aval, lors de la présentation de la shortlist, pour faire embaucher une femme là où le client voulait un homme, un senior là où la traditionnelle fourchette d'âge de 30-35 ans semblait incontournable. Il est difficile de dire dans quel pourcentage de situations son avis l'emporte. Son action vient ici contrecarrer les demandes discriminatoires des employeurs.

Le consultant n'agit pas que sur l'employeur. Lorsqu'il croit à une candidature, il agit également du côté du candidat. Il prévient celui-ci de l'éventuel a priori négatif de l'employeur à l'encontre des étrangers, des femmes ou des seniors. Il l'incite à mettre en valeur les compétences qu'il détient et qui vont à l'encontre du stéréotype du recruteur. Il lui donne des conseils sur les demandes à éviter lors de l'entretien d'embauche. Il l'incite à réviser sa façon de se présenter. Bref, il joue un rôle d'accompagnateur.

Ce combat a, toutefois, une limite : la perception qu'a le consultant, de la possibilité ou non d'infléchir le point de vue de son client par rapport à un critère donné. C'est typiquement le cas de la discrimination syndicale et de l'apparence et dans une moindre mesure de la discrimination par l'âge et ethnique. Dans ce cas, le consultant a tendance à deviner, voire intérioriser les demandes de son client sans même que ce dernier ait eu besoin de les formuler. Les conseils portant sur l'apparence, s'ils peuvent aider le candidat à franchir le cap de l'entretien, et à atténuer de la sorte les effets de ce type de discrimination, contribuent néanmoins à entretenir la vigueur des codes d'apparence, et leur effet d'exclusion sur ceux qui n'auront pas eu la chance de bénéficier des conseils d'un consultant. On peut dès lors se demander si, dans de tels cas de figure, le consultant ne risque pas, parfois, d'aller au-delà de la demande du client, et d'entretenir, voire de renforcer la discrimination au lieu de contribuer à la réduire.

Propositions des consultants en recrutement pour combattre les discriminations

Ci-dessous a été reproduites l'ensemble des propositions émises par les consultants interrogés. Certaines proviennent de plusieurs consultants, d'autres d'un seul. Il convient de relever que le plus souvent, elles ne procèdent pas tant d'un souci de philanthropie que d'un souci d'efficacité, les consultants en recrutement ayant objectivement intérêt à faire aboutir des recrutements réussis sur la base de candidats compétents et adaptés, plutôt que sur des critères discriminatoires, par définition impersonnels, privant l'entreprise d'une partie de son vivier potentiel de candidats. Les consultants émettent ces propositions comme de « bonnes pratiques » non seulement au regard d'une obligation légale ou d'un devoir moral, mais au regard de l'amélioration de leur efficacité en tant que participants à l'acte de recrutement. Nous avons choisi de les présenter toutes, le but étant de générer le plus de pistes possibles et non de retirer les propositions atypiques ou répondant à une formulation peu opérationnelle.

Questionner systématiquement les critères de recrutement du client afin d'élargir le profil de poste

S'autoriser à examiner des CV qui ne collent pas au profil au regard de critères discriminatoires

S'autoriser à présenter à l'employeur des personnes ne correspondant pas au profil au regard de critères discriminatoires

Accompagner le candidat potentiellement discriminé au regard de tel ou tel critère afin de l'aider à être plus efficace face à l'employeur. Ceci passe notamment par

- **Un devoir d'avertissement sur le contexte (employeur a priori hostile à telle ou telle catégorie de personnes) vis-à-vis du candidat et vis-à-vis de l'employeur**
- **Un travail de mise en confiance de la personne par rapport à son appartenance à telle ou telle catégorie**
- **Une aide à la mise en valeur, par la personne, de ses seules compétences, et de sa non-conformité au « stéréotype » existant dans l'esprit de l'employeur**
- **Des conseils sur la présentation de soi**

Affirmer clairement son opposition aux critères discriminatoires posés par le client. La mise en œuvre de cette proposition est d'autant facilitée que le consultant et le client travaillent ensemble depuis longtemps.

Rappeler la loi et informer les employeurs des risques encourus. La plupart des employeurs, notamment en l'absence de DRH, même s'ils se doutent que la discrimination est moralement répréhensible, ignorent la définition légale et les conséquences juridiques des pratiques discriminatoires.

Participer aux travaux d'associations professionnelles afin d'alimenter des travaux d'études et d'échanger sur les difficultés rencontrées et améliorer les pratiques.

Participer à des travaux interdisciplinaires faisant intervenir des experts n'appartenant pas à la profession, tels que psychologues du travail, sociologues, ergonomes (ex, avec l'ANACT, des écoles ou universités et des associations spécialisées)

Eduquer les familles, les entreprises, promouvoir une éducation égalitaire.

Dans la partie suivante, nous aborderons la synthèse des entretiens avec les avocats.

Synthèse des entretiens avec les avocats

Nous aborderons dans cette partie, une première approche « quantitative » du contentieux de la discrimination. Puis, nous aborderons les types de discrimination rencontrés par les avocats dans le contentieux de la discrimination qu'ils ont eu à traiter. Nous présenterons ensuite leur point de vue sur l'évolution de ce contentieux à l'avenir et terminerons sur les mesures à mettre en place pour le prévenir.

