



Discrimination à l'embauche : un point sur la législation

Selon un sondage IFOP, 21 % des salariés rapportent avoir déjà vécu l'expérience d'une discrimination à l'embauche (les femmes de moins de 30 ans et les catégories les moins aisées étant les plus touchées).

C'est ce que révèle un article publié par les Echos (cf. lien ci-dessous).

Un article permettant de faire le point sur la situation.

➤ **Qu'est-ce que la discrimination à l'embauche ?**

Au sein d'une entreprise, quels que soient sa taille et son domaine d'activité, le recrutement du personnel représente l'étape capitale qui conduit au contrat de travail.

Elle est régie par des dispositions légales qui portent sur sa procédure.

Elles s'intéressent par exemple à la discrimination.

La discrimination à l'embauche est une forme de discrimination qui a lieu dans le cadre du travail.

Pour un contrat CDI, un CDI verbal, un CDI de projet, un CDI de chantier, ou un CDD, l'employeur, ou le recruteur, fonde son choix sur des critères subjectifs autres que ceux légalement admis lors de l'embauche.

Ces critères de discrimination à l'embauche n'ont de rapport ni avec les compétences du candidat ni avec son expérience.

En d'autres termes, c'est une manière d'exposer le candidat au chômage, car ses chances d'être recruté en entreprise sont amenuisées par le recruteur.

➤ **Discrimination à l'embauche : que dit la loi ?**

La loi, notamment à travers le Code du travail, s'exprime sur la discrimination faite dans le cadre du travail.

- Principe : interdiction

Toute forme de discrimination, qui plus est à l'embauche, est interdite par la loi.

On retrouve cet exposé sur la discrimination à l'embauche au niveau de 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 (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou en raison de son état de santé ou de son handicap. »

Le principe de la non-discrimination à l'embauche découle du principe d'égalité de tous consacré par les textes de la République.

Celui-ci s'applique donc non seulement dans le cadre de la relation État-citoyen, mais aussi dans les relations privées entre employeurs et employés, et a fortiori, entre employeur et candidat à l'emploi.

En vertu de la loi sur la discrimination à l'embauche, le recruteur ne doit ni discriminer un candidat au cours de la procédure d'embauche ni lors de l'exécution du contrat en CDI ou CDD.

Ce dernier ne doit pas être évincé que pour des raisons professionnelles.

- Discrimination à l'embauche : quand est-elle autorisée ?

Quoiqu'elle interdise la discrimination lors de l'embauche des candidats à l'emploi, la loi la rend licite dans certains cas.

- Discriminations tolérées

Conformément aux dispositions de l'article L.122-35 du Code du travail, l'employeur a la liberté de prendre des mesures à titre exceptionnel pour limiter les droits et libertés fondamentales de ses employés.

Cependant, elles doivent être justifiées par les objectifs licites de l'entreprise.

- La discrimination positive

Les discriminations positives sont celles qui ont un caractère légal, celles qui sont prévues par la loi.

Par exemple, l'employeur peut établir des différences de traitement entre ses employés ou privilégier des personnes sans faire de la discrimination à l'embauche mais ces différences doivent :

- correspondre au but poursuivi,
- répondre à des exigences professionnelles inscrites dans le cadre des besoins de la société,
- être définies indépendamment du candidat à l'embauche.

L'employeur (ou le recruteur) est autorisé à faire de la discrimination (positive) dans les cas suivants :

- non-recrutement d'un candidat en raison de son état : afin de garantir sa sécurité ou protéger sa santé,
- fixation d'un critère d'âge pour correspondre à une certaine expérience professionnelle avant de prétendre au poste recherché,
- incapacité d'un employé ou d'un candidat à l'emploi constatée par un médecin du travail,
- recherche d'un candidat en fonction du sexe s'il concorde avec les besoins du poste : pour le défilé de vêtements féminins, les candidats de sexe féminin sont privilégiés,
- recrutement suivant le lieu de résidence du candidat : si le recruteur envisage de privilégier une zone défavorisée.

➤ **Les motifs de discrimination à l'embauche**

L'article L 1132-1 du Code du travail fixe 20 motifs de discrimination dans le cadre du travail. Mais depuis le 24 juin 2006, une loi votée et promulguée porte à 21 le nombre de motifs de discrimination à l'embauche.

