

Guide

Pour un recrutement sans discrimination

Face au droit, nous sommes tous égaux

Défenseurdesdroits

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Guide

Pour un recrutement sans discrimination



Pourquoi ce guide ?

Le recrutement, une liberté de choix juridiquement encadrée

En tant qu'employeur ou employeuse, le choix d'une personne à recruter dans votre entreprise relève de votre pouvoir d'appréciation. Mais cette liberté est encadrée par deux principes fondamentaux que sont l'interdiction des discriminations et le respect de la vie privée.

Ces deux principes interdisent de sélectionner des personnes en tenant compte de certaines caractéristiques personnelles visées par la loi, telles que leur origine, leur âge, leur état de santé, leur situation familiale..., et exigent que les informations qui leur sont demandées soient en lien avec la nature de l'emploi à pourvoir et les tâches à accomplir.

Vous pouvez discriminer sans le savoir

Si les discriminations peuvent parfois être la manifestation d'une volonté assumée et consciente de désavantager une ou plusieurs personnes, les traitements discriminatoires peuvent aussi ne pas être intentionnels. Ils sont ainsi souvent le résultat des stéréotypes et préjugés mobilisés inconsciemment par les personnes qui participent au recrutement. Ces présupposés, socialement construits, viennent limiter les choix et opportunités des individus dans la recherche d'un emploi (et ce, même dès les premières orientations scolaires) et les empêchent d'accéder à certains postes (« *plafond de verre* », métiers genrés ou ethnicisés, etc.). Des procédures de recrutement opaques, subjectives, non formalisées, des choix fondés sur des impressions (sélection « *au*

feeling »), peuvent s'apparenter à des pratiques discriminatoires. Parallèlement, le développement d'outils numériques, voire d'algorithmes, qui conduisent à sélectionner des candidatures sur des critères difficilement identifiables, peut accroître involontairement le phénomène des discriminations à l'embauche.

Votre responsabilité peut être engagée

Le droit de la non-discrimination s'est adapté au caractère souvent inconscient des discriminations et s'intéresse aux effets réels des pratiques, à leur impact sur les personnes discriminées et au préjudice qu'elles subissent, plus qu'aux motivations de l'auteur des différences de traitement.

Il est donc possible de discriminer sans en avoir l'intention ni même conscience et d'être condamné à ce titre. Vous pouvez notamment être tenu d'indemniser la victime de discrimination, voire de payer une amende si une juridiction pénale est saisie (jusqu'à 45 000 euros ou 225 000 euros d'amende selon que l'auteur est une personne physique ou morale).

Ainsi, une boulangère a été condamnée à 5 000 euros d'amende et 1 000 euros de dommages et intérêts pour avoir refusé d'embaucher un candidat en raison de sa couleur de peau ; un établissement bancaire a été condamné à verser 15 000 euros à un candidat écarté d'un recrutement en CDI du fait de son âge.

La lutte contre les discriminations est un levier d'amélioration de vos recrutements

Toute personne qui participe au processus de recrutement peut être amenée à devoir s'expliquer et à justifier ses choix ou ses actes, devant une juridiction ou devant le Défenseur des droits. Pourtant, le droit de la non-discrimination ne doit pas être vu seulement comme une contrainte ou un frein dans vos pratiques professionnelles, mais comme un levier d'amélioration et de sécurisation de vos recrutements, pour vous aider à vous **poser les bonnes questions** à chaque étape – de la définition du besoin jusqu'à la sélection des candidates et candidats.

Il convient donc d'identifier en amont les situations potentiellement discriminatoires et les processus qui y conduisent afin de les éviter autant que possible, en mettant en place des procédures RH objectives. La loi prévoit d'ailleurs en ce sens une obligation de formation à la non-discrimination des personnes chargées des opérations de recrutement dans les entreprises d'au moins 300 salariés ou dans toute entreprise spécialisée dans le recrutement.

Ce guide a pour objet d'aider toute personne qui contribue à un processus de recrutement à sécuriser ses démarches, en identifiant ce qui est interdit ou autorisé, au cours des différentes étapes de recherche et de sélection de candidatures.

Il s'articule autour d'informations juridiques et pratiques, en s'appuyant sur des études de cas issues de situations portées à la connaissance du Défenseur des droits.

Ce guide est volontairement court et concret. De nombreux renvois sont faits vers d'autres outils ou décisions du Défenseur des droits ou jurisprudences pour vous permettre d'avoir accès à des informations plus précises et complètes sur chaque thématique. Des ressources complémentaires vous sont également proposées en annexe.

Les 6 étapes pour un recrutement sans discrimination

Ce guide est conçu en 6 points thématiques, définis selon les différentes étapes d'un processus de recrutement, de la définition du besoin de l'entreprise jusqu'à l'embauche effective. Chaque partie est composée d'un court rappel des enjeux liés à ce moment du recrutement et de deux études de cas qui viennent illustrer de manière très concrète, à partir d'une situation inspirée de cas réels, ce que dit le droit et comment faire.

Pour mieux vous repérer dans le guide, un titre et des mots-clés sont attachés à chaque étude de cas permettant d'identifier rapidement les thématiques et notions qui y sont traitées.

1. Définir objectivement votre besoin (p.08)

Études de cas	Mots-clés
« *Quelqu'un de bien* »	Stéréotypes / Compétences
« *Job étudiant* »	Discrimination indirecte / Âge

2. Formaliser le recrutement (p.15)

Études de cas	Mots-clés
« *Mauvaise adresse* »	Lieu de résidence / Outils numériques
« *Talons aiguilles exigés* »	Apparence physique

3. Rechercher des candidatures (p.21)

Études de cas	Mots-clés
« *Où sont les femmes ?* »	Action positive / à compétences égales
« *Poste réservé aux personnes handicapées* »	Obligation d'emploi / mention discriminatoire

4. Sélectionner les candidatures sans discriminer (p.26)

Études de cas	Mots-clés
« *Profil surdimensionné* »	Âge / Senior / Junior
« *Un métier d'homme* »	Stéréotypes de genre

5. Mener des entretiens non discriminatoires (p.33)

Études de cas	Mots-clés
« *Et vous avez des enfants ?* »	Vie privée et familiale / Grossesse
« *C'est pas moi, c'est la clientèle* »	Convictions religieuses / Obligation de neutralité

6. Embaucher sans discriminer (p.39)

Études de cas	Mots-clés
« *Un salaire égal ?* »	Emploi à prédominance féminine / Travail de valeur égale
« *Intérim ou CDI ?* »	Origine / Preuve statistique

1. Définir objectivement votre besoin

Les informations demandées aux candidates et candidats pour mesurer l'adéquation de leur profil avec le besoin de l'entreprise doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles (articles L. 1221-6 et suivants du Code du travail).

Il convient donc de réaliser une identification des besoins ou des tâches à réaliser et des compétences nécessaires pour les accomplir. C'est un exercice incontournable qui améliore la qualité des recrutements et participe à la prévention des discriminations. Cela implique de **définir des critères de sélection objectifs et non discriminatoires**.

L'objectivité suppose que les décisions prises à l'égard des différentes candidatures soient fondées sur des critères neutres et pertinents au vu de leur finalité et non par des considérations d'ordre personnel.

Certains critères sont définis par la loi comme étant illégitimes (articles L. 1132-1 du Code du travail et 225-1 du Code pénal ; article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008). Ainsi, la loi prévoit plus de vingt motifs de discrimination sur le fondement desquels toute différence de traitement est interdite dans les recrutements :

→ Âge, apparence physique, sexe, orientation sexuelle, identité de genre, origine, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une prétendue race, nom de famille, convictions religieuses, grossesse, situation de famille, état de santé, handicap, perte d'autonomie, caractéristiques génétiques, opinions politiques, activités syndicales ou mutualistes, mœurs, lieu de résidence, vulnérabilité économique, capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, domiciliation bancaire.