Un contentieux minoritaire : entre 1% et 10% des dossiers

Avant d'entrer dans le détail des différents types de discrimination traités devant les tribunaux, un des premiers objectifs de l'enquête visait à tenter une première approche, certes subjective, de la quantification des litiges pour discrimination. Il était demandé aux avocats d'évaluer subjectivement, tous critères confondus, le pourcentage de dossiers dans lesquels apparaît la notion de discrimination sur une année. Au total, selon les cabinets d'avocats, ce type de litige représente entre 1 et 10% de leurs dossiers. Le pourcentage moyen ressort à 4%. Ce type de dossiers est donc très minoritaire dans l'ensemble des dossiers traités par les avocats. Il n'est toutefois pas purement anecdotique. Un des avocats signale par ailleurs la tendance croissante des salariés à invoquer une discrimination post-licenciement, tendance qu'il retrouve dans environ 30% de son contentieux de licenciement.

Deux types de contentieux : à titre principal ou accessoire

Au fil des entretiens, il est apparu que deux types de contentieux doivent être distingués pour avoir une vision pertinente. D'une part, les affaires dans lesquelles les articles anti-discrimination forment la seule base légale de la demande du ou des salariés, à titre principal, généralement en termes de rattrapage de carrière et de rémunération. Ce contentieux est apparu au cours des dix dernières années à la faveur d'évolutions légales et jurisprudentielles. C'est à ce type de contentieux qu'est dédié l'essentiel de cette partie.

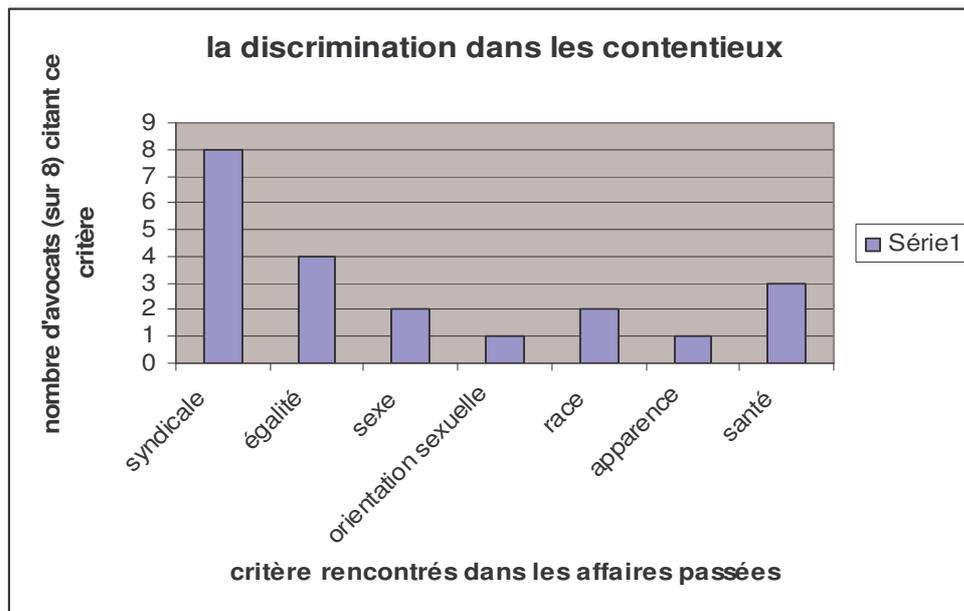
D'autre part, les litiges de contestation de licenciements dans lesquels la discrimination apparaît comme un des moyens, parmi un ensemble de moyens légaux utilisés, c'est-à-dire dans lesquels la discrimination forme la base d'une demande accessoire apparaissant souvent en cours de procédure. Il n'y a pas dans ce cas de contentieux nouveau, mais apparition, souvent en cours de procédure, du motif « discrimination », dans des actions en justice contre des licenciements qui auraient eu lieu de toutes façons sur le terrain de la contestation de la cause réelle et sérieuse. Tous les critères de discrimination sont susceptibles d'être invoqués selon la situation dans laquelle se trouve le salarié au regard de ces critères. Pour un des avocats interrogés, ces demandes se soldent la plupart du temps par des échecs, le salarié étant incapable de démontrer que le licenciement était fondé sur un motif discriminatoire, les employeurs étant d'autre part de mieux en mieux préparés pour justifier les licenciements par une cause réelle et sérieuse. Pour ce même avocat, ce type de demande est même souvent le signe d'un dossier mal étayé par le salarié sur le terrain de l'absence de cause réelle et sérieuse. Dans la suite du rapport, nous nous intéressons au contentieux discrimination à titre principal.

Un contentieux essentiellement centré sur la discrimination syndicale en matière de promotion

Si la liste des discriminations et des pratiques discriminatoires est longue, l'ensemble des interviewés s'accorde pour signaler que le type de discrimination le plus défendu devant les tribunaux est la discrimination syndicale en matière de promotion et par voie de conséquence, de rémunération. **La discrimination syndicale ressort d'un triple point de vue.** Tout d'abord, c'est le seul thème qui revient dans tous les entretiens, loin devant le critère suivant (voir tableau page suivante). Autrement dit, tous les avocats rencontrés ont eu à traiter de dossiers dans lesquelles la notion de discrimination syndicale apparaît, alors que la plupart n'ont pas le plus lointain souvenir d'une action portant sur tel ou tel autre critère. Mais la notion de discrimination syndicale domine les autres d'un second point de vue : c'est celle qui est présentée par tous les avocats interrogés comme « typique » des actions en discrimination. Autrement dit, tous les avocats rencontrés disent en substance : « la discrimination devant les tribunaux, c'est d'abord et avant tout la discrimination syndicale ». Dans les entretiens réalisés auprès des avocats, les autres critères qui sont ressortis sont par ordre d'importance l'état de santé (cité par trois avocats) ; la discrimination ethnique ou raciale (citée par deux avocats) ; la discrimination sexuelle (citée par deux avocats) ; l'orientation sexuelle. Aucun de ces critères n'est présenté comme formant la base du contentieux « typique » en matière de discrimination, et ce par aucun avocat. A chaque fois, il s'agit de cas isolés. Enfin la discrimination syndicale est spontanément évoquée en premier.