Ce sont :

- l'origine,
- le sexe,
- les mœurs,
- l'orientation sexuelle,
- l'identité sexuelle du candidat,
- son âge,
- sa situation familiale,
- une grossesse,
- les données génétiques du candidat,
- sa situation économique,
- son appartenance ou non à une ethnie ou une race,
- ses opinions politiques,
- sa religion,
- son nom patronymique,
- son lieu de résidence,
- son état de santé,
- son handicap,
- son apparence physique
- et ses activités syndicales et mutualistes.

Aucun de ces critères de discrimination à l'embauche n'a de valeur légale ou juridique.

Le recruteur ne doit donc pas fonder le choix du candidat à l'embauche sur eux.

➤ Les types de discrimination à l'embauche

Il existe plusieurs types de discrimination à l'embauche.

- La discrimination directe

La discrimination directe implique de comparer plusieurs candidats ayant le même profil, puis de faire une sélection en se basant sur des motifs interdits par la loi.

Il convient de noter ici que tous les candidats sont dans une même situation : même compétence, même expérience, même qualification, etc.

Parfois, la discrimination directe se base sur le passé, le présent ou même un cas théorique de l'avenir du candidat. Elle est strictement interdite par la loi.

Exemple : une offre qui fait de la discrimination à l'embauche à l'égard des femmes en interdisant leur candidature.

- La discrimination indirecte

Au regard de la loi, la discrimination s'avère indirecte lorsque : « une disposition, un critère, une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un effet défavorable pour une personne ou un groupe de personnes en raison d'un critère prohibé par la loi. »

Concrètement, cela signifie que, contrairement à la discrimination directe, la discrimination indirecte est plus subtile. Le recruteur se base sur un critère qui paraît fondé, mais qui en réalité constitue un critère de discrimination à l'embauche.

Exemple 1 : Appartenance, vraie ou supposée, du candidat à un groupe syndical
Obligation : Le recruteur doit justifier que l'appartenance à tel ou tel groupe syndical est légitime et correspond aux intérêts de l'entreprise.

Exemple 2 : Fixation d'un critère de taille pour un poste
Obligation : L'employeur doit prouver qu'une taille donnée est requise pour l'exercice de l'emploi, et en donner les motifs.

Exemple 3 : Offrir une formule moins avantageuse à un candidat à l'embauche
Obligation : Le recruteur doit justifier le bien-fondé de cette mesure prise à l'égard du candidat.

- Harcèlement discriminatoire

Le harcèlement sur le lieu de travail peut constituer une forme de discrimination à l'embauche, qu'elle soit discrète ou manifeste.

Elle consiste à installer un environnement hostile au travail grâce à des propos vexatoires, offensants, dégradants ou intimidants lancés à l'employé ou au candidat à l'emploi.

- Discrimination de type raciale

Ce type de discrimination à l'embauche consiste à tenir compte de la nationalité, de la race ou de l'ethnie du candidat.

Ces critères de discrimination à l'embauche peuvent aussi être combinés avec le lieu de résidence de l'intéressé.

- Discrimination en raison du sexe

La discrimination sexuelle porte beaucoup plus sur le genre féminin.

On parle de discrimination à l'embauche des femmes.

Soit celles-ci sont refusées pour des offres d'emploi pour lesquelles elles sont pourtant qualifiées, soit elles sont moins bien payées que les hommes.

Néanmoins, la discrimination en raison du sexe peut également concerner les hommes.

C'est le cas par exemple pour les métiers a priori destinés aux femmes : infirmerie, assistance dentaire, enseignement dans les basses classes, femme de ménage, etc.

- Discrimination basée sur l'orientation sexuelle

Pour ce type de discrimination à l'embauche, la candidature du demandeur d'emploi est rejetée en raison de sa tendance sexuelle mais il n'a pas lieu qu'au moment de l'embauche.

C'est aussi le cas lors de l'exécution du contrat de travail CDI ou CDD : harcèlements, propos homophobes, moqueries, etc.

- Discrimination liée à la situation familiale

Par principe, la vie privée des personnes leur est propre mais le recruteur peut s'y intéresser, surtout en raison de l'obligation légale de favoriser l'équilibre entre la vie professionnelle et la vie familiale des employés.

