

[illegible]

Article 5 : La discrimination à l'embauche selon l'origine : un obstacle important à l'insertion sur le marché du travail des populations issues de l'immigrationPage 10 à 11

En effet, le jeu en vaut plus que jamais la chandelle !

La particularité de l'embauche pendant la crise sanitaire

En raison de la crise sanitaire du Covid-19 et des impacts économiques de cette dernière, les offres sur le marché de l'emploi sont devenues de plus en plus rares. Un manque de visibilité sur l'avenir pour les entreprises freine les recrutements. Cependant, certains domaines restent tout de même très demandés en raison des changements significatifs que cette crise entraîne. L'embauche des juristes spécialisés en droit social en est un exemple, du aux modifications législatives importantes et des différentes aides apportées aux employeurs pour le maintien à l'emploi.

C'est pour cette raison, que l'embauche en cette période difficile n'est pas pour autant suspendue. Il serait opportun d'en étudier les particularités.

Tout d'abord, ce sont les offres d'emploi qui ont connu des adaptations à cette situation. Malgré cela, certaines mentions restent tout de même obligatoires, et d'autres restent interdites. Par principe, la rédaction de l'offre d'emploi est libre. Cependant, l'offre doit être rédigée en français, elle ne doit pas comporter de mentions discriminatoires (L.1132-1 du code du travail), elle ne doit pas contenir de fausses allégations, elle doit être datée, et l'identité de l'employeur doit être fournie (nom, raison sociale et adresse de l'entreprise), article L.5332-1 et suivant du code du travail.

En plus de ces mentions obligatoires, dans un but de rassurer les candidats, il faut être le plus transparent possible concernant les particularités et les adaptations des postes dues à la crise sanitaire. Selon Florent Letourneur, cofondateur d'Happy to meet you, « **Plus l'entreprise est transparente sur son recrutement et les conditions d'emploi, plus elle a de chances d'attirer des candidats** ».

Il est important pour l'entreprise de formaliser les étapes du recrutement, d'indiquer en amont le nombre d'entretiens et les interlocuteurs. Sur l'offre d'emploi, il faut détailler les mesures sanitaires mises en place dans l'entreprise, indiquer s'il s'agit d'un poste fixe, si le salarié aura un bureau individuel, s'il sera en télétravail et dans quelle proportion. Ces recommandations permettent de rassurer les candidats.

En raison de la limitation de nos déplacements et de nos contacts physiques, la dématérialisation des entretiens d'embauche semble être la meilleure alternative. Ces entretiens peuvent se faire par téléphone ou par visioconférence. Selon Florent Letourneur, « **L'important est de bien déterminer l'objectif de chaque échange. On peut utiliser les entretiens à distance pour évaluer les compétences techniques et revenir sur le parcours du candidat** ».

Cependant, les règles applicables à un entretien d'embauche « ordinaire » restent applicables. En effet, l'article L.1221-6 du code du travail exclut toutes questions portant sur un domaine non professionnel, et donc relevant de la vie privée du candidat. L'article L.1221-8 du code du travail dispose quant à lui, qu'il faut prévenir préalablement le salarié des méthodes et techniques d'aide au recrutement et que ces méthodes doivent être pertinentes par rapport au poste à pourvoir. Ces résultats sont confidentiels et ne doivent servir qu'à des fins strictement professionnelles.

Ces entretiens peuvent prendre la forme d'un entretien individuel mais aussi collectif (même si ce dernier semble plus difficile techniquement à mettre en œuvre). Aucune législation n'encadre ces entretiens à distance. L'employeur dispose donc d'une grande liberté.

Une des autres particularités à l'embauche liée à la crise du Covid-19 porte sur la visite d'information et de prévention. Cette visite est une obligation pour l'employeur qui doit la faire réaliser au maximum trois mois après la date d'embauche, sauf si elle a déjà été effectuée dans les 5 années précédentes. Elle est réalisée par le médecin du travail ou l'infirmier collaborateur du médecin du travail. Elle permet entre autre, d'interroger le salarié sur son état de santé ; de l'informer des risques liés à son poste de travail ; de le sensibiliser sur les moyens de prévention ; d'identifier si son état de santé ou les risques auxquels il est exposé nécessite de l'orienter vers un médecin du travail ; et de l'informer des conditions du suivi de son état de santé, (art. R.4624-10 à R.4624-15 C. Trav.)

Le service de santé est d'une mission d'intérêt général de protection de la santé et de la sécurité des salariés. De ce fait, ce service doit tout de même être opérationnel mais en s'adaptant au cadre fixé par le protocole national.

