

HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ

Délibération n° 2008-149 du 15 septembre 2008

Le Collège :

Vu le Code du travail ;

Vu le Code pénal ;

Vu l'article 7b de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié ;

Vu l'article 3 de l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 modifié ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment les articles 11 et 15 ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par la CIMADE d'une réclamation relative à la circulaire NOR IMIN 0700011C, établie le 20 décembre 2007 par le Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement.

La circulaire du 20 décembre 2007 énumère les métiers en « tension » au travers de deux listes, l'une à destination des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne soumis à des dispositions transitoires, l'autre plus restreinte à destination des ressortissants des pays tiers. Les ressortissants tunisiens et algériens sont exclus de cette liste des métiers.

Enfin, d'autres listes de métiers ouvertes à des ressortissants de pays tiers ont été fixées avec le Sénégal, le Gabon et le Congo, avec lesquels la France a conclu des accords bilatéraux de gestion concertée des flux migratoires et de codéveloppement.

D'une part, la CIMADE estime que l'existence de ces deux listes revêt un caractère discriminatoire. D'autre part, la CIMADE allègue que l'exclusion de tous les ressortissants d'un pays tiers, à partir du critère de nationalité, appliquée dans le cadre d'une mesure d'accès à l'emploi, introduit à rebours et de manière déguisée le principe de quotas.

La HALDE a été saisie pour avis.

Au préalable, il convient de rappeler que les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne bénéficient des principes communautaires de libre circulation et de liberté

d'établissement en France. Les conditions d'accès à l'emploi, telles que fixées par la circulaire du 20 décembre 2007, ne leur sont pas applicables.

La circulaire du 20 décembre 2007 détaille les deux listes des métiers connaissant des difficultés de recrutement et dont l'ouverture est conditionnée à l'origine géographique des travailleurs étrangers, sans que soit opposée la situation de l'emploi en France. Les ressortissants algériens et tunisiens sont exclus du bénéfice de la mesure d'accès plus favorable à certains métiers.

D'autres listes de métiers ouvertes à des ressortissants de pays tiers ont été fixées avec le Sénégal, le Gabon et le Congo, avec lesquels la France a conclu des accords bilatéraux.

La HALDE n'est pas compétente en matière d'entrée et d'autorisation de séjour des étrangers.

Cependant, en application de l'article 1^{er} de la loi du 30 décembre 2004, elle est compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou un engagement international.

Conformément aux dispositions de l'article L.5221-5 du Code du travail, un étranger ne peut exercer en France une activité professionnelle qu'à condition d'en avoir obtenu préalablement l'autorisation.

Il en résulte que nul ne peut embaucher ou employer à son service un travailleur étranger démuné d'un titre de travail en cours de validité, sous peine de sanctions pénales.

Les demandes d'autorisation de travail sont présentées par les employeurs en application de l'article R. 5221-11 du Code du travail, que l'étranger se trouve dans son pays d'origine (procédure dite d'« introduction ») ou sur le territoire national (procédure de changement de « statut »).

La procédure d'introduction est donc une procédure d'accès à l'emploi qui concerne les étrangers non présents sur le territoire français. L'initiative de cette procédure appartient exclusivement à l'employeur.

Pour accorder ou refuser une autorisation de travail, le Préfet prend notamment en compte la situation de l'emploi dans la profession et la zone géographique demandées. Cependant, des dérogations existent lorsque le travailleur étranger exerce une activité professionnelle dans un métier dit en « tension », c'est-à-dire connaissant des difficultés de recrutement. Les listes se fondent sur les articles L.121-2 et L.313-10 du CESEDA.

Concernant l'instruction des demandes d'autorisation de travail, la circulaire du 20 décembre 2007 précise que l'employeur n'est pas tenu de rechercher préalablement des candidats sur le marché du travail national, a fortiori, de justifier de telles recherches auprès de l'administration du travail.

Or, la procédure de recrutement pour un emploi sur le territoire français est soumise aux dispositions du Code du travail et du Code pénal.

L'article L.1132-1 du Code du travail interdit d'écarter d'une procédure de recrutement une personne notamment en raison de son origine ou de son appartenance à une nation.

L'article 5321-2 du Code du travail dispose qu' « *aucun service de placement ne peut être refusé à une personne à la recherche d'un emploi ou à un employeur fondé sur l'un des motifs de discrimination énumérés à l'article L.1132-1 du Code du travail. Aucune offre d'emploi ne peut comporter de référence à l'une des caractéristiques mentionnées à cet article* ».