Pour autant, l'employeur ne doit pas considérer cette exigence comme un critère de discrimination à l'embauche.

- Discrimination pour cause de grossesse

Certains employeurs tiennent compte de l'état physiologique des candidats avant de les embaucher.

Par exemple, ils exigent que les femmes ne soient pas en état de grossesse.

Cela constitue à bien des égards une discrimination à l'embauche des femmes.

Par ailleurs, certains réduisent le nombre de femmes travailleuses dans leur entreprise en raison du risque de grossesse.

En effet, enceinte, une employée doit bénéficier d'un congé de maternité, ce qui constitue une source de contraintes pour son recruteur.

Il n'en demeure pas moins que cela ne devrait pas représenter un motif de discrimination à l'embauche.

- Discrimination pour état de santé

Parfois, des recruteurs prennent en considération l'état psychologique, affectif et émotionnel du candidat à l'emploi.

Il est vrai que cela peut constituer une protection pour la santé du potentiel employé. Mais ce devrait être en conformité avec les exigences professionnelles.

- Discrimination basée sur les mœurs

Les mœurs font référence aux habitudes de vie, au passé, ou aux pratiques admises par le postulant. Ancien détenu, habitude de fumer ou de se bagarrer, autant de conditions que prennent en compte certains recruteurs.

Bien entendu, ce type de discrimination ne participe nullement à la réinsertion professionnelle de l'intéressé.

Au contraire, il se retrouve en situation de chômage, et ce, sans allocation au chômage suivant le cas.

- Discrimination en fonction de l'âge

Il s'agit pour l'employeur de considérer l'âge du demandeur d'emploi.

À moins d'être fondé, légal et justifiable, ce type de condition constitue un critère de discrimination à l'embauche qui est formellement interdit par les dispositions légales.

- Discrimination physique

Le recours à cette forme de discrimination implique que le recruteur évince le dossier de candidature d'un demandeur d'emploi en raison de son apparence physique : grande taille, silhouette fine, couleur de peau, visage disgracieux, etc.

Cette discrimination à l'embauche est prohibée par la loi.

- Discrimination basée sur l'opinion politique

Certains recruteurs n'embauchent que des personnes partageant les mêmes opinions politiques, associations et syndicats qu'eux.

Ce mode de recrutement constitue une violation des textes légaux, et est donc interdit.

➤ **Que peut faire le candidat en cas de discrimination à l'embauche ?**

Différentes voies de recours s'offrent au candidat à l'emploi qui se sent victime d'une forme de discrimination ou d'une autre.

Deux de ces voies sont clairement mentionnées dans la loi. Bien sûr, le choix de l'une ou l'autre dépend de la situation et des besoins du candidat.

- Recours civil

Le recours civil consiste pour la victime de l'acte de discrimination à saisir le Conseil des Prud'hommes.

L'objectif de cette démarche est de voir la méthode discriminante rectifiée ou annulée.

Selon le cas, elle permet aussi d'obtenir des dommages et intérêts.

Il convient de noter que la saisie des Prud'hommes se fait par remplissage d'un formulaire.

- Recours pénal

Si le candidat à l'emploi est victime de discrimination telle que déterminée par l'article 225-1 du Code pénal, il peut porter plainte contre l'employeur auprès de la police ou la gendarmerie.

Il peut également tenter une action en justice en saisissant le Procureur de la République au motif de discrimination à l'embauche.

L'objectif poursuivi est de voir une sanction pénale prononcée à l'encontre du recruteur.

- Recours au défenseur des droits

En cas de discrimination dans le cadre du travail, le discriminé peut saisir le défenseur des droits. Ce dernier intervient d'abord en tant que médiateur.

Ensuite, il assure l'effectivité d'une transaction, qui sera par la suite homologuée par le Procureur de la République.

En cas d'échec de la médiation, le Défenseur des droits peut, lui-même, saisir ledit Procureur.

- Saisie du secrétariat du COPEC

Le candidat victime d'une discrimination a la possibilité de saisir le secrétariat du COPEC, Commission pour la promotion de l'égalité des chances et de la citoyenneté.

La mission de cet organisme étant de participer à la lutte contre la discrimination, y compris les types de discriminations à l'embauche, il peut être d'une grande aide.

