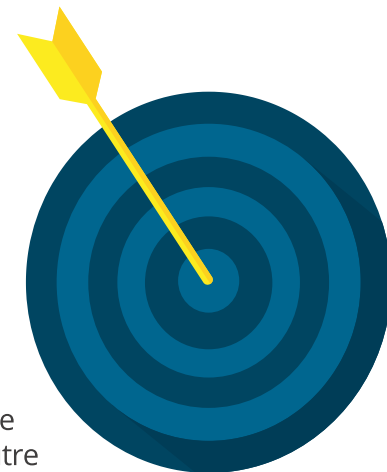
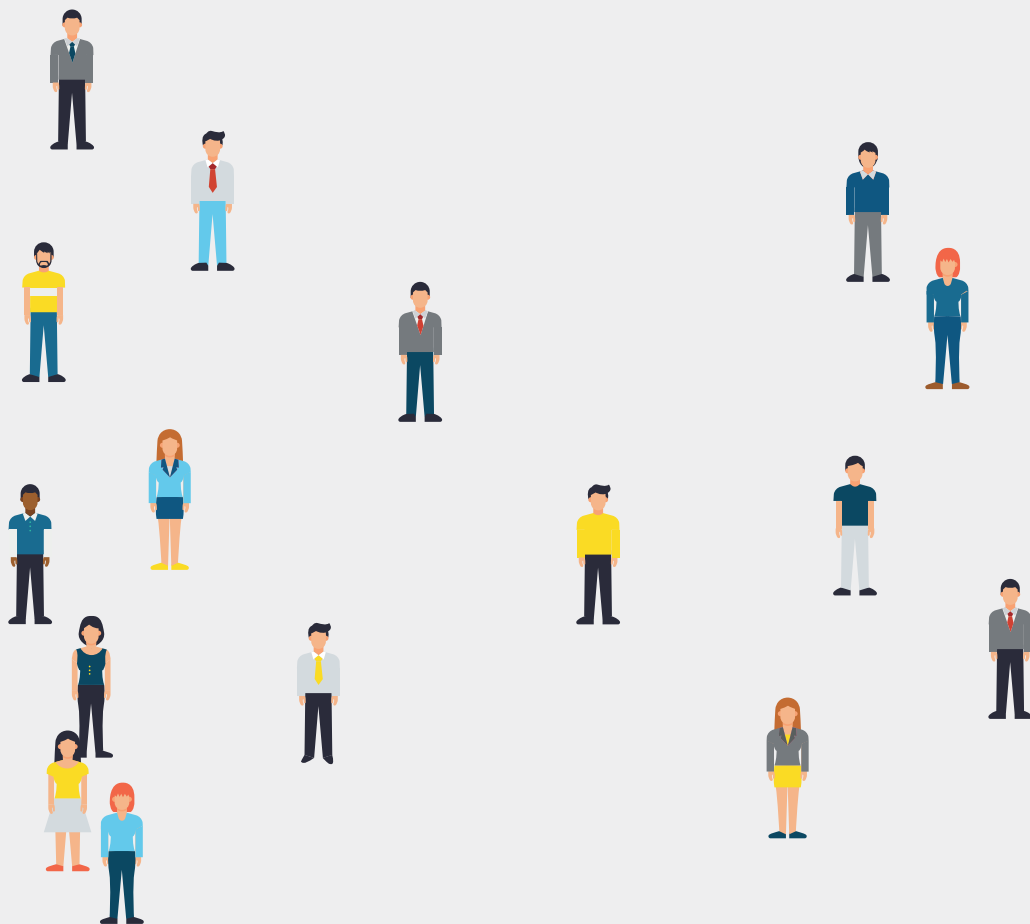




LE RECRUTEMENT SANS DISCRIMINATION



ÉDITO



Le principe d'égalité de traitement impose de traiter toute candidature à un poste vacant dans une entreprise de la même manière : lorsque vous cherchez un emploi, vous devez avoir les mêmes chances d'accéder au poste offert par l'entreprise qui recrute que n'importe quel autre candidat, sans que certaines caractéristiques de votre personne puissent faire barrage à votre demande.

Or, dans notre système juridique, il est de principe que l'employeur ainsi que le salarié sont libres de conclure ou non une relation de travail.