Le décret n°2020-410 du 8 avril 2020 prévoit les conditions dans lesquelles le suivi individuel de l'état de santé des salariés peut être adapté, ou doit obligatoirement se dérouler pendant la période d'état d'urgence sanitaire. Ce décret s'applique pour les visites médicales qui auraient dû avoir lieu entre le 12 mars et le 31 août 2020

Pour la première visite d'information et de prévention, ce décret indique qu'un report jusqu'au 31 décembre 2020 est possible, sauf appréciation contraire du médecin du travail. Cependant, par exception, certaines visites doivent être maintenues. C'est le cas par exemple pour les travailleurs handicapés, les travailleurs mineurs, les femmes enceintes ou venant d'accoucher, ou encore les travailleurs exposés à des champs électromagnétiques. Le délai de droit commun est également maintenu pour les visites d'embauche des salariés en suivi individuel renforcé. C'est le cas par exemple, des salariés exposés à l'amiante, au plomb (R.4624-23 C. Trav.).

En raison de la situation sanitaire actuelle, les consultations peuvent se faire par téléconsultation. Ces téléconsultations doivent respecter les recommandations de la haute autorité de santé, comme par exemple, y dédier une plage horaire, avoir le matériel informatique nécessaire, des locaux adaptés, et assurer la protection et la sécurité des données personnelles.

A titre exceptionnel, les services de santé peuvent utiliser des solutions de vidéotransmission grand public jusqu'au 31 décembre 2020. Dans cette situation, le salarié doit accepter cette téléconsultation, la communication vidéo doit être en temps réel, la confidentialité des échanges doit être assurée, et cette téléconsultation doit permettre d'alimenter le dossier médical et de fournir une attestation de visite au salarié. Il est également possible de le faire par téléphone si la vidéotransmission est impossible et si un entretien en présentiel n'est pas jugé nécessaire.

Cependant, cette ordonnance a été mise en place lors du premier confinement et n'a pas été prorogée pour le reconfinement. La question se pose de savoir si une législation similaire sera mise en place, ou alors, que ces visites devront respecter les dispositions de droit commun. En effet, lors de ce reconfinement, les entreprises ne sont pas dans la même situation que précédemment puisque le protocole sanitaire indique que les entreprises doivent maintenir leur activité lorsque c'est possible. Contrairement à mars où l'économie était en suspens.

Pour une meilleure protection juridique des salariés en cette période de crise, il est nécessaire d'inscrire des règles précises dans le contrat de travail. Une clause sur le télétravail, dans laquelle, il serait indiqué que le télétravail sera applicable jusqu'à la fin de la crise sanitaire. Cette disposition permettrait au salarié de s'assurer un poste similaire en présentiel dans l'entreprise. Cette clause permettrait également de fixer les règles applicables au télétravail, comme le droit à la déconnexion. Il peut être indiqué qu'il y aura un blocage des serveurs informatiques en dehors des heures de travail, consigne de ne pas répondre aux e-mails en dehors du temps de travail, et de fixer des plages horaires par exemple. Cette clause peut permettre de prévoir la prise en charge du matériel informatique et de la connexion à internet qui sont nécessaires pour travailler.

Le télétravail est rendu obligatoire par le protocole sanitaire, lorsque ce dernier est possible dans l'entreprise. Le principal risque du télétravail est l'isolement des salariés. Lors du premier confinement, une étude de Malkoff Humanis portant sur le télétravail en période de confinement révèle que, 41% des salariés en télétravail ont vécu une dégradation du lien social; 39% d'entre eux ont indiqués être plus stressés ; 32% d'avoir une charge mentale plus importante.

Selon, Jacques Marc, Vincent Grosjean et M.C. Marsella dans l'étude, Dynamique cognitive et risques psychosociaux : Isolement et sentiment d'isolement au travail, « *Il semble préférable de ne plus considérer que l'isolement se réduit à un état, mais de l'envisager comme un processus qui « fragilise » la relation au travail du salarié* ».

Cela est encore plus vrai pour un salarié venant d'intégrer l'entreprise puisqu'il ne connaît pas l'environnement de travail, ses collègues, « les rituels » d'entreprise par exemple. C'est pour cette raison, qu'il faut briser ce processus d'isolement par le collectif de travail. Pour y parvenir et avoir une meilleure intégration des nouveaux arrivants, certains mécanismes peuvent être mis en place. Les managers de proximité peuvent repérer les salariés en détresse pour prévenir la hiérarchie et essayer d'y remédier, garder les échanges et les moments conviviaux par visioconférence, mettre en place un numéro d'urgence en cas de besoin, et désigner un parrain ou une marraine au nouvel arrivant. Il est également recommandé de garder une intégration similaire à celle qui aurait été appliquée habituellement, comme par exemple avec le livret d'accueil, une présentation des salariés en visioconférence.