Outre ces discriminations « *directes* », la loi interdit également les **discriminations dites « *indirectes* »** (définies à l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008). Elles sont plus difficiles à identifier car tout en reposant sur des critères apparemment neutres (c'est-à-dire ne figurant pas dans la liste des critères interdits), elles ont un effet discriminatoire sur un groupe de personnes protégées par le droit de la non-discrimination (femmes, personnes handicapées, âgées, etc.).

Pour les éviter, il est important de s'interroger sur la **pertinence** et l'**adéquation** des critères de sélection utilisés par rapport au besoin, en vérifiant qu'ils ne désavantagent pas particulièrement certaines catégories de personnes en lien avec un motif prohibé.

Ainsi, par le passé, on pouvait voir apparaître des critères tels que « *carte d'électeur* » (qui écarte automatiquement les personnes n'ayant pas la nationalité française) ou « *avoir fait l'armée* » (qui se traduit par une discrimination liée au sexe). Aujourd'hui, d'autres critères perçus comme habituels, ou plus automatiques, doivent encore être questionnés : ainsi, exiger d'être « *issu d'une grande école* » (où l'on trouve moins de femmes, de personnes perçues comme arabes ou noires, de personnes en situation de handicap…) est susceptible de constituer une discrimination indirecte, alors que des connaissances comparables peuvent, selon les situations, être acquises par un diplôme universitaire ou l'expérience professionnelle. Il convient de préférence de définir le poste par rapport à un niveau de diplôme et une filière plutôt qu'une école ou une université prédéterminée.

Étude de cas « Quelqu'un de bien »
Mots-clés stéréotypes / compétences

Que dit le droit ?

Ce que vous mettez comme critères derrière « *quelqu'un de bien* » fait appel à votre propre cadre de référence, à votre subjectivité, et c'est la porte ouverte à des discriminations, même non intentionnelles.

En matière de recrutement, des critères vagues, imprécis, risquent de laisser place à une grande subjectivité et notamment à la mobilisation de **stéréotypes et de préjugés à l'encontre de certaines personnes en raison de leurs caractéristiques individuelles, liées à leur âge, leur sexe, leur origine, leur handicap, etc.**.

À l'inverse, vous pouvez aussi avoir une idée prédéfinie très précise du ou de la « candidate idéale », ce qui peut conduire à écarter des profils différents (par exemple, masculins) qui seraient au moins aussi compétents, sinon plus.

Si vous cherchez exactement la même personne que celle qui travaillait pour vous auparavant, vous risquez inconsciemment de mobiliser des stéréotypes de genre ou d'origine et d'écarter des candidatures de personnes compétentes en vous fondant sur des motifs illégitimes - et donc de discriminer.

Ainsi, **refuser d'embaucher une personne en raison d'un motif de discrimination est interdit** (article L. 1132-1 du Code travail et 225-1 du Code pénal) et **peut donner lieu à des sanctions** (article 225-2 du Code pénal, en vertu duquel la discrimination à l'embauche constitue un délit puni de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende).

Voir par exemple :

Règlement amiable du Défenseur des droits n° 14-7600 du 28 avril 2015

Votre assistante avec qui vous travaillez depuis 20 ans part bientôt à la retraite. Vous recherchez une personne de confiance pour la remplacer. Vous avez demandé autour de vous, mais vous n'arrivez pas à trouver « *quelqu'un de bien* ».



Comment faire ?

Vous devez bien définir votre besoin sans être trop flou ou trop précis. Il convient de **passer d'une définition du profil idéal à une définition des compétences nécessaires** pour remplir les missions afférentes au poste. Les informations à identifier de manière objective sont :

- **l'intitulé du poste**, qui doit refléter le contenu réel des activités et des responsabilités ;
- **la description des missions** à accomplir et des tâches à effectuer, principales et accessoires, notamment en s'appuyant sur des fiches métiers existantes ou en demandant aux personnes qui occupent un poste similaire de décrire leur activité ;
- **les compétences recherchées** (savoirs, savoir-faire, savoir-être), les qualifications et/ou expériences professionnelles véritablement requises ;
- **les conditions d'emploi :** contraintes inhérentes au poste, par exemple fréquence des déplacements/ horaires atypiques/interlocuteurs multiples/accessibilité par les transports en commun ...

Un poste d'assistanat nécessite un savoir-faire technique, mais aussi des compétences comportementales ou savoir-être, tels que le sens relationnel, le sens de l'organisation, la rigueur, la discrétion, la capacité à rendre compte, etc..

Si vos ressources ne vous permettent pas de réaliser ce travail au sein de votre structure, vous pouvez faire appel à des organismes spécialistes du recrutement, des intermédiaires de l'emploi (agences d'emploi ou d'intérim, cabinets de recrutement, associations...), dont certains proposent des services gratuits du fait de leur mission de service public (Pôle emploi, APEC, missions locales, Cap emploi, Agefiph).

Étude de cas « Job étudiant »

Mots-clés discrimination indirecte / âge

Que dit le droit ?

En signalant que le fait d'être étudiante ou étudiant est un avantage pour être embauché sur ce poste, vous indiquez une préférence et vous faites donc une différence de traitement entre des personnes selon qu'elles ont ou non la qualité d'étudiant.

Cette qualité n'est pas en elle-même une catégorie protégée par le droit de la non-discrimination : elle ne fait pas partie des motifs de discrimination prohibés.
En revanche, **au sein de cette catégorie, on retrouvera très majoritairement des personnes de moins de 30 ans**. Dans les faits, l'application de ce critère de distinction entraîne l'embauche quasi-exclusive de personnes âgées de moins de 30 ans. Les personnes d'un âge supérieur se trouvent très largement écartées du recrutement, notamment parce qu'elles ne vont même pas postuler (phénomène d'autocensure).

Ainsi, **l'utilisation d'un critère apparemment neutre produit un résultat discriminatoire en raison de l'âge** des candidats. C'est une discrimination indirecte, interdite par l'article L. 1132-1 du Code du travail. Les pratiques suspectées d'être des discriminations indirectes peuvent être **justifiées si l'objectif poursuivi par l'employeur est légitime et les moyens pour atteindre cet objectif sont proportionnés**, c'est-à-dire qu'aucune autre solution ne permettait d'atteindre l'objectif recherché (article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008).

Il pourrait être légitime de rechercher des personnes dont le statut étudiant est compatible avec un travail ponctuel, avec des horaires décalés, sur une très courte durée. Mais dans la situation économique actuelle, il n'y a pas que des étudiants qui peuvent être intéressés et disponibles pour réaliser des inventaires. Il est donc disproportionné et discriminatoire d'écarter des personnes en raison de leur âge ou de leur statut d'étudiant.

Vous recherchez, pour des missions de courte durée, des personnes pouvant réaliser des inventaires pour l'industrie pharmaceutique et pour la grande distribution. Sur le site internet de votre entreprise, vous publiez une offre d'emploi dans laquelle vous précisez que vous recrutez « *de préférence des étudiants* ».

À l'inverse et par dérogation, l'accès à un contrat de professionnalisation ou à un contrat d'apprentissage peut justifier la prise en compte de l'âge des candidats. Ce sont des conditions légitimes prévues par des dispositifs de politique de l'emploi (autorisées par application de l'article L. 1133-2 du Code du travail).

Voir par exemple :

Décision du Défenseur des droits MLD 2016-081 du 15 mars 2016

Comment faire ?

Pour éviter de discriminer, il convient de questionner les critères et procédures utilisés pour l'identification et le choix des candidatures.

Au-delà des critères interdits, les critères utilisés pour rechercher, trier, sélectionner les candidatures doivent être objectifs et justifiés par les tâches et missions qui seront confiées à la personne embauchée.

Le statut étudiant n'est pas en soi une compétence, mais renvoie à **un critère de disponibilité ou à la durée de travail, à la rémunération, éléments qui doivent être précisés comme tels**.

Plutôt que d'enfermer ce type de poste peu qualifié dans un profil prédéterminé, donnez un descriptif précis des missions et des conditions d'exercice de l'emploi (horaires, travail de nuit éventuel, etc.) de manière à permettre à toute personne motivée de candidater sans autocensure.