Au-delà des contentieux spécifiquement liés à un des critères de discrimination prohibés par l'article L.122-45, il importe cependant de signaler la récurrence et la montée en puissance de la notion d'égalité de traitement, notion citée par 4 avocats sur les 8 rencontrés. On se situe ici en dehors de l'article 122-45 à proprement parler. Ceci signale l'existence, d'un contentieux qui ne se limite pas aux critères limitatifs énumérés par la loi, mais englobant potentiellement toute situation dans laquelle deux salariés placés dans une situation identique ou comparable font l'objet de mesures différentes d'avancement, de rémunération, de formation, etc. Si la loi est muette sur le mode de preuve concernant l'égalité de traitement, il convient de souligner que les tribunaux appliquent, dans le domaine de l'égalité de traitement, les mêmes principes qu'en matière de discrimination : au salarié de fournir des premiers éléments, à l'entreprise ensuite de produire des éléments objectifs à l'appui de la différence de traitement.

Tableau récapitulatif : fréquence d'apparition des critères de discrimination dans les entretiens avec les avocats



Interprétation du tableau : 2 avocats sur 8 ont traité au moins un dossier ayant trait à la discrimination sexuelle

Une absence (provisoire ?) de contentieux en matière de recrutement

En ce qui concerne la discrimination récurrente dans les litiges en matière de discrimination, nous avons procédé à une analyse, non seulement des critères de discrimination, mais du type de décision RH concerné. Un des résultats surprenants est la non existence de litige en matière de discrimination à l'embauche parmi les dossiers des avocats rencontrés, qui ont pourtant tous été confrontés à des litiges en matière de discrimination. L'essentiel du contentieux est centré sur les promotions, et la rémunération (en matière syndicale, voir ci-dessus) et les licenciements sur lesquels la notion de discrimination vient de plus en plus se greffer.

Pour un des avocats interrogés, cette situation ne saurait durer, du moins est fragile, car selon ses propres termes, « les techniques de preuves sont aujourd'hui parfaitement rodées » en matière de discrimination dans le domaine du recrutement. Une étude commandée par ADIA et réalisée par l'Université de Paris I sous la direction de Jean-François Amadiou⁴ illustre l'utilisation de cette technique : elle consiste à envoyer à une entreprise plusieurs CV équivalents du point de vue des qualifications, de l'expérience, des compétences, en faisant simplement varier un critère. Selon ses prétentions, un salarié pourrait ainsi envoyer plusieurs CV de personnes fictives présentant les mêmes caractéristiques que lui au regard d'un certain critère (sexe, ou âge, ou encore patronyme par exemple), et plusieurs CV également fictifs correspondant à des candidats « standards » au regard de ces critères. Une différence importante de taux de réponses positives à l'envoi de ces différents types de CV laisserait supposer l'existence d'une discrimination, et l'employeur serait alors bien en peine de justifier ses choix sur une base purement objective. En première analyse, ce mode de preuve peut

⁴ Amadiou, J.F., *Discrimination à l'embauche : de l'envoi du CV à l'entretien*, Observatoire des discriminations, avril 2005

paraître déloyal (constitution de pièces fictives). En matière de discrimination, la Cour de Cassation fait cependant preuve de davantage de souplesse sur la loyauté de la preuve, que dans les autres domaines du droit, comme l'ont récemment montré les jugements rendus sur la discrimination à l'entrée des boîtes de nuit. La technique du testing a déjà été utilisée par SOS Racisme dans les contentieux initiés par cette association sur le recrutement.

Si l'on sort du strict cadre de notre propre recueil de données, il convient en effet de citer l'émergence d'un contentieux sur le recrutement sous la houlette d'associations spécialisées dans la défense de telle ou telle catégorie de salariés. En matière de discrimination ethnique à l'embauche, SOS Racisme a ainsi engagé 32 actions en justice, pour la plupart après 2002 (sur la France entière et non sur la seule région Midi-Pyrénées). La technique de preuve à laquelle elle a eu recours est celle du testing décrite ci-dessus. Fin mars 2005, l'association avait obtenu dix condamnations, dont cinq en TGI et cinq en appel. Une autre affaire avait donné lieu à un dédommagement de la victime. Six procès s'étaient conclus par un non-lieu et trois affaires avaient été classées sans suite. Enfin, onze dossiers étaient toujours en cours⁵. Sept salariés ont engagé en mars des poursuites pour discrimination par l'âge à l'embauche⁶. Le site Actuchomage.org propose en ligne, depuis le mois d'avril 2005, une page intitulée « Discrimination Seniors : comment porter plainte », spécialement dédiée aux plaintes contre les annonces portant des mentions d'âge. Enfin, la HALDE (Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité), créée en décembre 2004 et mise sur pied en juin 2005, avait enregistré au bout de trois mois de fonctionnement, soit fin septembre, près de 600 plaintes dont la moitié concerne la discrimination dans l'emploi dont l'embauche⁷.