Pour conclure, l'embauche en période de crise sanitaire et certainement plus délicate, mais n'est pas irréalisable. Malgré les difficultés qu'engendre cette situation, il faut essayer d'intégrer le salarié dans l'entreprise de la manière la plus classique qu'il soit. Cependant, il ne faut pas non plus nier la réalité de la situation, et prendre toutes les mesures nécessaires pour accompagner les salariés et pallier à l'isolement qu'engendre la mise en place du télétravail massif.

Dans un but de transparence et de protection de la masse salariale, il faut encadrer le plus précisément possible les règles de télétravail dès le début de la relation contractuelle et le préciser dans les offres d'emploi.

Enfin, un assouplissement a été mis en place pour la première visite d'information et de prévention pour répondre aux nécessités de la crise sanitaire, tout en essayant de protéger le plus possible les salariés considérés comme vulnérables. Un juste équilibre a dû être trouvé par le législateur entre assouplir les mesures de médecine du travail par rapport à la situation sanitaire, et d'essayer de protéger le plus possible la santé des salariés.

SOAS Mathilde

Article de loi :

-L1132-1

-L5332-1

-L1221-6

-L1221-8

- R4624-10 à R4624-15

- R4624-23

- Décret n°2020-410 du 8 avril 2020

La crise sanitaire, une échappatoire pour les employeurs quant aux périodes d'essais et promesses d'embauche ?

L'épidémie de Corona Virus à laquelle nous faisons face a de nombreuses conséquences pour les entreprises, et pour la société de manière générale. Les entreprises doivent faire face à de nombreuses incertitudes. En effet, les entreprises doivent faire face à des problématiques relatives notamment à leur secteur d'activité : baisse des commandes, diminution de la clientèle, et ainsi une chute du chiffre d'affaire pouvant entraîner la volonté d'une réévaluation de leur capacité d'embauche.

Les différents acteurs économiques pouvaient avoir prévu, avant et pendant l'évolution négative de la crise sanitaire, plusieurs embauches de nouveaux salariés. Ces entreprises pouvaient donc être en pourparlers, en négociation avec des salariés potentiels, ou encore être dans le cadre de périodes d'essais. L'épidémie a pu amener les entreprises à repenser ces embauches. Une question peut donc se poser : les difficultés que rencontrent les entreprises, suite à cette crise d'ampleur mondiale, peuvent-elles justifier une rupture de période d'essai ou de promesse d'embauche ?

Il convient de rappeler, qu'en vertu de l'article L1221-20 du code du travail, « *la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent* ». Cette phase ne sert qu'à apprécier les aptitudes du salarié, ainsi que les fonctions du poste occupé.

Les parties peuvent rompre librement cette période d'essai, et ce, sans donner de motif. Pour autant, cette rupture ne saurait être abusive, au risque de devoir des dommages-intérêts. La Cour de Cassation le rappelle régulièrement dans ses décisions. De manière générale, l'abus de la rupture va résider dans les motifs de celle-ci.

La Haute juridiction a ainsi estimé que la résiliation du contrat de travail intervenant au cours de la période d'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié était abusive (**Ch. Sociale 20 novembre 2007 06-4.212**).

Plus précisément, la Cour a également pu considérer qu'était abusive la rupture motivée par la conjoncture économique (**Ch. sociale 24 novembre 1999, n°97-43.054**).

En conséquence de cela, les ruptures pour motif économique doivent donc, en principe, être proscrites par les employeurs. Ces derniers ne sauraient, dans une telle situation, se détacher des règles relatives à la procédure du licenciement.

Il apparaît donc claire que cette crise sanitaire qui touche le pays ne pourrait justifier une rupture de la période d'essai d'un salarié. Les juges seront probablement attentifs concernant ces ruptures, notamment celles intervenues en période de confinement.

En revanche, la gestion de l'entreprise quant à cette crise influencera également la situation des salariés en période d'essai. Plus précisément, si l'activité de la structure peut s'exécuter en télétravail, cela devant désormais être mis en place à 100% quand l'activité le permet, le salarié pourra effectuer sa période d'essai en télétravail.

Plus encore, si les salariés ont été mis en activité partielle durant la période de confinement, alors la période d'essai est suspendue, celle-ci servant à évaluer les capacités professionnelles du salarié.

Dès lors, la gestion de la période d'essai durant le confinement peut poser des difficultés pour les acteurs économiques.

Concernant les promesses d'embauche, là aussi des questions peuvent se poser quant à leur rupture.