2. Formaliser le recrutement

L'exercice d'identification des besoins doit se traduire par l'élaboration de plusieurs documents et outils qui favoriseront l'objectivité du processus : fiche de poste, offre d'emploi, formulaire de candidature, grille d'entretiens, comptes rendus d'entretiens ...

Ce sont ainsi les mêmes critères objectifs qui seront appliqués à l'ensemble des candidates et des candidats tout au long de la procédure de recrutement.

Ce formalisme qui suppose la mise en place de procédures objectives, transparentes et traçables vous permet d'être en capacité d'apporter des justifications en cas d'allégations de discrimination.

La formalisation est donc essentielle pour sécuriser vos pratiques de ressources humaines et favoriser l'égalité de traitement.

La transparence implique que les processus et critères qui motivent les prises de décisions soient facilement identifiables et connus des personnes qui postulent.

La traçabilité incite à formaliser et à conserver les informations permettant de comprendre et le cas échéant, de justifier les choix qui ont été effectués. Il est en ce sens conseillé de conserver les données personnelles collectées à l'occasion d'un processus de recrutement pendant une durée maximale de cinq années, correspondant à la durée de prescription de la discrimination.



Voir :

Décision du Défenseur des droits MLD 2015-104 du 20 mai 2015

Étude de cas « Mauvaise adresse »

Mots-clés lieu de résidence / outils numériques

Que dit le droit ?

Depuis 2014, le **lieu de résidence** est un motif prohibé de discrimination. L'introduction de ce critère dans le droit français de la non-discrimination vise à combattre un phénomène jusque-là ignoré par la loi : la discrimination territoriale. Se rapportant à l'adresse, **le critère du lieu de résidence a notamment pour objet de protéger les personnes habitant dans les quartiers sensibles et exposées à des discriminations multiples**, voire intersectionnelles (cumulant ou croisant plusieurs critères de discrimination notamment le sexe, l'origine, les convictions religieuses et l'âge).

Sélectionner les candidatures en fonction de leur lieu de résidence est donc discriminatoire (article 225-1 du Code pénal et article L. 1132-1 du Code du travail).

Comme pour tout motif prohibé de discrimination, le lieu de résidence peut être pris en compte dans le recrutement à titre exceptionnel, s'il constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante (article L. 1133-1 du Code du travail).

Si la ponctualité peut être un aspect essentiel du poste à pourvoir, **l'argument d'une mauvaise expérience passée ne peut en aucun cas justifier d'écarter du recrutement toutes les personnes qui résident dans un quartier ou une zone géographique similaire**.

Par ailleurs, certaines mesures d'action positive visant à favoriser l'égalité de traitement peuvent conduire à faire de l'adresse un motif légitime de différence de traitement pour l'octroi d'aides à l'emploi (ex : emplois francs). Dans ce cas, le lieu de résidence peut être un critère permettant d'enrichir le vivier des candidatures, mais non pas un critère permettant d'exclure d'emblée des candidatures non éligibles.

Voir par exemple :

Décisions du Défenseur des droits MLD 2015-063 et MLD 2015-114 du 20 mai 2015

Vous recherchez un commercial (F/H) pour votre entreprise parisienne. Suite à la publication de votre annonce sur un « *job board* » (site internet de recrutement), vous recevez de nombreuses candidatures. Pour faciliter la sélection, vous triez les CV en fonction du lieu d'habitation des candidats et vous écartez ceux des personnes résidant en Seine-Saint-Denis. En effet, depuis une mauvaise expérience avec un salarié fréquemment en retard, vous estimez qu'il vaut mieux écarter les candidatures de ce département.

Comment faire ?

Par principe, des éléments comme l'adresse, la distance ou le temps de trajet entre le lieu d'habitation et le lieu de travail ne doivent pas être pris en considération dans le recrutement.

Néanmoins par exception, **en fonction de la nature du poste à pourvoir et des missions à accomplir, la proximité du lieu d'habitation peut être un critère essentiel et déterminant**. Par exemple, un poste nécessitant des astreintes peut conduire à écarter certaines candidatures dont le domicile est trop éloigné pour pouvoir se rendre dans de brefs délais sur le lieu de travail. Dans cette hypothèse, les conditions d'exercice de l'emploi doivent être mentionnées dans l'offre d'emploi pour expliciter la prise en considération de l'adresse dans la sélection.

Cependant, avant d'écarter la candidature d'une personne en raison de l'éloignement de son domicile, assurez-vous qu'elle n'a pas la possibilité de modifier son organisation personnelle pour s'adapter à cette contrainte (déménagement…).

Encore aujourd'hui, certains outils numériques (applications, sites d'e-recrutement, réseaux sociaux) permettent de sélectionner les candidats en fonction de leur adresse, ce qui est interdit. Vous devez être particulièrement vigilant face à de telles pratiques car **l'utilisation d'un outil de recrutement discriminatoire peut engager votre responsabilité**.

Pour aller plus loin :

Guide du Défenseur des droits « Recruter avec des outils numériques sans discriminer », 2015

Étude de cas « Talons aiguilles exigés »

Mots-clés apparence physique

Que dit le droit ?

L'apparence physique d'une personne et les choix qu'elle a pu opérer quant à cette apparence relèvent de l'expression de la personnalité et donc de la vie privée.

La notion d'apparence physique couvre des caractéristiques très larges, qui peuvent concerner aussi bien la morphologie, la beauté, que les habits, le style de la personne : traits du visage, silhouette, corpulence, couleur de peau, des yeux, coiffure, tenues vestimentaires, tatouages, piercings mais aussi des marques visibles (brûlures, cicatrices) ...

La loi interdit de discriminer en raison de l'apparence physique notamment au moment du recrutement (articles 225-1 du Code pénal et L. 1132-1 du Code du travail).

Par exception, dans certaines situations délimitées, la loi autorise des conditions liées à l'apparence physique pour exercer un emploi, si elles sont nécessaires au vu des missions à accomplir (articles 225-3 du Code pénal, L. 1121-1 et L. 1133-1 du Code du travail).

Ainsi, l'exercice de certains métiers requiert des attributs corporels bien définis, ce sont des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes », par exemple pour les métiers du spectacle ou les métiers d'image (mannequins).

Par exception, **le règlement intérieur peut aussi prévoir des restrictions et des obligations vestimentaires** notamment pour des motifs d'hygiène et de sécurité : port obligatoire de gants, casque ; interdiction de port de bijoux incompatible avec l'équipement obligatoire.

L'image de marque peut également être invoquée pour justifier des mesures restrictives de l'apparence telles que l'interdiction d'une tenue trop décontractée (tongs, short) ou l'obligation de porter un uniforme. **Si l'employeur a le droit d'imposer un code vestimentaire, ces restrictions à la liberté de se vêtir doivent être dûment justifiées au regard des missions des salariés et du secteur d'activité**.

Vous gérez une brasserie parisienne et vous recherchez un serveur ou une serveuse. Vous diffusez une offre d'emploi indiquant notamment « *bonne présentation requise* ». Une candidate se présente à l'entretien avec des chaussures plates. Vous lui indiquez que dans le cadre de son travail, elle devra porter des talons aiguilles, conformément à ce que prévoit le règlement intérieur de votre entreprise.

Voir par exemple :
Décision du Défenseur des droits MLD 2014-147 du 3 novembre 2014.

Pour aller plus loin :
Décision-cadre du Défenseur des droits MLD 2016-58 du 12 février 2016 sur la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

Comment faire ?

Les standards de beauté et les codes vestimentaires évoluent selon les époques et ne sont pas perçus de la même manière selon les lieux et milieux sociaux.

Le cadre professionnel est lui aussi régi par ses propres normes qui sont très variables d'un secteur d'activité à l'autre et peuvent contenir une dimension genrée. Cela signifie que les attentes à l'égard d'une femme diffèrent de celles qui pèsent sur un homme.

Or, refuser d'embaucher un homme parce qu'il porte les cheveux longs ou exiger d'une femme qu'elle soit maquillée peut être discriminatoire.