Le déroulement d'un contentieux « type » : des techniques de preuve rodées et accessibles au plus grand nombre

En résumé, une fois définie une population de référence avec laquelle le salarié va pouvoir se comparer, c'est à des collègues ou directement à l'employeur que le salarié ou l'organisation syndicale va demander communication des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination (bulletins de salaire, dates d'entrée dans l'entreprise, comptes-rendus d'entretiens d'évaluation). Un refus de la part de l'employeur expose ce dernier à une présomption de discrimination. Par ailleurs, l'Inspection du Travail, ou un expert nommé par le juge pourront très bien, ultérieurement, exiger la communication de ces éléments. L'extrait d'interview ci-dessous résume le déroulement d'un contentieux en discrimination, notamment la phase de constitution des « éléments de fait » que peut apporter le salarié à l'appui de sa demande.

« L'explosif est le décalage en termes de salaire et de carrière.(...). En termes de technique juridique, le traitement de la discrimination est aujourd'hui bien rôdé, depuis l'arrêt Ponsolle en 1996. Le plus difficile est d'établir la population de référence, le panel de personnes auxquelles le plaignant se compare (en niveau de qualification, date d'entrée dans l'entreprise, en filière professionnelle). Une fois qu'on s'est mis d'accord sur ce panel, le plaignant doit établir la différence de traitement entre lui et cette population. Typiquement : « je suis au CHSCT depuis 1975 ; ma courbe de carrière s'écarte de celle de la population depuis 1975 ; j'affirme que cela est dû à mon mandat CHSCT. Prouvez moi le contraire ». Il

⁵ « Le risque pénal de la discrimination grandit pour l'entreprise », La Tribune, 22 mars 2005

⁶ « 7 chômeurs portent plainte pour discriminations à l'embauche », Site Actuchomage.org, 25 mars 2005

⁷ « La prévention contre la discrimination », La Tribune, 22 septembre 2005

sera aidé en cela par les délégués syndicaux qui demandent l'information à la DRH, et, si ceux-ci se voient refuser l'information, par l'inspection du travail, qui a accès aux registres d'entrée – sortie et au livre de paie. L'inspection du travail peut également demander à avoir accès aux comptes-rendus d'entretiens d'évaluation. Ici, la direction peut faire de la rétention, mais cela se retournera contre elle : la rétention influence défavorablement l'appréciation du magistrat à l'égard de l'entreprise. La Cour de cassation défend qu'un défaut de transparence crée une présomption de discrimination. Une fois la différence de traitement établie par le salarié, l'entreprise doit établir que ces différences sont justifiées. »
[Extrait d'entretien avocat, 01/02/05]

Face à la production d'éléments de preuve par le salarié, l'entreprise doit produire des éléments objectifs justifiant la différence de traitement à l'origine du litige, ce qui suppose d'avoir mis en place des procédures d'appréciation rigoureuses, respectant certaines contraintes (voir section suivante).

La prévention en matière de contentieux de la discrimination

Mettre en place des procédures d'évaluation différenciantes et factuelles

La plupart des avocats rencontrés s'accordent sur un point : lorsqu'un salarié ou un groupe de salariés invoquent la notion de discrimination, leurs employeurs ont le plus souvent mis en place une procédure d'évaluation, mais celle-ci s'avère insuffisante pour argumenter la différence de traitement dont le salarié s'estime victime. La plupart des procédures d'évaluation rencontrées à l'occasion de litiges, apparaissent comme trop lisses, ne permettant pas vraiment de hiérarchiser les salariés entre eux. Il s'agit ici de faire en sorte que les hiérarchies ne cèdent pas à la tentation fréquemment observée de biaiser les évaluations notamment de façon à obtenir un certain niveau de paix sociale au sein de leur personnel. Pour cela, plusieurs techniques d'évaluation peuvent être mobilisées, depuis la fixation d'objectifs annuels à la mise en place de dispositifs d'évaluation des compétences ou des connaissances faisant appel à d'autres acteurs que la seule hiérarchie, afin de compenser l'éventuel biais décrit ci-dessus. Le DIF, qui laisse au salarié l'initiative de demander des formations, permet de ce point de vue l'entreprise à formaliser un critère de différenciation supplémentaire, à savoir le comportement du salarié vis-à-vis de son DIF : demande-t-il des formations ou non ?

Organiser des entretiens contradictoires

Beaucoup d'entreprises ne se soucient pas suffisamment de l'organisation d'entretiens d'évaluation en bonne et due forme, l'évaluation se réduisant bien souvent à une formulation vague émise unilatéralement par la hiérarchie. Les entretiens ne sauraient pour autant être un face-à-face débouchant sur un compte-rendu rempli par la seule hiérarchie. La signature du salarié vaut dans ce cas accusé de réception plutôt que consentement sur le contenu. L'entretien doit être contradictoire et le salarié doit pouvoir présenter son point de vue, et consigner les éventuels désaccords avec sa hiérarchie. Il doit disposer d'un véritable droit de réponse, et pouvoir préparer son entretien en amont, tout comme le fait son supérieur.

Garder des traces écrites des entretiens, y compris des points d'accord et de désaccord

L'organisation d'entretiens contradictoires est un bon acte de management en soi. Mais un entretien d'évaluation n'a de vertu juridique que s'il débouche sur des écrits signés des deux parties, à condition que le salarié puisse réellement y consigner son point de vue et pas seulement apposer une sorte d'accusé de réception sur un compte-rendu qui lui est proposé déjà bouclé. Ces traces écrites pourront matérialiser les différences pouvant justifier les décisions des employeurs en tous domaines (rémunération, promotion, formation, etc.) à condition bien sûr que la première recommandation – faire des évaluations différenciantes – ait été respectée.