Il convient de rappeler que selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, « *constitue une promesse unilatérale de contrat de travail le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* » (**Ch. sociale 21 septembre 2017 n° 16-20.103**).

L'employeur ne peut, en principe, se rétracter d'une promesse d'embauche que lorsque le bénéficiaire n'a pas encore reçu l'offre, ou lorsque ce dernier ne l'a pas accepté dans le délai qui lui était imparti, ou dans un délai raisonnable.

En revanche, si le bénéficiaire a accepté la proposition, les parties sont donc liées par un contrat de travail. L'employeur ne peut alors rompre unilatéralement ce contrat sans se voir opposer un licenciement sans cause réelle et sérieuse, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (**Ch. sociale 15 décembre 2010 n°08-42.951**). L'employeur ne peut ainsi rompre la promesse, devenue contrat de travail, en invoquant les conséquences de la crise sanitaire.

Des employeurs pourraient être enclin à justifier la rupture de la promesse d'embauche par les circonstances particulières résultant de la pandémie. En effet, cet événement, par son caractère soudain et imprévisible, a généré des difficultés de gestion pour les entreprises.

Nul ne peut affirmer si les juges valideront ces ruptures de promesses de contrat de travail. L'analyse du contentieux à venir dans les prochains mois, voire prochaines années, nous le dira. D'autant plus que des alternatives à la rupture peuvent être envisagées par les entreprises. En effet, les parties peuvent négocier le contrat alors formé, et reporter la date de prise de fonction. De surcroît, le recrutement une fois effectué n'empêche pas la mise en place de l'activité partielle, attendu qu'aucune condition d'ancienneté n'est nécessaire.

Il conviendra donc, dans l'avenir, de suivre avec attention l'évolution du contentieux social quant aux ruptures de période d'essai et de promesse d'embauche. La jurisprudence sera peut être amenée à évoluer ou préciser divers points.

La crise sanitaire a, et aura, de nombreuses conséquences sur les acteurs économiques, que ce soit les entreprises comme les salariés, mais également sur la société dans sa globalité. Le droit social est, par nature, une matière juridique qui est en évolution permanente. Ce constat est d'autant plus vrai aujourd'hui au regard des difficultés liées à la crise sanitaire. Cette situation, risquant de se pérenniser, va initier une mutation de la matière juridique en corrélation avec l'évolution de la pandémie et l'adaptation des différents acteurs. Reste à savoir si ces évolutions vont s'encrer définitivement dans le droit positif.

Mélanie Boulongne

Sources

Législatives : code du travail

Jurisprudence : Ch. Sociale 20 novembre 2007 06-4.212

Ch. sociale 24 novembre 1999, n°97-43.054

Ch. sociale 21 septembre 2017 n° 16-20.103

Ch. sociale 15 décembre 2010 n°08-42.951

Site officielle du ministère du travail

L'aide exceptionnelle aux employeurs recrutant en alternance

Comment réussir à rentrer sur le marché du travail en ces temps de crises lorsque l'on est un jeune ? C'est la question que beaucoup de jeunes tout juste diplômés ou étant encore en étude se posent aujourd'hui. C'est pour répondre à cette question et afin d'aider l'insertion des jeunes dans le monde du travail, que le gouvernement a mis en place «le plan 1 jeune, 1 solution ». Ce plan a été lancé le 23 juillet 2020 et vise à offrir une solution à chaque jeune et parmi ces solutions se trouvent l'aide exceptionnelle aux employeurs qui recrutent en alternance. Pourtant cette aide peut soulever certaines interrogations et notamment celles de savoir si elle peut être réellement efficace mais aussi si elle est réellement exceptionnelle ?

Cette aide a pour but d'aider les entreprises qui décident de recruter en contrat d'apprentissage ou en contrat de professionnalisation. Le gouvernement veut mettre en avant ce type de formation afin que cela puisse permettre une meilleure insertion des jeunes dans le monde du travail. Pour cela, le gouvernement promet une aide financière qui varie entre 5000 euros et 8000 euros pour tout contrat conclu entre le 1er juillet 2020 et le 28 février 2021.

Cependant, le décret n°2020-1085 du 24 août 2020, prévoit un certain nombre de conditions à respecter afin de bénéficier de cette aide.