Il convient donc de veiller à ce que les conditions d'exercice de l'emploi définies dans le règlement intérieur, dans la fiche de poste et/ou l'offre d'emploi soient objectives et nécessaires par rapport aux missions à accomplir dans le secteur d'activité. De fait, exiger par exemple une photo sur un CV ne peut être qu'exceptionnel.

Pour une serveuse en contact visuel avec la clientèle, des restrictions sur la tenue vestimentaire peuvent être légitimes, pour des questions de décence ou de bonne présentation. Néanmoins, dans une brasserie, la nécessité de servir la clientèle avec une tenue soignée, ne peut se traduire par la condition de porter des talons aiguilles pour les femmes. Cela serait disproportionné au vu des conditions d'exercice du poste. Des considérations liées à la beauté et la corpulence des personnes candidates ne doivent pas non plus être prises en compte.



3. Rechercher des candidatures

La diffusion des offres d'emploi disponibles et les modalités de recherche de candidatures sont des étapes où les risques de discrimination sont importants. Le « *sourcing* » uniquement auprès de certains viviers identifiés (grandes écoles, associations « *d'anciens* », réseau personnel et familial…) favorise la cooptation et la reproduction sociale et réduit ainsi la probabilité de recevoir des candidatures plus inhabituelles, « *diversifiées* » en termes de profils et de caractéristiques personnelles.

Une large diffusion du poste à pourvoir permet d'élargir le vivier de candidates et candidats susceptibles de se présenter et d'accroître les chances de trouver des profils adéquats (par exemple *via* les services de Pôle emploi, *via* des sites ou cabinets de recrutement, associations spécialisées dans l'accompagnement de certains publics…).

Depuis plusieurs années, des entreprises s'engagent à promouvoir la « *diversité* ». Or, la lutte contre les discriminations ne doit pas se confondre avec la promotion de la diversité.

Si, derrière ce terme, certains acteurs de l'emploi mettent bien en œuvre les principes d'égalité et de non-discrimination reconnus en droit et promus par le Défenseur des droits, le concept de diversité n'est pas juridiquement défini et mobilisable dans le cadre d'un recours. De fait, la notion de diversité peut recouvrir des actions et des approches disparates de recherche d'égalité entre les femmes et les hommes, de diversité d'origines, d'emploi des personnes handicapées… démarches qui n'englobent pas nécessairement tous les critères de discrimination et peuvent conduire à renforcer les stéréotypes (« *leadership au féminin* » par exemple) plutôt qu'à les neutraliser.

Si vous souhaitez diversifier vos recrutements, cela ne doit pas se traduire par des offres d'emploi réservées à certains publics ou par l'éviction systématique des candidatures qui ne répondraient pas à cet objectif de diversité ou de mixité des effectifs. **Il est préférable de travailler sur le repérage des biais de sélection dans le processus de recrutement ou de diversifier les viviers de recherche de candidatures.**

Étude de cas « Où sont les femmes ? »

Mots-clés action positive / à compétences égales

Que dit le droit ?

Même si vous pensez bien faire en instaurant des priorités d'embauche ou de promotion envers les femmes, de telles mesures doivent respecter le cadre juridique de la non-discrimination.

Face aux discriminations, au plafond de verre, à la non-mixité de nombreux métiers, des **actions positives** en faveur des femmes peuvent être mises en place pour compenser et rattraper les inégalités professionnelles qui les touchent. Par mesure d'action positive, il faut entendre **toute mesure spécifique destinée à conférer un traitement préférentiel à certains groupes défavorisés, afin de prévenir ou de compenser des désavantages qui pèsent sur eux**, notamment dans le domaine de l'emploi.

Ce traitement plus favorable doit néanmoins respecter certaines conditions pour être autorisé et ne pas être discriminatoire (CJCE*, 28 mars 2000, Badeck, C-158/97).

Seules des mesures temporaires, justifiées par la situation de l'entreprise et visant à rétablir l'égalité des chances, sont autorisées. Ces mesures peuvent se traduire par des objectifs chiffrés de recrutement ou de promotion de femmes sur certains types d'emploi dans le cadre d'un accord négocié ou d'un plan d'action (articles L. 1142-4 et L. 1142-5 du Code du travail).

Mais les postes où les femmes sont sous-représentées ne peuvent être réservés exclusivement à des candidatures féminines ou donner lieu systématiquement à une préférence à l'égard des femmes.

Comment faire ?

Les actions positives ne peuvent se faire en-dehors du cadre prévu par la loi.

Si votre entreprise n'a pas mis en place d'action spécifique en ce sens, **vous avez toujours la possibilité d'élargir les sources de recrutement pour enrichir le**

* Cour de justice des Communautés européennes

Vous êtes DRH d'une entreprise où les femmes sont largement sous-représentées aux postes d'encadrement ; un poste se libère, vous décidez de le réserver à une femme afin de lutter contre le plafond de verre dont elles sont victimes.

vivier de candidates sur ces postes (recherche de candidates via des réseaux féminins, des forums d'emploi…) mais **vous ne pouvez pas accorder un traitement préférentiel aux candidatures féminines**.

Si votre entreprise a effectivement adopté des mesures visant à accroître le nombre de femmes occupant des postes de direction, dans ce cas, vous pouvez, le cas échéant via un intermédiaire de l'emploi (Pôle emploi, APEC, cabinet de recrutement, etc.) :

- Mentionner dans l'offre d'emploi que « *Dans le cadre du plan d'action pour l'égalité professionnelle, la politique d'embauche de la société X vise à améliorer la représentation des femmes aux postes d'encadrement* » ;
- Constituer une liste restreinte avant l'entretien où les femmes sont représentées au moins à 50%.

En toute hypothèse, vous ne pouvez pas écarter d'office les candidatures masculines et, si vous avez recours à un intermédiaire de l'emploi, vous ne pouvez pas lui demander de vous transmettre exclusivement des candidatures féminines.

Au stade de l'entretien d'embauche, vous avez aussi le droit de :

- Réserver au moins la moitié des convocations à l'entretien d'embauche aux femmes qualifiées pour le poste ;
- Recevoir toutes les femmes qualifiées à l'entretien d'embauche

(indépendamment du nombre de candidatures masculines, qui peuvent donc être supérieures en nombre ou inférieures).

Au terme du processus de recrutement, **vous ne pourrez prendre en compte le sexe de la candidate pour la choisir par préférence à un candidat que si leurs profils sont suffisamment comparables pour qu'aucun autre critère ne permette de les départager objectivement.**

L'action positive vous autorise seulement à choisir une femme par rapport à un homme, lorsqu'ils ont des « *compétences égales* », que cette préférence donnée à la candidature féminine n'est pas automatique et que les candidats masculins ne sont pas systématiquement évincés.

Étude de cas « Poste réservé aux personnes handicapées »

Mots-clés obligation d'emploi /mention discriminatoire

Que dit le droit ?

Le droit pose un principe général de non-discrimination en matière d'emploi, tant à l'égard des personnes handicapées que des autres catégories protégées.

Si des mesures dites d'action positive (voir définition page 22) sont autorisées pour compenser des désavantages subis par les personnes handicapées, le traitement préférentiel accordé ne peut se traduire par des modalités d'embauche discriminatoires.

Ainsi, la volonté de respecter votre obligation d'emploi des travailleurs handicapés (article L. 5212-2 du Code du travail) **ne vous autorise pas à subordonner l'accès à un emploi à la condition que la personne candidate soit handicapée** ou, autrement dit, à réserver des postes aux personnes handicapées.

En revanche, **vous avez le droit, à compétences égales, d'accorder la priorité à la candidature d'une personne handicapée**.

Par « *compétences égales* », il faut entendre des compétences équivalentes ou sensiblement équivalentes au regard des impératifs du poste à pourvoir. Il vous revient ainsi d'apprécier, de façon objective, si les compétences de plusieurs candidats peuvent être qualifiées d'équivalentes, compte tenu des « *aménagements raisonnables* » susceptibles d'être mis en place en faveur des personnes handicapées pour leur permettre d'exercer l'emploi postulé.

