

NOTE TECHNIQUE SUR LA DISCRIMINATION A L'EMBAUCHE

I) La notion de discrimination

De manière générale, la discrimination consiste à distinguer un groupe de personnes des autres, et à lui appliquer un traitement spécifique, sans lien objectif avec le critère qui sert à distinguer le groupe.

En vertu des articles L122-45 du Code du travail et 225-1 du Code pénal, les critères suivants sont considérés comme discriminatoires, et donc interdits :

✓ **l'origine, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, ses caractéristiques génétiques, le patronyme** : cette énumération vise essentiellement la discrimination fondée sur l'origine ethnique ou la nationalité du candidat.

A ce propos, une circulaire ministérielle du 22 octobre 2001 a d'ailleurs confirmé qu'aucun emploi au sein de l'Institution ne nécessite de posséder la nationalité française.

✓ **l'âge** (rappelé par l'article L311-4 du Code du travail)

✓ **l'apparence physique** : cette précision interdit le recrutement sur la base de critères racistes ou esthétiques (taille, poids...)

✓ **le sexe, la grossesse, la situation de famille** (rappelé à l'article L123-1 du Code du travail)

✓ **l'état de santé, le handicap**

✓ **les mœurs, l'orientation sexuelle**

✓ **les opinions politiques, les convictions religieuses** (cette interdiction doit toutefois être articulée avec les principes de neutralité et de laïcité du service public)

✓ **les activités syndicales ou mutualistes** (rappelées à l'article L412-2 du Code du travail)

Discriminations directes et indirectes

Si les premières sont strictement interdites, les secondes sont possibles si la nature de l'emploi visé le justifie.

La discrimination est directe lorsqu'elle est délibérée et que la différence de traitement se fonde expressément sur un critère prohibé par la loi, par exemple si l'annonce précise que seules peuvent postuler des hommes, ou des personnes de confession catholique.

Elle est indirecte lorsqu'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.

Exemple : Un employeur décide d'offrir une prime à tous les salariés ayant travaillé dans l'entreprise plus de quinze ans à temps complet, ou se réfère à des critères de taille pour retenir les candidats.

Il est bien évident que de tels critères favorisent les

II) Les risques de discrimination au cours du processus de recrutement

Plusieurs étapes du recrutement, que ce soit pour un emploi, un stage ou une formation, peuvent présenter un risque de discrimination.

Le CV anonyme

La loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006 a introduit un article L121-6-1 au Code du travail. Cet article, qui ne sera applicable qu'après décret en Conseil d'Etat (non encore paru), prévoit que les candidatures à un emploi doivent être examinées de manière anonyme.

De plus en plus de recruteurs mettent en place de tels procédés. Dans le cadre d'une politique volontariste de développement durable, un organisme de sécurité sociale peut donc anonymiser les candidatures en interne (au niveau du service des ressources humaines).

▪ L'offre d'emploi qui est rendue publique, ainsi que le rappelle l'article L310-2 du Code du travail, doit être dépourvue de toute mention discriminatoire telles qu'énoncées à l'article L122-45 du même code.

A ce sujet, une circulaire interministérielle du 2 mai 1984 recommande, lorsque la dénomination de l'emploi concerné existe au genre masculin et féminin (employé[e], ouvrier[ère]), de mentionner ces deux genres.

Dans le cas contraire, il convient d'ajouter une mention indiquant que l'emploi est ouvert aux deux sexes (cadre H/F, ingénieur H/F).

Dans tous les autres cas, l'annonce doit être rédigée en termes neutres tels que « personne chargée de... »

▪ Il faut également éviter de sélectionner les candidatures en fonction de critères discriminants. La méthode du curriculum vitae anonyme, pour l'instant à l'état de projet, est destinée à garantir une égalité de traitement entre tous les candidats.

▪ Il peut arriver que le candidat soit soumis à des tests ou évaluations professionnelles. En vertu de l'article L121-7 du Code du travail, il doit alors en être averti préalablement à leur mise en œuvre, et ceux-ci doivent être pertinents au regard du poste à pourvoir.

Par ailleurs, la Cnil, dans sa délibération n°02-017 du 21 mars 2002, préconise que tout candidat puisse obtenir les résultats de ces tests, leur communication devant être faite « *par tout moyen approprié au regard de la nature de l'outil utilisé* ».

▪ L'entretien d'embauche (tout comme le questionnaire d'embauche ou le dossier de candidature) doit également être dénué de toute question à caractère discriminatoire, et, de manière plus large, de toute question ne présentant pas « *un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* » (article L121-6 du Code du travail).

Exemple : des questions relatives à la situation de famille, l'âge, l'état de grossesse...

La discrimination positive

Le débat sur ce thème a été lancé depuis 2001, date à laquelle l'Institut d'études politiques de Paris a entamé une politique de discrimination positive en faveur des lycéens originaires de zones d'éducation prioritaires (ZEP).

Cette possibilité de traitement différencié en faveur de catégories discriminées n'a pas encore été introduite en droit du travail. La seule exception constitue l'obligation de recrutement de personnes handicapées (qui doivent normalement représenter 6% de l'effectif de l'entreprise).

A l'heure actuelle, il serait donc illégal de privilégier le recrutement de certaines catégories de population par rapport à d'autres (en dehors des personnes handicapées).

L'article L121-8 du même code interdit le recours à un « *dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance (...) du candidat à un emploi* » pour recueillir des informations sur ce candidat.

De la même manière, l'article L. 432-2-1 du même code prévoit pour sa part que le Comité d'entreprise doit être informé, « *préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de ceux-ci.* »

III) Contentieux et sanction des discriminations

A) La preuve de la discrimination

Selon le 4^{ème} alinéa de l'article L122-45 du Code du travail, « *En cas de litige, (...) 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.* ».

La loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001, qui a introduit cet article, a ainsi aménagé le régime juridique de la preuve en matière de discriminations, celles-ci étant par principe difficile à prouver. Le salarié n'a plus qu'à « *présenter des éléments de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination* » pour que l'employeur doive justifier sa décision.

Eu égard au principe de liberté de la preuve, tout ce qui peut servir à démontrer l'existence d'une discrimination est donc a priori admis.

L'article 225-3-1 du Code pénal a ainsi légalisé la pratique du testing, et ce sans qu'il soit besoin de faire appel à un huissier. Initiée en matière d'entrée dans les boîtes de nuit, cette méthode peut tout à fait être étendue aux discriminations à l'embauche par des associations de lutte contre les discriminations.

B) Le contrôle

1) Le rôle des délégués du personnel

Le droit d'alerte des délégués du personnel prévu à l'article L. 422-1-1 du Code du travail leur permet de saisir l'employeur s'ils constatent une atteinte injustifiée ou disproportionnée « *aux droits des personnes ou aux libertés individuelles qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché. Cette atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation.*».

L'employeur doit alors prendre toute mesure pour faire cesser le trouble. En cas de désaccord, les délégués du personnel peuvent saisir le Conseil de prud'hommes selon la procédure de référé.

2) L'inspection du travail

En vertu de l'article L. 611-1 du Code du travail, l'inspecteur du travail est compétent pour constater les refus d'embauche discriminatoires par procès-verbal. L'article L. 611-9 lui permet également de saisir toutes les pièces qui peuvent constituer des indices d'une discrimination.

3) La Halde

La Haute autorité de lutte contre les discriminations est une autorité administrative indépendante créée par la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004. Elle a vu ses pouvoirs considérablement renforcés avec la loi pour l'égalité des chances du 31 mars 2006.

- Saisine de la Halde

Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination peut saisir la Halde, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un député, d'un sénateur ou d'un député européen français. Toute association (de plus de cinq ans d'âge au moment des faits) de lutte contre les discriminations peut accompagner la plainte d'un particulier s'estimant victime de discrimination, sous réserve de l'accord de cette personne. La Halde peut également se saisir d'office.

- Pouvoirs de la Halde

Elle peut recueillir des informations, effectuer des vérifications sur place, formuler des recommandations et, le cas échéant, saisir le Parquet.

Elle peut proposer une transaction, homologuée par le Procureur de la République, à l'auteur de faits de discrimination. Cette transaction peut consister dans le paiement d'une amende (3000€ pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale) et/ou de dommages et intérêts à la victime, mais elle peut parfois prévoir d'autres mesures (affichage de la décision, publication d'un communiqué dans le journal officiel et dans divers journaux, publication de la décision au sein de l'entreprise).

Si la transaction est acceptée et les mesures proposées appliquées, elle met fin aux poursuites pénales. Si elle n'est pas exécutée ou si l'auteur des faits la refuse, la Halde peut soit informer le Procureur de la République et le laisser libre d'engager l'action publique, soit mettre cette dernière en mouvement par voie de citation directe.

C) Contentieux judiciaire

La victime d'une discrimination peut demander réparation de son préjudice auprès des juridictions pénales : cette action civile à but indemnitaire met dès lors en mouvement l'action publique à but répressif, qui est exercée par le Ministère public (Procureur de la République).

Elle peut également saisir les juridictions civiles pour obtenir l'indemnisation du préjudice subi.

1) Les sanctions pénales

L'article 225-2 du Code pénal punit de 3 ans d'emprisonnement et de 45000€ d'amende le fait de subordonner une offre d'emploi à une condition discriminatoire ou de refuser de

recruter un candidat pour un tel motif. D'autres mesures peuvent également être prononcées (notamment la publication ou l'affichage de la décision).

Si plusieurs délits de discriminations sont commis, les peines prononcées pour chacun ne peuvent se cumuler. L'article 132-3 du Code pénal prévoit en effet que ne devront être appliquées que les peines de nature différente dont le quantum est le plus élevé.

Exemple : Un employeur est reconnu coupable de trois discriminations à l'embauche. Il est condamné à 1 an d'emprisonnement et 40000€ d'amende pour la première, 6 mois d'emprisonnement et 10000€ d'amende pour la deuxième, et 2 ans d'emprisonnement et la publication de la décision dans la presse pour la troisième.

Il devra donc effectuer 2 ans de prison, acquitter une amende de 40000€, et la décision sera publiée dans la presse.

☞ Il importe toutefois de préciser que de telles condamnations restent pour l'instant relativement rares (surtout les peines d'emprisonnement, qui ne sont prononcées que dans des cas exceptionnels), en raison à la fois de la difficulté à prouver l'intention délictueuse du recruteur, et de la lenteur de la procédure pénale.

2) Les sanctions civiles

Ainsi que l'a précisé un arrêt du 20 décembre 2006 (pourvoi n°06-40662) de la Chambre sociale de la Cour de cassation, la discrimination à l'embauche relève de la compétence du Conseil de prud'hommes si ce dernier a été saisi.

En vertu de l'article L. 122-45, toute acte discriminatoire est nul de plein droit, c'est-à-dire que les parties vont être replacées dans l'état antérieur à cet acte. Contrairement au salarié licencié pour un motif discriminatoire, le candidat à un emploi, une formation ou un stage qui s'est vu opposé un refus basé sur l'un des critères énumérés à l'article L. 122-45 ne peut demander sa réintégration dans l'entreprise, puisqu'il n'a jamais fait partie des effectifs.

Il pourra seulement obtenir des dommages et intérêts proportionnels au préjudice subi.