Tout d'abord, l'aide est limitée par le diplôme et déterminée par l'âge. En effet, elle concerne les jeunes se préparant à un diplôme ou à un titre à finalité professionnelle de niveau équivalant au plus au niveau 7 de la nomenclature nationale des certifications professionnelles (master, diplôme d'ingénieur, ect) ou encore un certificat de qualification professionnelle, les personnes préparant un doctorat ne peuvent donc pas être inclut dans l'aide. Concernant l'âge, le choix du montant se fait en fonction de l'âge et non pas en fonction du niveau d'étude, 5000 euros maximum pour un jeune, en contrat de professionnalisation ou d'apprentissage, de moins de 18 ans et 8000 euros maximum pour un jeune majeur. L'employeur doit donc en amont, s'il veut en bénéficier bien vérifier ces critères qui sont cumulatifs.

Cependant, ces critères liés à l'âge et au niveau de diplôme ne sont pas réellement contraignants et sont en réalité plutôt étendu. Mais d'autres critères quant à eux, peuvent réellement être contraignants pour l'employeur, et notamment pour l'employeur ayant une entreprise de plus de 250 salariés.

En effet, le décret met en place une distinction entre les entreprises de moins de 250 salariés et ceux de plus de 250 salariés. Pour les entreprises de moins de 250 salariés, celles-ci n'ont aucune autre condition à respecter que celle du niveau de diplôme et celle de l'âge du jeune. Les entreprises de plus de 250 salariés quant à elles se doivent de respecter d'autres conditions afin d'obtenir cette aide. En effet, elles doivent atteindre un certain seuil de contrat d'alternance ou de contrat favorisant l'insertion professionnelle dans leur effectif au 31 décembre 2021 et cela selon les modalités suivantes :

- Avoir atteint un taux de 5% de contrats favorisant l'insertion professionnelle (contrat d'apprentissage, contrat de professionnalisation, CIFRE et VIE), dans l'effectif salarié total annuel, au 31 décembre 2021.
- OU
- Avoir atteint au moins 3% d'alternants (contrats de professionnalisation et d'apprentissage), dans l'effectif salarié total annuel au 31 décembre 2021. Mais aussi avoir connu une progression d'au moins 10% d'alternants (ou dans les proportions prévues par l'accord de branche dans le cas échéant) au 31 décembre 2021 et cela comparativement à l'effectif salarié annuel relevant de ces contrats au 31 décembre 2020.

Il y a donc ici une grande différence de conditions à respecter entre une entreprise de plus de 250 salariés et une entreprise de moins de 250 salariés. Cela a sûrement été pensé afin d'établir une équité entre les petites et grandes entreprises car celles-ci ne possédant pas des budgets équivalant. En effet, le coût pour une entreprise de moins de 250 salariés, lorsqu'elle recrute un jeune, sera plus important dans son budget final. Le gouvernement a sûrement voulu poser plus de critères pour les grandes entreprises afin qu'elles bénéficient moins facilement de l'aide et que lorsqu'elles en bénéficient c'est lorsqu'elles auront démontré une réelle volonté d'aide à l'insertion des jeunes dans le monde du travail. Cependant, ces critères assez contraignants pour les entreprises de plus de 250 salariés risquent fortement de ne pas les motiver à recruter davantage en apprentissage ou en contrat de professionnalisation, qu'elles ne peuvent déjà le faire. Notamment, car si elles ne remplissent pas les conditions alors elles ne bénéficieront pas de l'aide ou alors devront la rembourser, si celle-ci avait déjà été versée. Concernant les entreprises de moins de 250 salariés celles-ci pourraient être plus intéressées de recruter avec ce système d'aide. Mais au regard de la situation économique actuelle, il n'est pas sûr que cette aide motive réellement les employeurs à recruter des jeunes. Surtout si les employeurs subissent déjà des difficultés financières suites au confinement ou encore se retrouvent fermés administrativement.

De plus, les démarches à effectuer sont assez contraignantes elles aussi et notamment pour les entreprises de plus de 250 salariés. Pour les entreprises de moins de 250 salariés, les démarches vont être assez simples car il suffit de transmettre le contrat à l'OPCO et de déposer le contrat auprès des services du ministère en charge de la formation professionnelle. La transmission sera alors assurée par le ministère afin de demander l'aide auprès de l'ASP, ce qui vaudra décision d'attribution. Mais pour les entreprises de plus de 250 salariés, la démarche est beaucoup plus longue et laborieuse. Notamment, la décision d'attribution par l'ASP est beaucoup plus compliquée à obtenir car il y a un formulaire d'engagement à remplir (l'entreprise devra faire quasiment la totalité des démarches par elle-même). De plus lors du 1er semestre de l'année 2022, l'entreprise devra remplir une attestation sur l'honneur transmise par l'ASP. Pour ces entreprises il y aura donc un contrôle a posteriori, qui ira jusqu'au contrôle de la déclaration sociale nominative.