Pour aller plus loin :

Guide du Défenseur des droits « Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable », 2017

Guide du Défenseur des droits « Accès à l'emploi des personnes handicapées dans le secteur privé », 2012

L'année dernière, vous avez versé une indemnité à l'Agefiph parce que nous n'aviez pas atteint votre obligation d'emploi de 6% de travailleurs handicapés au sein de vos effectifs. Un poste sera prochainement disponible. Vous décidez de le réserver à une personne handicapée. À cette fin, vous publiez une offre d'emploi sur votre site internet avec la mention « *poste réservé à une personne handicapée* ».



Comment faire ?

En vertu du principe de non-discrimination, l'ensemble des postes doivent être ouverts à toutes et tous. **Le fait de flécher des postes pour les personnes handicapées contribue à enfermer ces personnes sur des emplois spécifiques et renforce la ségrégation professionnelle.**

Le contenu de l'offre d'emploi ne doit contenir aucune **mention discriminatoire**. Les mentions « *poste réservé aux personnes en situation de handicap* », « *poste réservé aux bénéficiaires de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (BOETH)* », « *public reconnu travailleur handicapé uniquement* » sont interdites.

Afin de favoriser l'émergence de candidatures de personnes handicapées et de les inciter à postuler, vous pouvez toutefois faire figurer une mention telle que : « *la politique d'embauche de la société X vise à améliorer la représentation des personnes handicapées au sein de ses effectifs* » ; « *à compétences égales, les candidatures des personnes handicapées seront particulièrement valorisées* » ; « *entreprise handi-accueillante* ».

Toutefois, pour ne pas être discriminatoire, **cette mention devra figurer sur l'ensemble des offres d'emploi proposées par votre entreprise, quel que soit le canal de diffusion utilisé**.

Vous pouvez aussi recourir à des intermédiaires de l'emploi, notamment spécialisés sur ce public, pour augmenter les candidatures de personnes handicapées. S'ils ne sont pas autorisés à vous transmettre uniquement des candidatures de personnes handicapées, ils pourront, avec l'accord express des candidats, vous signaler la reconnaissance administrative d'un handicap dans la liste des candidatures transmises. Ils pourront également surreprésenter, voire faire figurer dans cette liste, toutes les candidatures de personnes reconnues handicapées présentant les qualifications requises pour le poste.

4. Sélectionner les candidatures sans discriminer

Outre une application de critères objectifs, une sélection non discriminatoire suppose que les personnes en charge de l'évaluation des candidatures aient **conscience des risques de discrimination liés à leurs propres stéréotypes et préjugés**. Des outils tels que des tests d'associations implicites ont été développés pour permettre à chacun et chacune de mesurer la prégnance de ses propres stéréotypes. Voir par exemple les tests de mesure des stéréotypes de l'Observatoire des discriminations ou le « projet implicite » élaboré par l'université Harvard.

Au-delà de cette prise de conscience et d'une formation des personnes en charge du recrutement à la non-discrimination (prévue à l'article L. 1131-2 du Code du travail), plusieurs méthodes ou outils peuvent être mobilisés, ensemble ou séparément, dans l'objectif de **réduire l'impact des biais dans la procédure de recrutement et de traiter toutes les candidatures de manière équivalente** :

- **Rendre anonymes les candidatures** en supprimant les informations personnelles sans lien avec les compétences, notamment nom, prénom, adresse, âge, situation de famille et photo ;
- **Mettre en place des grilles d'évaluation des compétences, des grilles d'entretien**, de manière à ce que les mêmes questions soient posées à chaque personne reçue ;
- **Recourir à des outils numériques ou digitaux et à de nouvelles technologies** pour objectiver et faciliter la sélection des candidatures. L'utilisateur doit toutefois être vigilant à ce que ces outils ne génèrent pas des biais dans la sélection. Le développement d'algorithmes, qui proposent de sélectionner des profils en fonction de leur réussite prédictive sur un poste, peut renforcer le « *clonage* » des équipes et les discriminations.

Évaluer les compétences par des mises en situation de travail : chaque candidat passe le même test, ce qui favorise une évaluation objective et comparable des compétences techniques. Pour certains emplois, il est possible de recourir à la méthode de recrutement par simulation développée par Pôle emploi ou à des centres d'évaluation qui réalisent des tests collectifs ou individuels d'évaluation des compétences. Les compétences comportementales sont de plus en plus souvent prises en compte dans les recrutements. Or, il est essentiel de bien **distinguer ce qui relève d'une compétence et ce qui relève de la personnalité**. Par exemple, la capacité à répondre à certaines exigences émotionnelles (accueil du public, gestion des émotions, de situations de conflits, de violences…) constitue une compétence professionnelle acquise par la formation et/ou l'expérience, et n'est pas une qualité naturelle ou un trait de la personnalité.

Ces compétences comportementales (discrétion, sens de l'écoute, patience, etc..) doivent donc être précisées et les méthodes choisies pour les évaluer être rigoureuses et scientifiquement validées.

Quelles que soient les options choisies, les candidates et candidats doivent être informés des modalités de recrutement qui leur seront appliquées (article L. 1221-8 du Code du travail) et de leur droit d'accès aux données qui les concernent (par application du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 « RGPD »).

Étude de cas « Profil surdimensionné »

Mots-clés âge / senior / junior

Que dit le droit ?

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son âge (articles L. 1132-1 du Code du travail et 225-1 du Code pénal).

Les différences de traitement liées à l'âge ne peuvent être exceptionnellement justifiées que si elles constituent une exigence professionnelle essentielle et déterminante (article L. 1133-1 du Code du travail) ou si elles permettent d'atteindre un objectif légitime, tel que la mise en œuvre d'une politique publique de l'emploi (article L. 1133-2 du Code du travail).

Les références aux notions de « *confirmé* », « *trop senior* » ou de profil « *surdimensionné* » pour écarter une candidature ne renvoient pas directement à l'âge mais peuvent cependant constituer un indice faisant présumer l'existence de pratiques discriminatoires liées à l'âge.

En cas de litige, vous devrez être en capacité de justifier que le candidat écarté du recrutement ne l'a pas été en raison de son âge et qu'il n'avait pas les compétences pertinentes pour occuper le poste proposé. Vous devrez notamment pouvoir expliquer en quoi son profil « *surdimensionné* » ou « *trop senior* » était inapproprié pour exercer les fonctions auxquelles il prétendait.

Un employeur a ainsi pu être condamné à verser une indemnité de 1 800 euros à une personne qui n'avait pas été embauchée du fait de son âge (CPH Nice, 3 décembre 2008, 06/01644).

Voir aussi :

Décisions du Défenseur des droits MLD 2016-125 du 23 juin 2016 et MLD 2018-009 du 21 février 2018

Vous êtes « *business manager* » au sein d'une entreprise de services du numérique et vous recherchez un ou une « *responsable exploitation de centre de données* ». Parmi les candidatures reçues, vous écartez celle d'un candidat âgé de 50 ans ayant les qualifications et une expérience de 8 ans comme consultant sécurité senior, au motif qu'il est trop qualifié. Vous préférez embaucher une personne moins expérimentée et moins spécialisée.



Comment faire ?

De nombreux préjugés sont attachés à l'âge des personnes, les personnes de plus de 50 ans pouvant être perçues comme « *peu dynamiques, inadaptables, difficiles à manager* » et les moins de 30 ans comme « *individualistes, instables* ».

Évitez ces *a priori* dans la définition de votre besoin en recrutement, puis dans la sélection des candidatures.

De manière générale, **toute exigence doit être strictement justifiée par rapport au poste à pourvoir** et vérifiée par la procédure de recrutement effectivement mise en œuvre. Il convient de fixer objectivement les durées d'expérience requises, d'autant qu'au-delà d'un certain seuil, la durée d'expérience sur un même poste peut ne plus avoir d'incidence sur l'évolution des capacités professionnelles.

Les notions de « *junior/débutant* » et « *senior/confirmé* » pourront ainsi être légitimement utilisées pour définir une durée d'expérience et un niveau de responsabilité sur un même type d'emploi, si elles sont effectivement justifiées par rapport au poste à pourvoir et si elles ne cachent pas des discriminations liées à l'âge des candidats.