Les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal interdisent de refuser d'embaucher et de subordonner une offre d'emploi à un critère discriminatoire comme l'appartenance à une nation ou l'origine.

S'il est interdit de publier une offre d'emploi mentionnant un critère discriminatoire, se pose la question de la mise en œuvre concrète du recrutement d'un travailleur étranger, en application de cette circulaire, par l'employeur et/ou par le service public de l'emploi, en fonction de l'origine géographique du salarié.

Pour les métiers où la situation de l'emploi n'est pas opposable, l'employeur peut choisir, sélectionner des candidats, sans avoir au préalable l'obligation de faire appel à la main d'œuvre locale et de rechercher des candidats auprès des organismes de placement ou du service public de l'emploi pour recruter un salarié d'un pays tiers.

Au regard des dispositions du Code du travail et du Code pénal, l'employeur doit pourtant être en mesure de justifier de la conformité de la procédure de recrutement et du rejet des candidatures éventuellement reçues, au regard du principe de non-discrimination.

La circulaire impose à l'employeur de déterminer, au préalable, des conditions d'origine au recrutement, en fonction d'une liste de métiers par pays, et ce avant toute demande d'autorisation de travail.

Eu égard au principe d'égalité dans l'accès à l'emploi, l'offre d'emploi devrait être ouverte et accessible à tous les candidats par des modalités de publicité.

En conséquence, la circulaire du 20 décembre 2007 semble mettre en pratique une gestion de l'embauche nécessairement contraire au respect du principe de non-discrimination dès lors qu'elle aurait pour effet de ne pas examiner les candidatures existantes sur le marché de l'emploi et notamment celles émanant de ressortissants de pays tiers.

De plus, la mise en œuvre concrète, par les employeurs, de la procédure de recrutement des travailleurs étrangers en fonction de leur origine géographique reste imprécise et ne permet pas d'assurer un contrôle effectif du respect du principe de non-discrimination.

D'autre part, la liste des 30 métiers ouverts aux ressortissants des pays tiers ne s'applique pas aux ressortissants algériens et tunisiens.

Si la rédaction de l'article 7b de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié et celle du dernier alinéa de l'article 3 de l'accord franco-tunisien du 17 mars 1988 modifié semblent établir un régime plus favorable pour les ressortissants de ces deux Etats, ce régime ne peut exclure les ressortissants de ces pays de l'accès aux modalités d'immigration fondées sur la situation de l'emploi.

Le Conseil d'Etat a notamment rappelé, dans un arrêt du 14 avril 1999 n° 153468, que si l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 régit d'une manière complète les conditions

dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et y exercer une activité professionnelle, il n'a toutefois pas entendu écarter, sauf dispositions contraires expresses, l'application des dispositions de procédure qui s'appliquent à tous les étrangers.

L'exclusion des ressortissants algériens et tunisiens du bénéfice de la mesure d'accès plus favorable à certains métiers dont la situation de l'emploi n'est pas opposable semble créer une différence de traitement dans l'accès à l'emploi en raison de l'origine nationale.

L'application de la circulaire du 20 décembre 2007 ne peut avoir pour effet de traiter moins favorablement les ressortissants Tunisiens et Algériens.

En conclusion, si le choix des candidats à l'immigration sur le critère de leur aptitude ou de leur spécialisation professionnelle ne saurait être juridiquement contesté, la mise en pratique de la circulaire implique de mettre en œuvre une procédure d'embauche en fonction de l'origine nationale des candidats, et ce en violation des dispositions du Code du travail et du Code pénal. Or, la circulaire du 20 décembre 2007 ne peut instaurer un dispositif dérogeant à la loi.

Des modalités de sélection variables en fonction des pays d'origine des migrants ouvriraient la voie à la sélection des travailleurs sur des bases ethniques, et non uniquement sur les compétences professionnelles.

Le Collège de la haute autorité recommande au Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement de préciser les modalités de mise en œuvre de la circulaire du 20 décembre 2007 afin d'éviter une gestion de l'embauche discriminatoire, et ce dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente délibération.

Le Collège recommande également au Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement de veiller à une mise en œuvre uniforme de la liste des emplois ouverts aux ressortissants des pays tiers.

Le Président



Louis SCHWEITZER