



Discrimination à l'embauche

publié le **08/09/2009**, vu **9289 fois**, Auteur : [Maître Emilie de LA PORTE des VAUX](#)

Une enquête réalisée par l'Observatoire des discriminations rendue publique en novembre 2006, montre l'aggravation des discriminations à l'embauche en France. L'âge est la première forme de discrimination, mais les motifs de discrimination sont différents selon le poste proposé. Ainsi, la discrimination en raison de l'origine est particulièrement forte pour les postes de cadre. Quels sont les moyens dont disposent la victime de telle discrimination pour se défendre ?

La discrimination est un délit

La discrimination évoque une différence de traitement fondée sur un critère arbitraire ou encore une atteinte illégitime au principe d'égalité.

C'est un délit qui est défini par le code pénal comme étant « *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, 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* » (article 225-1 du code pénal).

Il est avéré que l'on rencontre de nombreux cas de discriminations dans le domaine de l'entreprise.

Cette discrimination s'opère dès l'embauche et jusqu'à la rupture du contrat de travail.

En effet, 50% des réclamations que reçoit la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'égalité (HALDE) concerne le domaine de l'emploi.

Parmi celles-ci un tiers porte sur l'embauche.

L'article 225-2 du code pénal sanctionne les discriminations qui peuvent s'opérer à ces différentes étapes de l'exécution du contrat de travail.

Ainsi, est punie de **trois d'emprisonnement et de 45000 € d'amende** la discrimination définie ci-dessus qui consiste à « *refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne* » ou encore à « *subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 du code pénal* »

La cour de cassation a encore récemment sanctionné le fait de subordonner une offre d'emploi à une condition fondée, notamment, sur la nationalité.

Le prévenu avait publié une offre d'emploi d'agents de sécurité exigeant des candidats la production d'une carte d'électeur, ce qui supposait la nationalité française, et rejeté la candidature d'un ressortissant béninois qui n'était pas en mesure de satisfaire à cette condition (Cass. crim., 20 janv. 2009, n° 08-83.710 : JurisData n° 2009-046828 ; D. 2009, p. 997, note S. Detraz).

Il convient de préciser que le délit de discrimination est une infraction intentionnelle.

Cela signifie qu'il appartient au plaignant ou au ministère public de rechercher ou de démontrer que le refus d'embauche a été inspiré par une intention discriminatoire.

Tel n'est pas le cas, dans une affaire où le directeur d'un centre de recherches avait réservé aux hommes des postes de technicien de laboratoire, dès lors qu'il résultait de l'analyse des emplois litigieux que ceux-ci nécessitaient le port de charges assez lourdes. (Cass crim 25 mai 1983 jurisdata n°1983-701700)

Par ailleurs, certains cas de discriminations sont autorisés par l'article 7 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 qui a remplacé le 3° de l'article 225-3 du Code pénal par trois paragraphes aux termes desquels les dispositions de l'article 225-2 réprimant les discriminations ne sont pas applicables :

"3° aux discriminations fondées en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ;"

Ainsi, dans un arrêt du 23 juin 2009 la cour de cassation a considéré que la mention « BBR » sur une offre d'emploi caractérise le délit d'offre d'emploi discriminatoire. (CASS Crim 23 juin 2009 n°07-85109)

Confirmant la condamnation prononcée par la cour d'appel, la Haute juridiction considère en effet que la recherche d'animatrices a été faite sur la base de critères d'origine en excluant les personnes non européennes ou de couleur, **alors que les produits à promouvoir ne justifiaient pas l'exclusion de ces personnes.**

Le code du travail pose le principe de non discrimination

Le principe de non discrimination est applicable à tous les employeurs et salariés de droit privé.

L'article L1132-1 du code du travail qui rend la discrimination à l'embauche illégale :

« 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, au sens de l'article L. 140-2, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat 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. 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 »

Le régime de la preuve est simplifié, car **on ne peut pas exiger du candidat à l'embauche qu'il prouve la discrimination.** Le candidat ou le salarié doit avancer les faits qui font présumer la discrimination. Puis **c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination.**

Si l'employeur est dans l'incapacité de prouver que son refus d'embaucher un candidat est motivé par un élément objectif, il sera condamné à verser des dommages-intérêts au candidat malheureux.