Ainsi, une personne de 50 ans peut être junior sur un poste du fait d'une reconversion professionnelle. Elle peut aussi avoir développé des compétences supérieures au besoin de l'emploi, mais être en capacité de s'adapter au poste et d'occuper un emploi avec moins de responsabilités.

Étude de cas « Un métier d'homme »
Mots-clés stéréotypes de genre

Que dit le droit ?

Vous n'avez pas le droit de donner des consignes ou des injonctions discriminatoires à l'intermédiaire que vous sollicitez pour vous aider à trouver des candidatures (article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008).

Or, refuser d'embaucher une femme en raison de son sexe est une discrimination interdite par la loi (articles L. 1132-1 et L. 1142-1 du Code du travail et article 225-1 du Code pénal).

Toutefois, et par exception, certains métiers peuvent être réservés à des femmes ou à des hommes, lorsque la nature du poste ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle le justifient. Les seuls métiers pour lesquels le sexe peut être une exigence professionnelle essentielle et déterminante sont ceux prévus à l'article R. 1142-1 du Code du travail : artistes interprétant un rôle, mannequins, modèles ; ou ceux pour lesquels il existe des exigences liées à la vie privée ou à la décence des bénéficiaires d'une prestation de service (soins à domicile par exemple) par application de l'article 225-3 alinéa 4 du Code pénal.

Aucun autre métier ne peut faire l'objet d'une limitation en raison du sexe. **Le poste de conducteur de travaux doit donc être ouvert aussi bien aux femmes qu'aux hommes**.

Voir : décision du Défenseur des droits MLD 2018-194 du 2 octobre 2018 et règlement amiable 15-1378 du 23 juin 2015.

En outre, considérer qu'une personne ne pourra pas s'intégrer ou « *s'imposer* » en raison de ses caractéristiques personnelles (sexe, origine, orientation sexuelle, etc.) ne peut constituer un motif légitime de refus d'embauche. Un employeur a ainsi été condamné à 8 000 euros d'amende et à 3 000 euros de dommages-intérêts pour avoir refusé d'embaucher un homme noir au motif qu'il ne pourrait pas s'intégrer dans une équipe essentiellement composée de personnes d'origine portugaise (TGI Versailles, 8 mars 2010).

Vous recherchez pour votre entreprise de bâtiment un conducteur de travaux pour une mission intérimaire. L'agence d'emploi vous transmet le CV d'une candidate. Vous l'informez que cette candidature ne vous convient pas car vous préférez embaucher un homme, qui saura mieux s'imposer face à une équipe entièrement masculine.

Comment faire ?

Notre société est imprégnée par les stéréotypes de genre qui, dans l'emploi, se traduisent par une division sexuée du travail, avec des métiers vus comme « *masculins* » et des métiers vus comme « *féminins* ». Concrètement, aujourd'hui, les femmes et les hommes n'occupent pas les mêmes emplois et la moitié des femmes actives sont concentrées dans 12 des 87 familles professionnelles.

Le fait qu'un métier soit habituellement occupé par des hommes (chauffeur, informaticien, etc.) ou par des femmes (aide-soignante, secrétaire, etc.) ne doit pas vous influencer dans vos choix, dans un sens comme dans l'autre.

La sélection des candidatures doit se faire au regard des compétences utiles pour le poste et notamment les qualifications de la candidate, son expérience et son parcours professionnel. **Le fait d'être une femme ne doit pas préjuger de ses capacités à gérer une équipe, même masculine**. Pour vous rassurer, vous pouvez, comme avec chaque candidat, par exemple l'interroger lors de l'entretien sur la manière dont elle gérerait une situation d'insubordination au sein de son équipe, en donnant des exemples précis de situations issues de son expérience professionnelle ou extra-professionnelle.

Dans l'ensemble, **les questions d'intégration, de positionnement dans l'équipe doivent être appréhendées avec un regard managérial**, non pas en excluant une personne ayant un profil inhabituel, mais en mettant en place des garde-fous pour prévenir les discriminations et notamment le harcèlement discriminatoire. Ainsi, les propos et attitudes sexistes ne doivent pas être tolérés sur le lieu de travail et doivent être sanctionnés. De telles démarches sont nécessaires pour accompagner le déploiement d'une plus grande mixité des emplois.

Pour aller plus loin : fiche pratique du Défenseur des droits « Le harcèlement discriminatoire au travail », 2018.



5. Mener des entretiens non discriminatoires

Au cours des entretiens d'embauche, les questions sans rapport avec l'emploi ou avec les conditions à remplir pour le poste sont interdites. **Chaque information sollicitée ou chaque question posée doit avoir pour finalité de vérifier la compatibilité du profil et des compétences de la personne reçue avec le poste proposé et les conditions de travail**.

Vous devez éviter toutes les remarques ou questions qui peuvent avoir un lien avec des critères de discrimination et contraindraient les candidats à donner des informations personnelles, par exemple :

Vivez-vous en couple ? Que fait votre conjoint ?

Avez-vous des enfants ? Souhaitez-vous en avoir ?

Êtes-vous en bonne santé ?

Quel est votre lieu de naissance ? Quelle est l'origine de votre prénom ? Quel est le métier de vos parents ?

Où habitez-vous ?

Pour qui avez-vous voté aux dernières élections ? Quel journal lisez-vous ?

Quel est votre poids ? Quelle est votre taille ? Quel âge avez-vous ?

Ainsi, personne n'est tenu de révéler une grossesse, un handicap, son homosexualité … La candidate ou le candidat serait légitime à refuser de répondre à de telles questions, voire à mentir pour se protéger. Et même si elle ou il en fait spontanément état, ou si ces informations sont connues (*via* le CV ou un profil sur les réseaux sociaux), cela ne doit pas être pris en compte dans l'évaluation de sa candidature.

Étude de cas « Et vous avez des enfants ? »

Mots-clés vie privée et familiale / grossesse

Que dit le droit ?

Les questions relatives à la vie privée sont interdites. En effet, les informations demandées lors d'un entretien d'embauche doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles (articles L. 1221-6 et suivants du Code du travail). Ainsi, la nécessité d'une flexibilité horaire pour le poste de directrice financière doit pouvoir être démontrée au vu de l'exécution des tâches spécifiques qui lui seront confiées (voir l'arrêt de la CJCE*, C-109/88, 17 octobre 1989, Danfoss).

Par ailleurs, poser des questions personnelles n'ayant aucun lien avec les exigences de la fonction peut constituer un élément permettant de présumer l'existence d'une discrimination.

Ici, la prise en considération de la situation de famille est discriminatoire (et souvent en lien avec le sexe, car la question des enfants est rarement posée à des hommes et leurs réponses ne donnent pas lieu à la même interprétation). **En outre, la grossesse est un critère de discrimination à part entière et ne doit pas être un motif de refus d'embauche**, de rupture de période d'essai, de « *mise au placard* », voire de licenciement à l'issue du congé maternité.

Un employeur a ainsi été condamné à verser 10 000 euros de dommages-intérêts à une candidate écartée du recrutement en raison d'un projet de grossesse (CPH Rouen, 8 novembre 2018, 17/00942 et décision MLD 2018-135 du 3 mai 2018).

Voir aussi :

décision-cadre du Défenseur des droits « *rupture de période d'essai et grossesse* » MLD 2015-170 du 2 juillet 2015.

* Cour de justice des Communautés européennes

Vous recevez une jeune femme pour un poste de directrice financière. Lors de l'entretien, vous cherchez à savoir si elle sera suffisamment disponible au vu des amplitudes horaires et vous lui demandez si elle a des enfants ou si elle compte en avoir prochainement.

Comment faire ?

Rédiger une trame commune de questions abordées lors des entretiens vous permettra d'assurer un cadre similaire pour chaque candidature, en évitant les questions qui n'ont pas leur place dans un entretien et en prévenant le risque de poser des questions différentes d'une personne à l'autre.