Exclure les critères discriminatoires du processus d'appréciation

Garder des traces écrites peut être à double tranchant. Les commentaires portés par la hiérarchie ne doivent pas se fonder sur un motif discriminatoire, ce qui semble aller de soi. Certaines remarques rencontrées par les avocats ont un caractère ouvertement discriminatoire et sont évidemment à bannir des comptes-rendus d'entretiens. Il s'agit de remarques telles que : « bon élément ; dommage qu'il soit [membre de tel syndicat] ». Moins directement adressés au syndicalisme en tant que tel, d'autres commentaires portant sur les conséquences d'une activité représentative, notamment la moindre disponibilité des salariés disposant de mandats (« passe son temps en délégation », « manque de disponibilité »), sont également à éviter. Les remarques devraient être centrées sur les résultats et la qualité du travail à proprement parler.

Former les managers et chefs d'entreprises

Pour éviter toute dérive dans les processus d'appréciation du personnel, une connaissance minimale de la loi et des pièges à éviter s'impose. Sans que des statistiques soient disponibles, pour l'ensemble des managers, plusieurs avocats interrogés estiment que les connaissances des managers et des chefs d'entreprises par rapport à la législation anti-discrimination sont particulièrement lacunaires. Dans le cadre de la présente enquête s'adressant pour l'essentiel à des professionnels des ressources humaines en entreprise et en cabinet conseil, environ 25% des répondants interrogés ont fait part de leur étonnement à l'égard de la liste des critères discriminations ou ont admis avoir une connaissance limitée de la loi. Un des consultants en recrutement s'est étonné du retrait de la mention de l'âge d'une des annonces qu'il avait envoyées à un support de presse.

C'est pourquoi un des avocats insiste sur l'efficacité d'actions de sensibilisation dans le contexte de méconnaissance actuel, en se fondant sur une expérience préalable quoique portant sur un thème différent : il s'agissait de la caractérisation de la situation de subordination par rapport à celle de prestation de service indépendante. La seule action de sensibilisation au droit en matière de lien de subordination a servi d'aiguillon et des solutions ont rapidement été mises en place dans les entreprises pour éviter les dérives conduisant à mettre les salariés des prestataires en situation de subordination directe vis-à-vis de l'entreprise cliente des prestations.

Dialoguer avec les représentants du personnel

Trois avocats recommandent la négociation d'accords collectifs visant à prévenir la discrimination en amont. De nombreux grands groupes ont d'ailleurs négocié de tels accords à la suite d'actions en discrimination gagnées par des syndicats. Pour la plupart, ils accordent aux délégués syndicaux une progression de carrière égale à la moyenne de celle constatée pour les autres salariés, ce qui peut toutefois engendrer des problèmes de ressentiment vis-à-vis des syndiqués de la part des salariés progressant moins que la moyenne. Ces accords doivent d'abord définir ce qu'est une situation « anormale » au regard de la notion d'égalité de traitement, et mettre en place un comité de suivi.

Détecter les situations potentiellement discriminatoires en amont

L'entreprise et les partenaires sociaux, pour pouvoir détecter les situations discriminatoires en amont et leur apporter les correctifs nécessaires, doit disposer d'un système d'information adapté permettant d'analyser la position d'un salarié en comparaison à d'autres salariés formant son groupe de référence (salariés entrés la même année, avec la même qualification, sur un poste équivalent).

Mettre en place une classification d'emplois adaptée

En dehors du contexte de performances différentes sur un même emploi, les différences de traitement peuvent être justifiées par l'occupation d'emplois différents, porteurs d'exigences différentes. L'entreprise doit pouvoir justifier, à un niveau collectif, les différences de rémunération afférentes aux différents postes existants. C'est toute l'utilité des grilles de classification d'emplois. Les branches professionnelles proposent de telles grilles de classification. Pour la plupart, les grilles de classification de branche proposent des critères de classification et des emplois repères pouvant servir l'entreprise dans l'établissement de la hiérarchie de ses propres emplois. L'entreprise peut les compléter dans la mesure où la formulation de ces critères est souvent insuffisamment précise ou mal rédigée, selon un des avocats interrogés. Il va de soi qu'une telle démarche suppose, en amont, que les postes fassent l'objet de descriptions régulièrement mises à jour.

Prévenir le contentieux en matière de discrimination : récapitulatif

- **Mettre en place des procédures d'évaluation différenciantes et factuelles**
- **Organiser des entretiens contradictoires**
- **Garder des traces écrites des entretiens, y compris des points d'accord et de désaccord**
- **Exclure les critères discriminatoires du processus d'appréciation**
- **Former les managers et chefs d'entreprises**

- **Dialoguer avec les représentants du personnel**
- **Détecter les situations potentiellement discriminatoires en amont**
- **Mettre en place une classification d'emplois adaptée**

Vers un contentieux de masse ? Les avocats partagés

Le point de vue des avocats sur l'évolution du contentieux de la discrimination n'est pas unanime. Certains sont d'ailleurs partagés, voyant dans la situation actuelle des éléments pointant vers un développement de ce contentieux, et d'autres éléments tendant au contraire à sa stabilisation.

Facteurs tendant au développement du contentieux de la discrimination

Selon les avocats interrogés, plusieurs facteurs tendent au développement du contentieux de la discrimination dans l'emploi.