Dans ce cadre, le salarié peut choisir l'entreprise dans laquelle il souhaite poser sa candidature d'embauche, tout comme l'employeur peut choisir la personne qu'il souhaite embaucher.

L'employeur prend habituellement sa décision de recrutement sur base de critères objectifs en lien avec le poste à pourvoir (diplômes du candidat, expériences professionnelles...).

Cependant, rien ne l'oblige à suivre de tels critères objectifs, alors qu'il peut fonder sa décision d'embauche sur des critères plus subjectifs liés à la personne du candidat (sympathie, capacité qu'aura cette personne à s'intégrer dans l'entreprise selon l'employeur, ressenti global de l'employeur...).

Ainsi, il ne saurait en principe être reproché à un employeur d'avoir embauché un candidat au détriment d'un autre, alors même que ce candidat rejeté semblait objectivement plus qualifié que le candidat sélectionné.

Toutefois, cette liberté de l'employeur est limitée par l'interdiction des discriminations.

Le droit luxembourgeois interdit dès lors à l'employeur de prendre ses décisions d'embauche sur base de certains motifs reconnus par la loi comme étant discriminatoires.

Dans ce cadre, il est important de déterminer quels critères de sélection sont interdits par la loi.

LA DISCRIMINATION EST EN PRINCIPE INTERDITE PAR LA LOI

LES PRATIQUES DE L'EMPLOYEUR EN TERME D'EMBAUCHE SONT LIMITÉES PAR L'INTERDICTION DES DISCRIMINATIONS. CETTE INTERDICTION DE DISCRIMINATION TROUVE SA SOURCE DANS DE NOMBREUX TEXTES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX.



>> D'où vient l'interdiction de discrimination ?

L'interdiction de discrimination, notamment dans le cadre professionnel, est prévue **directement ou indirectement par un ensemble de textes internationaux** applicables au Grand-Duché de Luxembourg, parmi lesquels :

- la **Déclaration universelle des droits de l'Homme** de 1948, qui affirme le principe d'égalité des êtres humains ;
- la **Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales** de 1950, qui interdit les discriminations ;
- le **Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne**, qui prévoit que l'Union européenne cherche à combattre toute discrimination fondée sur la religion notamment dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions ;
- la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** du 7 décembre 2000, qui interdit également toute discrimination fondée sur certains motifs interdits ;
- la **Convention concernant la discrimination** (emploi et profession) C111 de 1958 de l'Organisation Internationale du Travail, ratifiée par le Grand-Duché de Luxembourg le 21 mars 2001.



Au niveau national, cette interdiction de discrimination au travail est surtout prévue par :

- la **Constitution du Grand-Duché de Luxembourg**, qui pose notamment le principe selon lequel les personnes se trouvant sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg sont égales devant la loi ;
- le **Code pénal** ;
- le **Code du travail**, par des dispositions introduites par la loi du 28 novembre 2006.

>> Quelles sont les discriminations interdites ?

Le droit du travail luxembourgeois **interdit toute discrimination** fondée sur les critères suivants :



Le sexe

(y compris par référence à l'état familial ou matrimonial et y compris le changement de sexe)



L'orientation sexuelle



L'âge



Le handicap



L'appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une « race » ou ethnique



La religion ou les convictions



La nationalité, sous certaines réserves¹

Cette interdiction de discrimination s'applique **à tout moment de la relation de travail**, et notamment aux conditions d'accès à l'emploi, les critères de sélection et les conditions de recrutement ou bien toute formation professionnelle.

¹ Depuis la loi du 7 novembre 2017, la discrimination fondée sur la nationalité est interdite. Cependant, sont autorisées certaines différences de traitement entre les citoyens de l'Union Européenne et les autres personnes : dès lors l'entrée du territoire ou l'octroi de visas, ainsi que les restrictions d'emploi restent valables pour les ressortissants de pays tiers à l'Union Européenne.

Elle s'applique quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle. L'interdiction vise tant les **discriminations directes** que les **discriminations indirectes**.

La discriminations directe

Elle est définie par la loi comme la situation dans laquelle une personne est :

- traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été, ou ne le serait ;
- dans une situation comparable ;
- et en raison d'un ou de plusieurs des motifs discriminatoires indiqués ci-dessus.