Les démarches semblent donc toutes aussi contraignantes, surtout pour les entreprises de plus de 250 salariés, que les conditions à respecter.

Enfin, il faut souligner que le gouvernement indique que cette aide est exceptionnelle, or elle ne l'est pas réellement puisqu'un dispositif d'aide préexistait déjà pour le contrat d'apprentissage. En effet, avant la mise en place de l'aide exceptionnelle une autre aide était déjà mise en place, il s'agit de l'aide unique. Cependant, celle-ci est moins importante financièrement et son montant baisse avec les années (le montant lors de la 3ème année d'apprentissage n'est plus que 1200 euros maximum). L'aide unique s'adresse uniquement aux employeurs de moins de 250 salariés comparativement à l'aide exceptionnelle. Cependant, les démarches semblent être les mêmes.

L'aide exceptionnelle reprend donc certains mécanismes de l'aide unique mais cependant elle vient tout de même étendre le champ d'action de celle-ci. En effet, désormais les contrats de professionnalisation sont notamment pris en compte et elle peut aussi concerner les employeurs ayant une entreprise de plus de 250 salariés. Il faut aussi souligner que l'aide financière est bien plus importante mais cependant elle ne sera valable que pour la première année du contrat et sera limitée dans le temps pour son application (pour les contrats conclus entre le 1er juillet 2020 et le 28 février 2021).

Rafaelle Carpentier

Sources Juridiques :

Site du ministère du travail, de l'emploi et de l'insertion : <https://travail-emploi.gouv.fr/>

Décret n°2020-1085 du 24 août 2020

La discrimination à l'embauche des personnes handicapées dans le contexte du covid 19

La discrimination trouve son fondement sur le fait de traiter de manière différente par rapport à une autre personne qui ne l'a été, ne l'aurait été ou ne l'est dans une même situation. De même, l'article L.1132-1 du code du travail dispose qu'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 en raison, notamment, de l'âge, de l'état de santé ou de son handicap.

La discrimination des personnes handicapées, premier motif de discrimination lors de l'embauche, trouve son origine dans les aprioris sur la capacité du candidat à occuper son poste au vu de son handicap. Celle ci représente 22,7 % des discriminations, ce qui représente une majeure partie des discriminations comparé à celle sur la santé à 14,5 % d'après le rapport¹ du défenseur des droits. En d'autres termes, cette discrimination à l'embauche se traduit par des amalgames liés à la santé supposée fragile, surtout en ce contexte de crise sanitaire. Cependant, faut il encore se demander si le lien entre handicap et santé fragile est avéré.

Une vulnérabilité supposément lié au handicap : Amalgame justifié ?

Les personnes handicapées sont plus susceptibles d'être en mauvaise santé². En effet, selon l'International Disability Alliance³, les personnes handicapées ont plus de chance et de risque de contracter le covid 19 en raison des « *obstacles à l'accès à l'information et à l'hygiène préventive, au contact physique avec l'environnement ou avec des personnes de soutien, ainsi que des conditions respiratoires causées par certaines déficiences* ». C'est pourquoi, l'organisation mondiale de la santé⁴ estime que les personnes handicapées ont davantage de risque de contracter le covid car moins susceptible de se désinfecter les mains en raison des aménagements parfois inaccessible. Celle ci rajoute que les « *personnes handicapées sont exposées à un risque accru d'infection de syndrome respiratoire aigu sévère ou de maladie grave en raison des comorbidités existantes* ». Par conséquent, la stigmatisation des personnes handicapées envers leurs mauvaises santé supposées ou existantes ainsi que le risque plus accrus dans le contexte actuel explique cette discrimination. Ainsi, le lien entre personne handicapée et personne souffrant d'une maladie risque de se renforcer entraînant la stigmatisation.

Dans ces conditions, le fait pour l'employeur d'émettre une réserve à embaucher peut trouver son explication dans l'association entre handicap et mauvaise santé, ce dernier réfléchissante au côté financier, au remplacement. Notamment, le refus et la discrimination dont fait preuve les recruteurs s'explique par la prise en charge plus approfondi des personnes handicapées lors de la mise en place des mesures liées au covid en entreprise. C'est

à dire que les personnes handicapées implique plus d'investissement à leur sécurité. Or, réfléchir à embaucher une personne par rapport au coût financier et non en ce que la personne peut apporter à l'entreprise est moralement difficilement concevable.