Demandez-vous ce que vous cherchez à évaluer avec ces questions d'ordre personnel en les rapportant à une exigence objective liée au poste : ce peut être la disponibilité, la possibilité de répondre à un travail en urgence, la rapidité d'exécution, la ponctualité, le sens relationnel, la connaissance de techniques récentes ou innovantes, etc.

Les sujets concernant l'organisation du travail (horaires, rythme - temps complet/temps partiel, travail le week-end, déplacements fréquents, etc.), les éléments de rémunération, les évolutions professionnelles possibles ainsi que les types ou durées de contrat peuvent être abordés en toute légitimité lors de l'entretien.

Au stade de l'embauche définitive, certaines informations personnelles pourront être demandées (situation de famille, âge…) pour l'octroi de droits sociaux.

Étude de cas « C'est pas moi, c'est la clientèle »

Mots-clés convictions religieuses / obligation de neutralité

Que dit le droit ?

La liberté d'expression religieuse est une liberté fondamentale juridiquement protégée.

Le fait de sélectionner ou de traiter défavorablement des candidats ou des candidates en raison de leurs convictions religieuses constitue une discrimination interdite par la loi (articles L. 1132-1 du Code du travail et 225-1 du Code pénal).

À titre exceptionnel, des exigences de neutralité peuvent être justifiées si elles constituent une exigence professionnelle essentielle et déterminante (article L. 1133-1 du Code du travail), c'est-à-dire une condition légitime et nécessaire pour occuper le poste. À ce titre, elles ne doivent pas viser uniquement une religion mais l'ensemble des convictions et opinions, quelle que soit leur nature (religieuses, politiques…).

Il a déjà été jugé qu'une politique de neutralité ne peut ni être générale, ni viser uniquement la neutralité religieuse. En outre, **une entreprise ne peut pas justifier ses pratiques discriminatoires en se retranchant derrière l'argument des demandes ou exigences de sa clientèle** (Cass. Soc, 22 novembre 2017 n°13-19855).

La question de la neutralité du personnel peut néanmoins être anticipée et intégrée à la stratégie commerciale de l'entreprise. Elle doit pour cela être de portée générale et prévue dans le règlement intérieur (article L. 1321-2-1 du Code du travail). Dans ce cas, **cette obligation de neutralité ne peut concerner que certaines fonctions précises et ne doit pas conduire à faire de différences entre les religions**.

Voir :

Décision du Défenseur des droits MLD 2018-130 du 11 mai 2018

Vous recherchez pour votre entreprise de services numériques, un ingénieur informatique (F/H) en CDI qui sera mis à disposition auprès de différentes entreprises clientes. Une candidate correspondant au profil se présente pour l'entretien d'embauche avec un voile islamique. Cela ne vous pose pas de problème mais vous craignez les réactions des clients et préférez écarter sa candidature.



Comment faire ?

Pour être non discriminatoire, la clause de neutralité du règlement intérieur ne doit pas s'appliquer indifféremment à tous les salariés :

- seuls les salariés en contact direct et visuel avec la clientèle peuvent se voir soumis à une obligation de neutralité ;
- toutes les formes d'expression des convictions, philosophiques, religieuses ou politiques, doivent être encadrées de la même manière, sans distinction.

Même si votre règlement intérieur prévoit une telle clause de neutralité lors des situations de contact avec la clientèle, l'obligation de neutralité ne s'appliquera à la candidate que lorsqu'elle aura effectivement été recrutée. Vous devez donc la recevoir et lui expliquer les conditions d'exercice de l'emploi lors de l'entretien d'embauche.



6. Embaucher sans discriminer

Les conditions d'embauche, telles que la rémunération, la nature, la durée du contrat, ne doivent pas être déterminées en fonction de motifs discriminatoires liés à la personne choisie.

Dans le même sens, le principe de non-discrimination s'applique à la période d'essai. Par conséquent, si, durant la période d'essai, vous êtes libre de mettre fin au contrat de travail sans motif, vous devez, en cas de contestation, être en capacité de montrer que votre décision est justifiée par des éléments objectifs liés à l'insuffisance professionnelle de la personne et étrangers à toute discrimination.

Cela suppose notamment que les besoins en aménagements de poste d'une personne en situation de handicap soient pourvus dès la période d'essai, afin de pouvoir évaluer objectivement ses compétences professionnelles. De même, la rupture de la période d'essai concomitante à l'annonce d'une grossesse peut faire présumer l'existence d'une discrimination. L'absence de formalisme encadrant la rupture du contrat de travail pendant l'essai n'autorise pas que cette décision soit fondée sur des critères discriminatoires.

Étude de cas « Un salaire égal ? »

Mots-clés emploi à prédominance féminine / travail de valeur égale

Que dit le droit ?

Le principe « *à travail égal, salaire égal* » selon lequel les rémunérations des femmes et des hommes doivent être égales pour un emploi identique est connu - sans être toujours respecté. Mais le droit prévoit également que **la rémunération doit être égale même lorsque les hommes et les femmes occupent des emplois différents dès lors que ces emplois sont de valeur égale**. (article L. 3221-2 du Code du travail). Il convient donc de dépasser les intitulés et d'évaluer la valeur des emplois. Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés **un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise et de charge physique ou nerveuse** (article L. 3221-4 du Code du travail).

En tant qu'employeur, vous avez une obligation de résultat d'assurer cette égalité salariale.

L'égalité de rémunération concerne le salaire de base et tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature aux salariés. La part variable du salaire est un élément particulièrement sujet aux différences de traitement (sous-évaluation des objectifs ou du périmètre d'activité, du niveau de responsabilité, etc.).

Dans des situations comparables, comme ici, une inégalité de rémunération de 10% fait présumer l'existence d'une discrimination liée au sexe, que vous devrez être en mesure de justifier par des éléments objectifs. **Ainsi, l'argument d'une pénurie de candidatures sur un poste et de la nécessité de proposer un salaire plus élevé pour le rendre attractif doivent être démontrés** (CJUE, C-127/92, 27 octobre 1993, Enderby). Le fait que la différence de traitement soit issue de l'application d'une convention collective ne suffit pas à écarter une telle présomption. **Vous devrez démontrer que l'un des postes implique des capacités, des responsabilités ou des charges différentes**.

Vous recrutez deux jeunes diplômés issus de la même école : un jeune homme comme chargé de mission « *appui - techniques commerciales* » et une jeune femme comme chargée de mission « *appui - relations institutionnelles* ». Au cours de l'entretien, la jeune femme demande une rémunération inférieure à celle du jeune homme. Ils sont embauchés avec une rémunération de 10% au détriment de la salariée femme.

Ainsi, les juges ont pu considérer qu'une salariée, responsable des ressources humaines, des affaires juridiques et des services généraux a subi une discrimination fondée sur le sexe en matière de rémunération par rapport à ses collègues masculins occupant des postes de directeurs commerciaux et financiers (Cass. Soc. 6 juillet 2010, n°09-40021).

Voir par exemple : décision du Défenseur des droits MLD 2012-108 du 27 juillet 2012.

Comment faire ?

En fonction de la taille de votre entreprise, vous serez tenu à certaines obligations pour assurer l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes : diagnostic de situation comparée, négociation d'un accord ou élaboration d'un plan d'action, publication des résultats de « *l'index égalité* » ...

Mais **l'égalité salariale entre les femmes et les hommes est une obligation pour toute entreprise**, indépendamment de sa taille.

Vous devez donc y veiller dès l'embauche pour éviter un accroissement des inégalités salariales tout au long de la carrière.

Les données sociales (sexe, âge...) dont vous disposez concernant votre personnel doivent vous permettre d'identifier et d'analyser les écarts de rémunération qui ne seraient pas justifiés, notamment en termes de niveau d'emploi, de diplôme, d'expérience ou d'ancienneté.

En outre, les critères pris en compte pour évaluer la valeur des emplois peuvent être biaisés. Les emplois à prédominance féminine sont ainsi souvent sous-évalués, notamment parce que **certaines compétences vues comme des « *qualités naturelles* » chez les femmes ne sont pas considérées comme des techniques professionnelles** (sens relationnel, sens de l'organisation, capacité à gérer les conflits, polyvalence...). Il est donc essentiel de questionner et de revoir les critères utilisés pour l'évaluation des emplois.