Il pourra y avoir **discrimination directe** en cas de **réunion cumulative de ces trois éléments**.

Ainsi et notamment, la différence de traitement opérée par l'employeur ne serait pas considérée comme discriminatoire si celle-ci n'est pas justifiée par l'un des motifs interdits.

EXEMPLE



AUTORISÉ

L'employeur pourrait valablement décider d'embaucher des salariés au détriment d'autres candidats parce qu'il juge leur façon de se vêtir plus approprié par rapport au poste à remplir, à condition que le choix ne se fasse pas au détriment d'un motif de discrimination prohibé (p. ex. le sexe).

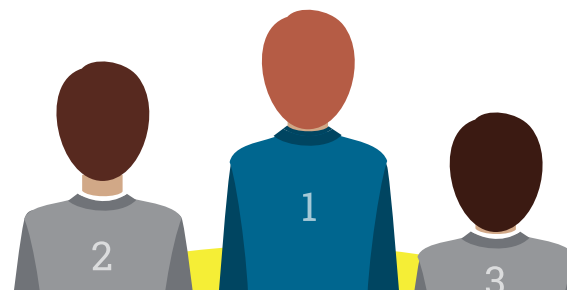


INTERDIT

L'employeur ne pourrait publier une annonce d'emploi dans laquelle il indiquerait que le poste à pourvoir par des personnes de confession chrétienne uniquement.²

Dans ce cadre, il est sans importance que l'employeur ait ou non eu l'intention de faire subir un tel traitement discriminatoire : la simple constatation de l'existence de cette pratique suffit pour qu'il puisse y avoir discrimination.

² Sauf exceptions (voir p.10)



La discriminations indirecte

Elle correspond à la situation dans laquelle :

- une pratique de l'employeur, une disposition (par exemple dans un règlement intérieur ou un contrat de travail) ou **un critère neutre en apparence** ;
- est susceptible d'entraîner **un désavantage particulier** pour des personnes ayant un sexe, une religion ou des convictions, un handicap, un âge, une orientation sexuelle, une appartenance ou non appartenance, vraie ou supposée, à une « race » ou ethnie donnée ;
- **par rapport à d'autres personnes** ;
- à moins que cette pratique ou ce critère ne soit **objectivement justifié** par un **objectif légitime** de l'employeur et que les moyens de réaliser cet objectif soient **appropriés et nécessaires**.



EXEMPLE

✓ AUTORISÉ

Dans une fabrique de chocolat, il peut être imposé aux salariés qui sont recrutés d'accepter de recouvrir leur barbe, pour éviter que les poils ne tombent dans le chocolat. Cela concerne tous les salariés masculins qui porteraient la barbe, peu importe leur religion.

✗ INTERDIT

Dans une telle fabrique de chocolat, imposer aux salariés de raser la barbe pour être embauchés pourrait constituer un désavantage caché pour ceux qui en portent une par conviction religieuse, par rapport à ceux qui n'ont pas de tels impératifs religieux.

Ainsi, il est **fortement déconseillé** à l'employeur de poser des questions lors de l'entretien d'embauche qui peuvent se rapporter **à l'un des motifs discriminatoires indiqués ci-dessus** et qui n'ont pas de lien avec le poste à pourvoir.



En effet, le fait même que l'employeur pose ces questions laisse penser que la réponse influera sur sa décision de recruter ou non le candidat.

Dans une telle situation, il est conseillé de ne pas répondre à une question qui pourrait emporter une discrimination : la loi sur l'égalité de traitement vous permet de refuser d'y répondre. Vous pouvez alors faire référence à cette loi.

Il existe cependant certaines **exceptions à ces interdictions**.

Il s'agira dès lors pour l'employeur de justifier sa décision par un objectif légitime à réaliser par des moyens appropriés et nécessaires : dans notre exemple, des conditions sanitaires sont des conditions neutres qui sont **objectivement justifiées** par des considérations d'hygiène et les moyens pour y parvenir, par exemple un sac en plastique recouvrant la barbe, se justifient et sont appropriés à la production en usine et nécessaires pour maintenir une qualité irréprochable de production.

Il n'est pas nécessaire, pour que la discrimination indirecte soit retenue, que des personnes soient effectivement désavantagées, **il suffit de constater qu'il y a un risque de discrimination indirecte**.