Une répercussion sur l'embauche

En principe, l'employeur dispose d'un pouvoir d'investigation lors du recrutement. Néanmoins, celui-ci est limité de par l'obligation de transparence et d'autre part par la pertinence des méthodes utilisées. Néanmoins, ces obligations sont insuffisantes à faire obstacle aux discriminations, supposées ou avérées, de la part de l'employeur sur le physique ou le mental d'une personne handicapée, qui ne permettent pas de passer l'étape du recrutement. Or, si en majeure partie du temps les discriminations émanent d'une volonté consciente, certaines peuvent ne pas être intentionnelles. Effectivement, ces dernières sont liées aux préjugés, amalgames qui, de manière inconsciente, associent l'handicap à une mauvaise santé.

Malgré une l'obligation d'embauche 6 % combinée à une sanction financière, cela reste insuffisamment dissuasif au regard du taux de discrimination élevé des personnes handicapées. Suite au rapport de l'AGEFIPH pour l'année 2016⁵, il ressort que le taux de chômage des personnes handicapées était de 19 % contre 16 % en 2019⁶ et 18 % en 2020⁷. D'après un sondage IFOP pour l'AGEFIPH⁸, 41 % des demandeurs d'emploi handicapé ont fait l'objet d'un report ou d'une annulation de leur formation. En dépit d'une amélioration du taux de chômage en 2019, le contexte du covid remet en avant la difficulté d'embauche de cette catégorie de travailleur.

Enfin, la raison de cette discrimination trouve aussi une explication dans l'obligation de l'employeur d'informer et adapter au poste. Plus précisément, embaucher une personne handicapée revient à accepter plus de responsabilité et d'information au niveau matériel et des conditions de travail. Dès lors, il est à la fois compréhensif mais inconcevable d'embaucher une personne en se fondant sur le taux d'engagement et de responsabilité à son égard.

Article de loi -> L.1132-1 du code du travail.

1 - Rapport annuel d'activité 2019, Défenseur des droits.

2 - COVID-19 Outbreak and Persons with Disabilities, United Nations, 24 juillet 2020.

3 - Disability, coronavirus and international human rights, Oliver Lewis, 21 mars 2020.

4 - Disability, coronavirus and international human rights, Oliver Lewis, 21 mars 2020.

5 - Rapport d'activité 2016, AGEFIPH.

6 - Les personnes handicapées et emplois chiffre clé, AGEFIPH, juin 2019.

7 - Emplois chômage des personnes handicapées, AGEFIPH, juin 2020.

8 - Consultation auprès des personnes en situation de handicap sur leur situation pendant la crise du Coronavirus, Rapport AGEFIPH, juin 2020

Waymel Anne

La discrimination à l'embauche selon l'origine : un obstacle important à l'insertion sur le marché du travail des populations issues de l'immigration

La crise sanitaire provoquée par la pandémie de Covid-19 ainsi que ses répercussions sur l'hexagone, en particulier le confinement, ont mis en exergue les inégalités sociales et amplifié les discriminations subies notamment par les personnes d'origine étrangère ou considérées comme telles.

C'est l'article L.1132-1 du Code du travail qui vient poser le principe d'interdiction de la discrimination raciale à l'embauche. Plus précisément, cet article nous indique que toute sanction ou licenciement prononcé sur la base d'un motif discriminatoire sera frappé de nullité. Le législateur a veillé à ce que les protections instaurées aient la plus grande portée possible : elles concernent donc non seulement l'embauche, mais aussi les procédures de recrutement ainsi que les stages (ou les périodes de formation dans l'entreprise).

A ces fondements s'ajoute la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations : celle-ci a aménagé le régime de la preuve en modifiant notamment l'article L.1134-1 du Code du travail. Ainsi donc, lors d'un litige, le salarié se considérant victime doit « présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » (arrêt de chambre sociale du 6 octobre 2015, n°13-26.052). En réalité, le salarié doit uniquement rassembler des éléments établissant une présomption de discrimination. En réponse, l'employeur doit démontrer que sa décision repose sur des éléments étrangers à toute discrimination. Cependant, dans la pratique, l'article L.1132-1 n'est pas toujours facile à mettre en œuvre : en effet, la nullité est une sanction impliquant « la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation ». S'agissant des sanctions et des licenciements, ces mesures pourront toujours être remises en causes (si la discrimination est avérée). Or pour ce qui est des situations où un candidat a été écarté d'une procédure de recrutement, il sera impossible d'effectuer une remise en état : dans ces cas, la sanction consistera donc plutôt en un versement de dommages et intérêts – et c'est le conseil des prudhommes qui sera compétent (arrêt de chambre sociale du 28 novembre 2007).