La facilitation de la preuve en matière de discrimination depuis le milieu des années 90

L'évolution récente de la jurisprudence puis de la loi conduit à sinon inverser, du moins aménager la charge de la preuve en faveur du salarié : ce dernier n'a plus à apporter la preuve de la discrimination, il n'a plus qu'une obligation de produire des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination à son encontre. En matière salariale, deux bulletins de salaire peuvent suffire. Deux CV en matière d'embauche, également. L'employeur se voit de son côté imposer une obligation de justification de ses décisions sur des éléments objectifs.

L'accroissement du turnover des salariés

D'après un avocat, ce turnover tend à s'accompagner d'une attitude plus opportuniste de la part des salariés. Ces derniers sont de plus en plus enclins à engager des actions en justice. Leur attitude à l'égard du contentieux serait plus favorable qu'à l'époque où ils faisaient « carrière » dans la même entreprise.

La meilleure information des salariés

Les salariés peuvent par ailleurs avoir de plus en plus facilement accès à des bases de données en accès gratuit et rapide sur internet. Ils arrivent avec des dossiers « déjà ficelés » comme le dit un des avocats interrogés.

L'augmentation du contentieux cadre

Parmi les salariés, les cadres voient leur contentieux s'accroître encore plus vite, dans la mesure où le contrat social de loyauté et d'allégeance qui prévalait jusqu'au milieu des années 1990 tendait à leur faire répugner, davantage qu'aux autres salariés, à recourir à une action en justice. Au-delà du strict accroissement du nombre de litiges impliquant des cadres, ce contentieux cadre a pour conséquence un accroissement des montants monétaires en jeu.

La HALDE et son pouvoir de saisine du Parquet

Innovation instituée en décembre 2004, en état de fonctionnement opérationnel depuis juin dernier, la HALDE (Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité) présidée par Louis Schweitzer, de par son pouvoir d'enquêter dans les entreprises et de saisir le Parquet, représente une source supplémentaire de déclenchement des contentieux en matière de discrimination, même si sa vocation première est la médiation et la prévention.

Facteurs tendant à la limitation du contentieux de la discrimination

Un arrière-plan général de manque de moyens de la justice

Pour l'un des avocats interrogés, la situation de pénurie de moyens dans laquelle se trouve la justice conduit l'Etat à tenter de prévenir tout contentieux de masse que les tribunaux ne pourraient pas suivre. Récemment, la loi obligeant le plaignant à passer par un avocat enregistré auprès de la Cour de Cassation pour y avoir accès (lequel suppose une mise de fonds de 4600 € minimum) témoigne de cette évolution et peut avoir pour conséquence de tempérer la propension aux litiges.

Une jurisprudence plus sensible à l'intérêt de l'entreprise ?

Pour un des avocats interrogés, le nouveau Premier Président de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation souhaite rendre le droit du travail « plus sensible à l'influence de l'économie ». En clair, ceci signifie une plus grande prise en compte du point de vue des employeurs dans les décisions de la Cour.

L'évolution récente sur l'intérêt de l'entreprise en matière de changement des conditions de travail semble lui donner raison : désormais, il incombe au salarié de démontrer que l'employeur qui modifie les conditions de travail détourne son pouvoir de direction, alors que la jurisprudence antérieure mettait à la charge de l'employeur la preuve de démontrer qu'il avait agi dans l'intérêt de l'entreprise lorsqu'il modifiait les conditions de travail.

Si la jurisprudence actuelle sur la charge de la preuve en matière de discrimination se démarque de celle sur les conditions de travail, un des avocats interviewés retient néanmoins que les tribunaux conservent un large pouvoir d'appréciation pour ce qui a trait à l'exigence relative aux « éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination » que doit apporter le salarié. Si aujourd'hui, deux bulletins de salaire ou deux CV semblent suffire pour constituer ces « éléments de fait », rien ne dit qu'il en sera toujours ainsi.

Récapitulatif : facteurs favorables et défavorables au développement d'un contentieux de masse selon les avocats

Facteurs tendant au développement du contentieux de la discrimination

L'aménagement de la charge de la preuve en matière de discrimination

L'accroissement du turnover des salariés

La meilleure information des salariés

L'augmentation du contentieux cadre

La HALDE et son pouvoir de saisine du Parquet

Facteurs tendant à la limitation du contentieux de la discrimination

Un arrière-plan général de manque de moyens de la justice

Une jurisprudence plus sensible à l'intérêt de l'entreprise ?

Conclusion

L'enquête donne une indication des progrès accomplis et de ceux restant à faire. Il convient dans un premier temps de signaler 80% des entreprises interrogées ont mis en place une ou plusieurs politiques anti-discrimination. Concernant les pistes de progrès qui peuvent en être tirées pour toutes les entreprises, nous les présentons ci-dessous. Au contraire des recommandations présentées dans les parties précédentes, les propositions exposées ci-dessous émanent de l'auteur du présent rapport. Elles sont bien sûr pour l'essentiel fondées sur les entretiens dont la synthèse a été présentée ci-dessus.