» Quelles sont les exceptions prévues à l'interdiction de discrimination à l'embauche ?

Toute différence de traitement fondée sur l'une des caractéristiques liées aux motifs précités **ne constitue pas nécessairement une discrimination**. Ainsi, lors de la sélection à l'embauche notamment, l'employeur a la possibilité de privilégier certains candidats ou d'en rejeter d'autres, même si cela devait entraîner une différenciation de traitement en raison du sexe, de la religion ou des convictions, du handicap, de l'âge, de l'orientation sexuelle ou la soi-disant appartenance à une « race » ou une ethnie (qu'elle soit réelle ou supposée), et ce, en raison :

- de la **nature d'une activité professionnelle** ou des **conditions de son exercice** ;
- si la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante ;
 - pour autant que **l'objectif soit légitime** ;
 - et que l'exigence **soit proportionnée**.

EXEMPLE

✗ INTERDIT

Refuser d'engager un homme dans l'accueil d'une entreprise, parce que l'on juge que les clients préfèrent être servis par une femme pour différentes raisons (apparence, gentillesse...)

EXEMPLE

✓ AUTORISÉ

On cherche un acteur masculin pour jouer le rôle du Mahatma Gandhi dans un film à tourner pour le cinéma. La nature de l'activité professionnelle, à savoir le cinéma justifie qu'on sélectionne un profil spécial de personne et qu'on écarte les autres, à savoir ceux d'une origine ethnique qui ne serait pas de type indien ou assimilable. L'objectif de recruter une personne de ce type est légitime, celui de rendre crédible le rôle. Enfin, l'exigence de recruter un acteur de ce type est proportionnée, puisqu'elle vise uniquement ce film et tend à faire en sorte que la crédibilité du personnage contribue de façon décisive au succès possible du film.

Plus particulièrement concernant la religion, la loi prévoit que si dans les cas d'activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne est prévue par des lois ou des pratiques existant au 2 décembre 2000, celle-ci ne constitue alors pas une discrimination lorsque :

- par la **nature de ces activités** ou par le contexte dans lequel elles sont exercées ;
- la religion ou les convictions constituent une **exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée** eu égard à l'éthique de l'organisation.

EXEMPLE

✓ AUTORISÉ

Il ne serait pas discriminatoire pour une école privée chrétienne d'embaucher un professeur catholique en raison de sa confession, pour dispenser des cours de religion chrétienne.

EXEMPLE

✗ INTERDIT

Refuser d'engager une femme de charge pour nettoyer un lieu de culte pour la raison qu'elle serait d'une confession différente de celle pratiquée dans ce lieu de culte, constituerait une discrimination interdite par la loi.



EN CAS DE DISCRIMINATION

SI VOUS AVEZ L'IMPRESSION D'AVOIR SUBI UNE DISCRIMINATION LORS D'UN ENTRETIEN D'EMBAUCHE OU BIEN AVANT, LORS DE LA SÉLECTION DES CV, VOIRE ENCORE LORSQUE LES CRITÈRES DE RECRUTEMENT ONT ÉTÉ ANNONCÉS PAR L'EMPLOYEUR (DANS UN JOURNAL, SUR INTERNET, À LA RADIO ETC.), PLUSIEURS VOIES S'OFFRENT À VOUS POUR RÉAGIR FACE À CETTE PRATIQUE (VOIR SOUS A).

A TITRE D'ILLUSTRATION, NOUS VOUS DISCUTONS DE CAS PRATIQUES QUI PEUVENT SE PRODUIRE, POUR SAVOIR CE QUI PEUT ÊTRE CONSIDÉRÉ COMME LICITE OU NON (VOIR SOUS B).



>> Comment réagir ?

Le candidat à l'embauche qui s'estime victime d'une discrimination doit réagir. Il dispose pour cela de plusieurs moyens.



Le candidat peut tenter d'entrer **en contact direct avec l'employeur** ou les représentants du personnel dans l'entreprise aux fins de discuter des motifs à l'origine de ce refus d'embauche et tenter de s'assurer que les motifs de refus d'embauche ne sont pas discriminatoires.