Le discriminé peut exposer son problème au COPEC dont dépend territorialement l'entreprise de son employeur.

➤ **Sanctions en cas de discrimination à l'embauche**

Juridiquement, un employeur ou un recruteur qui fait preuve de discrimination est soumis à des sanctions établies légalement.

Pour commencer, les juges apprécient la pertinence et l'objectivité de la mesure prise par le recruteur.

Si ce contrôle révèle une discrimination à l'embauche, ils procèdent à un contrôle de la proportionnalité, c'est-à-dire qu'ils vérifient que la mesure est proportionnelle à la situation.

Si la discrimination est bien avérée, les juges peuvent prononcer des sanctions.

- Sanctions civiles

En matière civile, la sanction pour discrimination à l'embauche est relative à la nullité de la décision prise.

Autrement dit, elle se rapporte à l'annulation de la décision de l'employeur ou du recruteur.

Si par exemple, la discrimination a valu le licenciement (abusif) d'un employé, celui-ci est simplement réintégré dans l'entreprise.

Il est considéré comme ne l'ayant jamais quitté, et il peut même percevoir des indemnités liées à son activité.

- Sanctions pénales

Pour un employeur, en tant que personne physique, les juges peuvent imposer le paiement d'amendes pouvant atteindre la barre des 45.000 €.

Selon la situation, il peut même ne pas s'agir d'une simple amende.

L'employeur pourrait éventuellement faire jusqu'à 3 ans d'emprisonnement.

De même, des sanctions pèsent sur l'employeur, en tant que personne morale, qui se rend coupable de discrimination à l'égard d'un salarié, et même d'un demandeur d'emploi.

Il pourrait payer une amende de 225.000 € au discriminé.

Les juges pourraient, de surcroît, prononcer une sentence d'interdiction d'exercice d'activité.

- Sanctions disciplinaires

S'il est prouvé qu'au sein de l'entreprise, la discrimination à l'embauche est causée par un salarié, le chargé du personnel ou du recrutement par exemple, ce dernier peut faire l'objet de sanctions disciplinaires.

Il peut être question de simples réprimandes ou, à un niveau plus important, d'une cessation d'activité, c'est-à-dire un licenciement.

- Sanctions pour fausses accusations

Toute personne peut intenter une action en justice ou saisir le Conseil des Prud'hommes pour dénoncer un cas de discrimination.

C'est un droit acquis, voire qu'il est plus que recommandé d'exploiter.

Pour autant, une dénonciation ne doit pas être faite sans preuve.

Il convient de noter que l'accusation de discrimination ne doit pas être fausse.

Lorsqu'un employé accuse son employeur de le discriminer d'une manière ou d'une autre, alors qu'il ne dispose d'aucune preuve, l'accusation peut constituer un délit de dénonciation calomnieuse.

Le Code pénal le prévoit.

« La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision devenue définitive d'acquittement de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée ».

S'il est prouvé que l'accusation de discrimination à l'embauche n'est pas justifiée, l'employé qui en est l'auteur devra s'acquitter d'une amende de 45.000 € en fonction de la gravité des faits.

En fonction de cette gravité, il peut être emprisonné pendant 5 ans suivant la décision des juges.

En outre, si l'intéressé est déjà un salarié de l'entreprise, il peut en être licencié.

Cette sanction disciplinaire est également prévue par la loi.

D'où l'importance de s'assurer de la véracité de son accusation avant d'en faire part aux juridictions et aux organismes à divers niveaux.

- Discrimination à l'embauche : moyens de preuve

Il peut être difficile de prouver un cas de discrimination, surtout lorsque c'est une discrimination de type indirect.

Néanmoins, le moyen le plus admis par les juridictions et les institutions est la preuve par comparaison, c'est-à-dire que l'auteur de la dénonciation doit prouver qu'une mesure défavorable est prise à son encontre, alors que les autres salariés ne profitent pas des mêmes dispositions.

Même si les autres employés n'y sont pas soumis, si la disposition correspond à l'un des motifs apparaissant dans l'article L 132-1 du Code du travail, il s'agit d'une discrimination à l'embauche.

L'employé peut s'en servir pour prouver sa prétention auprès des juges.

<https://www-lesechos-fr.cdn.ampproject.org/c/s/www.lesechos.fr/amp/1322499>