La première piste de progrès concerne une meilleure connaissance de la loi, celle-ci pouvant avoir le double effet de servir de prise de conscience, de déclencheur, tout en mettant l'entreprise en bonne posture pour prévenir les litiges en matière de discrimination. Cette aide à la prise de conscience, ce rôle de déclencheur sont mis en avant tant par des DRH, des consultants en recrutement, que des avocats. Si on devait hiérarchiser, il semble que **la connaissance des critères de discrimination et la question de la preuve**, soient celles sur lesquelles les améliorations les plus sensibles peuvent être obtenues. En effet, même s'ils sont minoritaires, le fait que plusieurs interviewés (25% environ) aient soit marqué un étonnement face à tel ou tel critère, telle mesure conforme à la loi (retrait de la mention de l'âge d'une annonce de recrutement), ou aient tout simplement admis leur manque de connaissance dans ce domaine, souligne l'intérêt d'actions d'information et de formation auprès non seulement des « profanes » que sont les managers et les dirigeants d'entreprises, mais aussi des professionnels des Ressources Humaines, lesquels ont ensuite vocation à agir en tant que relais auprès des non professionnels de la fonction. Dans l'ensemble, lutter contre les discriminations n'est pas encore perçu comme une obligation mais comme un « plus » pour l'entreprise.

Or, premièrement, il convient d'attirer l'attention sur le point suivant : **la liste des discriminations prohibées est longue, et le développement du contentieux sur l'égalité de traitement amène à allonger cette liste à l'infini**. Deuxièmement, depuis que **la charge de la preuve a été aménagée au profit du salarié, réunir des éléments de preuve lui est aujourd'hui facile. En revanche, il n'est pas vrai qu'il est facile pour l'entreprise de satisfaire à ses obligations vis-à-vis de la loi**. C'est plutôt l'inverse qui est vrai. Tout dépend en fait de la combativité des salariés, de leur volonté et de leurs ressources pour ester en justice. Or, la loi de 2001 qui autorise l'action des associations spécialisées, et la création de la HALDE en décembre 2004, facilitent le déclenchement de procédures judiciaires.

L'amélioration des processus d'évaluation du personnel est le deuxième axe d'amélioration ressortant de cette enquête, il découle du premier. Si l'immense majorité des entreprises contactées dans le cadre de cette enquête ont mis en place des processus formalisés d'évaluation des performances et des compétences, le point de vue des avocats rencontrés sur les processus d'évaluation y compris dans les grandes entreprises, est critique. Les comptes-rendus d'entretiens sont trop souvent peu documentés et exploitables lorsque l'entreprise se trouve dans l'obligation de justifier ses choix de promotion, ou d'augmentation sur des éléments objectifs. De ce point de vue, **la mise en place d'un droit individuel à la formation, dont l'initiative repose sur le salarié, donne aux employeurs (et aux salariés) des éléments objectifs de différenciation**.

La troisième piste d'amélioration concerne **le système de pilotage de la discrimination**. Peu d'entreprises – mises à part les plus grandes – peuvent à ce jour mesurer la discrimination en amont et mesurer les effets des améliorations qu'elles tentent de mettre en place, à l'exception de ce qui a trait aux différences hommes femmes et aux travailleurs handicapés. Le remède à cette situation passe par **une amélioration des systèmes d'information** pour qu'ils soient à même de renseigner en temps voulu les responsables d'entreprises sur les écarts dont peuvent être l'objet tel ou tel groupe de salarié, voire tel ou tel salarié individuel. Si certains critères sont bien renseignés (femmes, handicapés notamment), les autres ne le sont pas. Ici, il convient bien sûr de faire évoluer la législation sur la protection des données individuelles avant d'inciter l'entreprise à recenser ses salariés sous l'angle de leur appartenance ethnique, religieuse, politique... ce qui lui est interdit.

Enfin, le rapport met en exergue l'influence que peuvent jouer les consultants en recrutement et au-delà tout intermédiaire sur le marché de l'emploi : dans leur rôle de mise en garde sur la loi, dans leur rôle de questionnement systématique des critères discriminatoires éventuellement posés par l'employeur, dans leur rôle d'accompagnement du candidat pour le préparer et l'aider à faire face aux attitudes discriminatoires. Les consultants en recrutement, et au-delà, les intermédiaires sur le marché de l'emploi que sont l'APEC, l'ANPE, les entreprises de travail temporaire, les groupements d'employeurs, les sociétés d'outplacement, les organismes de formation, sont sans doute un des plus puissants leviers pour diffuser les connaissances et pour agir, en amont, sur les attitudes et les comportements des employeurs et des salariés. Tous plaident au fond pour que soit généralisée **la pratique du recrutement fondée sur la seule adéquation des compétences du candidat au profil du poste recherché**. Ceci passe notamment par **l'utilisation de grilles d'entretiens et de tests de type « mise en situation » ou encore d'« habiletés », conçus en étroite relation avec le profil du poste à pourvoir**.

Finalement, nous tirons de cette étude l'enseignement suivant : **l'évolution du contexte législatif et social incite les entreprises à mettre en place une véritable politique de gestion des ressources humaines**, passant par des bonnes pratiques depuis longtemps défendues par les professionnels de la fonction RH mais pour des raisons d'efficacité et d'équité : **recrutement fondé sur les compétences strictement liées au profil du poste, évaluation factuelle et différenciante des performances et/ou des compétences en préalable aux décisions d'avancement, d'augmentation ou de mutation, droit de réponse du salarié, mise en place de comités de carrière où siège un représentant de la fonction RH, communication, dialogue avec les salariés et leurs représentants, possibilité de recours et de moyens d'investigation internes, pour détecter et traiter les discriminations en amont plutôt qu'en aval, mise en place de grilles de classification de salaires**.