EN PRATIQUE

Monsieur K. reçoit Madame Z. en entretien d'embauche. Au cours de celui-ci, Monsieur K. interroge Madame Z. sur sa confession religieuse et sa pratique de celle-ci. Madame Z. remarque que Monsieur K. semble dérangé par la réponse qu'elle lui fournit.

Quelques jours plus tard, Madame Z. apprend que sa candidature n'a pas été retenue au motif que son profil ne correspondrait pas aux exigences du poste à pourvoir. Pourtant Madame Z. est convaincue qu'elle convenait parfaitement pour cet emploi et que Monsieur K. ne l'a pas embauchée pour des motifs religieux.

Le refus d'embauche de Madame Z. pourrait être discriminatoire. Cependant, cette illégalité reste à prouver alors qu'une multitude d'autres critères légaux auraient pu justifier la décision de l'employeur (ses qualifications professionnelles, ses qualités humaines...) et alors que l'entretien s'est déroulé entre quatre yeux.

Madame Z. peut écrire une lettre pour demander les motifs exacts de la décision en se basant sur les textes légaux, elle-même ou par un avocat.



Le candidat pourra demander l'assistance du **CET (Centre pour l'égalité de traitement)**, qui est disposé à fournir tous renseignements sur les démarches à entreprendre et tenter d'obtenir tous renseignements utiles pour démasquer une situation de discrimination.

EN PRATIQUE

Madame D. est une jeune femme et est convoquée à un entretien d'embauche. Le recruteur pense voir qu'elle a un ventre rond et lui demande, sans pudeur, si elle est enceinte. Elle explique que non. Cependant, une semaine plus tard sa candidature est rejetée sans motif et un jeune homme est engagé.

Madame D. demande au CET d'intervenir : il adressera une lettre à l'employeur en demandant des explications. Il sera rappelé que le refus d'embauche basé sur la grossesse est considéré comme une discrimination directe basée sur le sexe, et ce depuis l'arrêt DEKKER de la Cour de Justice des Communautés Européennes de 1990.



Le candidat peut également contacter **l'ITM (Inspection du Travail et des Mines)** qui est chargée de contrôler l'application des règles relatives à l'interdiction de discrimination dans les entreprises.

EN PRATIQUE

Une personne d'origine bosniaque postule à un emploi de graphiste dans une chaîne de distribution alimentaire. Au terme de la procédure de recrutement, 3 autres personnes luxembourgeoises ont été recrutées et le candidat est rejeté pour être surqualifié.

Estimant être victime de discrimination « raciale » ou fondée sur l'origine ethnique, le candidat informe l'ITM de cette pratique, en espérant que l'administration pourra contrôler si une discrimination peut être vérifiée dans ce cas.



Le salarié en cause peut saisir le **Tribunal du Travail** d'une action en dommages et intérêts. Dans ce cadre, il peut demander l'assistance d'un syndicat ou d'une association agréée qui défend les personnes d'un motif de discrimination particulier.

EN PRATIQUE

Monsieur T. postule à un poste d'infirmier au sein d'une clinique privée. Lors de l'entretien d'embauche, Madame R. en charge du recrutement, remarque que Monsieur T. porte une petite croix (chrétienne) autour du cou. Elle lui signale que, si celui-ci est embauché, il sera tenu de la retirer lors de ses heures de travail pour des raisons de santé et de sécurité (Madame R. explique notamment à Monsieur T. que les patients pourraient tirer sur la croix ou que celle-ci pourrait entrer en contact avec une blessure ouverte).

Monsieur T. refuse de retirer son collier, mais propose de mettre un collier plus court qui ne puisse blesser personne. De plus, avec ce collier plus court, la croix ne sera pas visible. Néanmoins, Madame R. refuse de l'embaucher.

Monsieur T. est membre d'un syndicat. Grâce à ce soutien, une requête en dédommagement est déposée auprès du tribunal du travail. Il appartiendra aux juges de décider si le refus d'embauche est discriminatoire.

Dans notre hypothèse, la décision de Madame R. pourrait être considérée comme discriminatoire alors que les motifs invoqués par celle-ci pour fonder son refus d'embauche reposent sur des considérations générales de santé et de sécurité des patients, mais qu'en réalité, le candidat à l'embauche propose une solution acceptable, de sorte à ce que les juges puissent y voir une discrimination basée sur la religion ou les convictions.