Pour aller plus loin : fiche du Défenseur des droits « Pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine », 2015

Étude de cas « Intérim ou CDI ? »
Mots-clés origine / preuve statistique

Que dit le droit ?

Lorsqu'il est saisi d'une réclamation individuelle, le Défenseur des droits met en œuvre ses pouvoirs d'enquête, parmi lesquels le droit à la communication d'informations ou de tout document utile ; vous pouvez ainsi être amené à devoir communiquer le registre du personnel présent dans l'entreprise sur une période donnée. L'analyse des données du personnel permet d'identifier que les personnes ayant un nom à consonance maghrébine sont plus représentées parmi les personnels intérimaires que parmi les personnels en CDI.

Par application du **principe de l'aménagement de la charge de la preuve** (article L. 1134-1 du Code du travail), des éléments qui font état d'une différence de traitement liée à l'origine ou au patronyme, permettent de présumer l'existence d'une discrimination. **Ainsi, le traitement *a priori* défavorable des intérimaires ayant une expérience plus importante et les éléments statistiques issus du registre du personnel constituent une présomption de discrimination**. Il vous incombe, en tant que mis en cause, de prouver que cette décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Si vous ne parvenez pas à démontrer que les personnes embauchées en CDI avaient effectivement un meilleur profil pour le poste que celui des deux intérimaires d'origine magrébine, le Défenseur des droits pourra constater la discrimination fondée sur l'origine et/ou le patronyme et présenter des observations devant le conseil de prud'hommes dans le cadre du contentieux engagé par les réclamants. **Cette méthode de comparaison et de « *preuve statistique* » de la discrimination** peut également être utilisée par les représentants du personnel ou l'Inspection du travail.

Un employeur a ainsi été condamné à verser 10 000 euros à un intérimaire pour l'indemniser suite à un refus d'embauche en CDI lié à son origine.

Voir : Cass. Soc., 15 décembre 2011, n°10-15873 et décision du Défenseur des droits MLD 2012-140 du 28 septembre 2012.

Vous êtes DRH d'une entreprise qui recrute régulièrement des techniciens de maintenance, le plus souvent en intérim. À l'occasion d'un recrutement en CDI, deux intérimaires d'origine maghrébine se plaignent de n'avoir pas été sélectionnés malgré une expérience de 18 mois en intérim, alors que la personne embauchée en CDI, ayant un nom à consonance française, avait seulement 5 mois d'intérim. Vous constatez que parmi les effectifs en CDI, seuls 4% portent un nom à consonance maghrébine, contre 21% parmi les intérimaires. Vous apprenez que les deux intérimaires ont saisi le Défenseur des droits et le conseil de prud'hommes.

Comment faire ?

Pour évaluer vos processus de recrutement, plusieurs données peuvent être utiles à l'identification des discriminations, notamment celles liées à l'origine des salariés, parmi lesquelles le nom de famille, le lieu de résidence ou de naissance.

Ces données permettent de constituer des cohortes de salariés en fonction de l'origine réelle ou supposée à laquelle ils peuvent être rattachés et, le cas échéant, subir des discriminations en raison des stéréotypes qui y sont associés. Il est ainsi possible en respectant les conditions posées par la CNIL, de **comparer les conditions d'embauche et/ou l'évolution de carrière des effectifs en fonction de leur origine**, à situations équivalentes et d'identifier les écarts ou différences de traitement dont ces publics peuvent faire l'objet.

En tant que DRH, vous avez la possibilité de réaliser des diagnostics pour mesurer les éventuelles discriminations liées à l'origine en comparant les panels des candidatures reçues et celles des personnes effectivement embauchées. Il est alors de votre responsabilité de mettre en place des actions correctives adaptées, d'une part pour rétablir dans leurs droits les personnes discriminées, d'autre part pour éviter de nouvelles discriminations, en mettant en place des procédures objectives et des actions d'accompagnement des personnes en charge du recrutement (formation notamment).

Pour aller plus loin :

Guide CNIL/Défenseur des droits « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances », 2012 ; guide du Défenseur des droits « Agir pour l'égalité dans l'emploi – les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises », 2015.

Ressources complémentaires

Outils du Défenseur des droits

Guide Agir pour l'égalité dans l'emploi – Les recommandations du Défenseur des droits aux grandes entreprises, Fiche « *Sécuriser les procédures RH* », p. 52 et suivantes, 2015

Guide Recruter avec des outils numériques sans discriminer, 2015

Guide Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances, en partenariat avec la CNIL, 2012

Guide Pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine, 2013

Fiche pratique Pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine, 2015

Guide Emploi des personnes en situation de handicap et aménagement raisonnable, 2017

Fiche pratique Le harcèlement discriminatoire au travail, 2018

Outils d'autres acteurs

À compétence égale, Collection des guides « *Recruter sans discriminer* » et « Académie de formation en ligne ».

AFMD, Le racisme et la discrimination au travail, 2018

AFMD, Recruter avec des algorithmes : usages, opportunités et risques, 2019

ANDRH, Prévenir le harcèlement sexuel en entreprise – repères pour les RH, 2019

APEC, Cadre juridique de la diffusion des offres d'emploi– guide pratique à l'attention des entreprises, 2019

APEC, Guide de l'offre de stage pour les entreprises, 2017

CNIL, Le recrutement et la gestion du personnel, 2018

CSEP, Égalité entre les femmes et les hommes dans les procédures RH – le réflexe égalité à chaque étape, 2019

DARES, Guide de bonnes pratiques relatif aux actions mises en œuvre pour prévenir les risques de discrimination dans les recrutements, 2017

Laboratoire de l'Egalité, Égalité femmes-hommes mon entreprise s'engage, 2017

Pôle emploi, Repères juridiques sur les offres d'emploi, 2019

Prism'emploi, Sensibiliser sur la diversité, plusieurs outils en faveur de la non-discrimination et de la promotion de la diversité dont un « *Guide juridique et pratique* », un « *Guide auto-diagnostic* » et « *un Argumentaire commercial* »

Le Défenseur des droits

Le Défenseur des droits est une institution publique indépendante créée en 2011 et inscrite dans la Constitution. Il a pour mission de défendre et promouvoir les droits et libertés de toute personne, adulte comme enfant.

De par la loi, le Défenseur des droits exerce cette mission dans 5 domaines de compétence :

- la défense des droits des usagers des services publics,
- la défense et la promotion des droits de l'enfant,
- la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité,
- le respect de la déontologie par les professionnels de la sécurité (police, gendarmerie, services privés de sécurité, etc.),
- l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

Il agit de deux manières :

- en défendant les personnes dont les droits ne sont pas respectés,
- en assurant la promotion de l'égalité et de l'accès aux droits. Dans ce cadre, il conduit des actions d'accompagnement, de sensibilisation et de formation auprès des professionnels pour améliorer leurs pratiques au quotidien.

Que peut faire le Défenseur des droits ?



Enquêter



Proposer
un réglement
à l'amiable



Faire
des recommandations
sur une situation



Présenter
ses observations
devant les juges



Demander
des poursuites
disciplinaires



Faire
des propositions
de réformes de la loi

Rédaction :

Clémence LEVESQUE
avec la collaboration de Nassera BECHROURI et d'Eva ORDINAIRE

Le Défenseur des droits tient à remercier l'ensemble des agents de l'institution, des personnes et des organisations qui ont nourri ses réflexions et contribué à l'élaboration de cet outil, en particulier les membres du Comité de liaison avec les intermédiaires de l'emploi :
À compétence égale, ANDRH, APEC, Pôle emploi, Prism'emploi.

Défenseur des droits

TSA 90716 - 75334 Paris Cedex 07

Tél. : 09 69 39 00 00

www.defenseurdesdroits.fr

Défenseurdesdroits
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

© 06-2019 | Défenseur des droits