De façon générale, on peut dire que les **politiques dites « non ciblées » telles que décrites ci-dessus** ont notre préférence sur les politiques ciblées. Elles sont plus pratiquées que les politiques « ciblées », elles sont plus éloignées de la notion de discrimination positive dont se rapprochent certaines politiques ciblées, elles sont à ce jour nécessaires et suffisantes à l'égard de la loi sauf en ce qui concerne le recrutement de handicapés, enfin elles sont moins susceptibles d'être elles-mêmes attaquées comme discriminatoires que certaines des politiques dites « ciblées » qui tendent à attribuer à telle ou telle catégorie de salariés des droits automatiques (avancement, rémunération) au seul motif de leur appartenance à une catégorie. **Les politiques ciblées nous semblent bienvenues lorsqu'elles reposent sur la mise en place d'améliorations continues des process**, plutôt que sur l'application de quotas rigides.

Annexes

La loi en matière de discrimination

Article L122-45 Code du Travail

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, 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 en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.

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

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.

En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit.

Article 225-1 Code pénal

Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, 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, des caractéristiques génétiques, des moeurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, 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.

Article 225-2 Code Pénal

La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
4° A 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 ;

5° A 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 ;

6° A 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.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 Euros d'amende.

La charte de la diversité

En vertu de cette charte, [l'entreprise signataire s'engage à] :

1. Sensibiliser et former nos dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité.
2. Respecter et promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes et dans toutes les étapes de gestion des ressources humaines que sont notamment l'embauche, la formation, l'avancement ou la promotion professionnelle des collaborateurs.
3. Chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans notre effectif, aux différents niveaux de qualification.
4. Communiquer auprès de l'ensemble de nos collaborateurs notre engagement en faveur de la non-discrimination et de la diversité, et informer sur les résultats pratiques de cet engagement.
5. Faire de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de diversité un objet de dialogue avec les représentants des personnels.
6. Inclure dans le rapport annuel un chapitre descriptif de notre engagement de non-discrimination et de diversité : actions mises en œuvre, pratiques et résultats.

Guide d'entretien DRH

Pourriez vous présenter brièvement votre entreprise ? (nombre de salariés, secteur d'activité, nombre d'établissements distincts, appartenance à un groupe et si oui lequel, groupe de quelle nationalité, de combien de salariés, présent dans quels secteurs d'activité).

Quelle est votre fonction exacte et votre place dans l'organigramme de l'entreprise ou du groupe ?

A votre connaissance, quelles sont les discriminations prohibées ? (notez les réponses)

Voici la liste de l'ensemble des discriminations prohibées et des domaines de la GRH concernée. Que pensez vous de cette législation ?

La question de la discrimination s'est-elle déjà posée dans votre entreprise (ou votre groupe) ? Si oui, comment ? Quelle a été la réaction de l'entreprise ?

L'entreprise (ou le groupe) a-t-elle mis en place une politique spécifique en matière de discrimination ? Si oui, laquelle ?

Si oui, quels en sont les résultats observables ?

L'entreprise a-t-elle mis en place une procédure écrite d'évaluation des performances ? (oui pour tous les salariés, oui pour une majorité de salariés, oui pour une minorité de salariés, non)

L'entreprise a-t-elle mis en place une procédure écrite d'évaluation des compétences ? (oui pour tous les salariés, oui pour une majorité de salariés, oui pour une minorité de salariés, non)

Quel est votre degré d'accord de 1 à 5 (1 pas du tout d'accord, 5 tout à fait d'accord, NSP ne sait pas) avec les affirmations suivantes :

1. D'après moi, la lutte contre la discrimination permet à l'entreprise d'être plus efficace (1 pas du tout d'accord, 5 tout à fait d'accord, NSP ne sait pas)
2. D'après moi, la lutte contre la discrimination est une contrainte juridique (1 pas du tout d'accord, 5 tout à fait d'accord, NSP ne sait pas)
3. Pour la direction de mon entreprise, la lutte contre la discrimination permet à l'entreprise d'être plus efficace (1 pas du tout d'accord, 5 tout à fait d'accord, NSP ne sait pas)
4. Pour la direction de mon entreprise, la lutte contre la discrimination est une contrainte juridique (1 pas du tout d'accord, 5 tout à fait d'accord, NSP ne sait pas)

Guide d'entretien avocats

Quels sont les cas de discrimination auxquels vous êtes confrontés en matière contentieuse ?
Quels sont les cas typiques ? Quel volume approximatif cela représente-t-il par rapport à l'ensemble de votre contentieux prud'homal ? Quelles solutions préventives peut-on mettre en place pour prévenir les discriminations ? Quel est votre point de vue sur cette législation ?
Comment voyez vous l'avenir ?

Guide d'entretien pour les consultants en recrutement

Quels sont les cas de discrimination auxquels vous êtes confrontés en matière de recrutement ?
Ce type de demande est-il majoritaire ou occasionnel dans vos missions ?
Quelles sont les solutions imaginables pour prévenir la discrimination à l'embauche ?
Quel est votre point de vue sur la législation anti-discrimination ?
Comment voyez vous l'avenir en matière de discrimination à l'embauche ?

Liste des entreprises qui ont participé à cette investigation

Puls Action

Astrium

Airbus Ratier

Figeac

Lyonnaise des Eaux Dumez

Jardins d'Oly

Fnac

MPI

Merlane

Pierre Fabre pharma

Volvo truck

Pierre Fabre dermo cosmétique

AGF

CNES

Intespace

ESCT

Air France

Groupama d'Oc

EDF

La Poste

Equipaero

Logidis

Hertz

SEBSO

SNCF

Préfecture

Tembec

Mairie de Saint Gaudens

Amec Spie

Bernardaud

Clinique du Colombier

Crédit Agricole

Rockwell Collins

Mutualité française de Haute Garonne