Par ailleurs, en dépit du fait que l'origine figure parmi les motifs discriminatoires prohibés, on trouve très peu d'arrêts de la Cour de cassation condamnant les discriminations fondées sur l'origine du salarié. A l'aune de ce qui a été abordé précédemment, il est relativement aisé d'en comprendre la raison : en effet, le salarié n'est pas toujours en mesure d'apporter une présomption de discrimination. Mais également : beaucoup de salariés hésitent à mobiliser les voies de recours qui leur sont offertes. Pourquoi ? En octobre 2000, le Conseil d'orientation du GELD (Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations) avait publié un rapport public dans lequel il indiquait qu'aucune disposition du Code du travail ne prévoyait de dispositif protégeant les témoins ou le plaignant contre les représailles en cas de discrimination fondée sur l'origine. Force est de constater qu'à l'heure actuelle, soit en 2020, le législateur n'a toujours pas prévu de dispositif assurant la protection des salariés plaignants (ou autres parties).

Parmi les quelques arrêts ayant été rendus par la haute juridiction, on peut citer celui rendu par la chambre sociale en date du 10 novembre 2009 : dans celui-ci, la Cour vient rappeler que l'origine est effectivement constitutive d'un motif discriminatoire et que les dispositions de l'article L.1132-1 du Code du travail s'imposent à l'employeur. En l'espèce, un salarié dont le prénom avait une consonance étrangère s'était vu contraint de le « franciser ». Cet arrêt a en réalité une portée extensive : il vient compléter la liste dressée par le législateur en érigeant le prénom comme un motif discriminatoire.

En mars 2015, un plan intitulé « La République en actes » fut présenté par le Premier ministre. Ce plan prévoyait une série de 60 mesures - dont certaines visaient à lutter contre les discriminations à l'embauche et dans l'emploi. Toutes les mesures précitées conduisirent à la promulgation de la « Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté » en date du 27 janvier 2017. Cette loi est venue durcir les sanctions en cas d'injures racistes ou discriminatoires. Néanmoins, on peut relever que l'article 225-2 du code pénal - traitant notamment de la discrimination à l'embauche - n'a pas été concerné par ce mouvement (en dépit du fait qu'il ait été modifié).

Peu après, en avril 2016, une première campagne gouvernementale de lutte contre les discriminations raciales à l'embauche fut lancée : on retrouve le testing (soit l'envoi de 2 candidatures semblables divergeant sur un motif de discrimination), la promotion de méthodes de recrutement « alternatives » (CV vidéo, recrutements sans CV, etc.) ainsi que l'action de groupe en matière de discrimination au travail (consacrée par la loi du 18 novembre 2016)... Les résultats dudit testing indiquèrent que les employeurs privilégiaient plutôt les candidatures à consonance européenne aux candidatures à consonance maghrébine (47% de réponses favorables contre 36%).

Une deuxième campagne de testing fut réalisée entre octobre 2018 et janvier 2019, et elle concernait 40 grandes entreprises françaises. Les chercheurs conclurent que les résultats de l'étude soulignent "une discrimination significative et robuste selon le critère de l'origine à l'encontre du candidat présumé maghrébin". En effet, sur toutes les entreprises testées, on estima le taux de succès du candidat au nom à consonance maghrébine était de 9,3% tandis que celui du candidat au nom à consonance européenne s'élevait à près de 12,5%.

En réalité, cette dernière étude nous montre surtout que le niveau des discriminations à l'embauche reste inchangé : finalement, les chercheurs envoyèrent au moins 17643 fausses candidatures. Malgré le fait que ces derniers aient identifié 15 entreprises aux pratiques discriminatoires, le gouvernement n'en a publiquement épinglé que sept en février 2020... En réalité, le « name and shame » n'a pas vraiment fait ses preuves – et ce notamment car les pouvoirs publics sont toujours réticents à l'idée de mettre en place des plans d'action contraignants.

De son côté, dans une volonté de lutter contre les discriminations, le Défenseur des droits a publié un guide à destination des recruteurs en septembre 2019. Cela dit, dans la pratique, beaucoup d'entreprises peinent toujours à traduire leur engagement en faveur de la diversité en actions concrètes : les discriminations à l'embauche risquent donc de perdurer encore longtemps.

Ilham MOUSLI

Sources juridiques :

- Article L.1132-1 du Code du travail
- Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations
- Cour de cassation, chambre sociale, 10 novembre 2009, n° 08-42286
- DARES et ISM Corum, « Discrimination à l'embauche selon 'l'origine' : que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ? », décembre 2016
- Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté
- Rapport final pour le CGET (Commissariat général à l'égalité des territoires), « Discrimination dans le recrutement des grandes entreprises : une approche multicanal », mars 2019
- Rapport Défenseur des droits, « Discriminations et origines : l'urgence d'agir », juin 2020