Enfin, si le candidat estime que la discrimination est particulièrement grave, alors il pourra saisir la justice et ainsi notamment déposer une **plainte pénale pour discrimination**. Si les faits sont avérés, la personne à l'origine de la pratique discriminatoire pourrait être condamnée à des peines d'emprisonnement (de 8 jours à 2 ans) et/ ou d'amende (251 à 25 000 EUR).

EN PRATIQUE

Dans une affaire tranchée par la Cour de Justice de l'Union Européenne (affaire ACCEPT de 2013), un dirigeant de club de football dans un pays de l'Union Européenne avait déclaré publiquement qu'il n'engagerait pas de joueur homosexuel. Cette annonce a été déclarée comme étant une pratique discriminatoire par la Cour.

Le fait de se voir poser des questions sur son orientation sexuelle dans un entretien d'embauche est un indice qu'une pratique discriminatoire est suivie par l'employeur, en contradiction avec la loi.

Dans un tel cas, une plainte pénale aurait toutes les chances d'aboutir et d'emporter une condamnation par le tribunal correctionnel de la personne qui dénonce une telle discrimination.



>> Pratiques et questions concrètes lors des entretiens d'embauche

Lors d'un recrutement, on est confronté à une multitude de questions qui peuvent être valables pour cerner la personnalité et les qualités d'un candidat à un emploi.

Néanmoins, nombre de questions peuvent être considérées comme discriminatoires. En voici des exemples concernant tous les **motifs de discrimination expressément interdits par le Code du Travail**.



Sexe/genre

Vous êtes une femme et le recruteur vous pose la question de savoir si vous êtes mariée et si vous avez des enfants.

Une telle question peut être un indice d'une discrimination basée sur le genre, car dans la pratique de telles questions ciblent des femmes qui pourraient ne pas être engagées, parce que l'employeur craint que la candidate risque de demander un congé de maternité et donc de manquer au poste pendant une certaine période. De même, le fait de demander si vous voulez avoir des enfants ou bien 'fonder une famille' dans le futur proche est un indice d'une attitude discriminatoire.

Une telle attitude du recruteur peut constituer une discrimination multiple, certes non expressément prévue par la loi : cependant, chacun des critères de discrimination est interdit. Ainsi, le refus d'embauche pourra être considéré comme une discrimination par rapport au sexe ou encore la situation de famille ou bien encore l'état matrimonial.



Handicap

Vous souffrez d'un handicap visuel à 1/10e. Vous postulez à un emploi administratif. Sélectionné sur CV, vous vous rendez à l'entretien d'embauche.

Le recruteur s'étonne de votre candidature et vous pose de nombreuses questions quant à la vitesse dans votre travail et votre aptitude à exécuter les tâches à prévoir.

Si votre candidature est rejetée même sans donner de motif, on peut présumer que ce rejet de candidature sera exclusivement basé sur votre handicap. Ce rejet sera discriminatoire, car l'employeur doit prévoir des aménagements raisonnables pour permettre à une personne souffrant d'un handicap d'exercer ses tâches dans des conditions de respect de ce handicap.



Orientation sexuelle

Si dans un entretien d'embauche, une question vous est posée du type : êtes-vous homosexuel ou lesbienne ?, vous avez le droit de ne pas y répondre. L'orientation sexuelle ne doit en pratique pas influencer sur l'adéquation de votre candidature au poste vacant.



Appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une « race » ou une origine ethnique

La loi interdit de se baser sur des considérations d'origine d'une personne qui souhaite être engagée. Si le recruteur vous pose des questions sur votre origine, s'il fait des remarques sur votre couleur de peau ou bien vous questionne sur l'origine de votre nom « compliqué à prononcer », voilà des indices d'un comportement discriminatoire.



Age

Une annonce d'offre d'emploi mentionne qu'elle recherche un employé âgé de 17 à 45 ans. Monsieur F. est âgé de 50 ans et postule pour ce poste. Dans sa lettre de candidature, il mentionne son âge. Convoqué à un entretien d'embauche, il fut rejeté sans aucun motif.

L'employeur peut cependant tenter de prouver que le rejet de la candidature n'est pas dû à l'âge, par exemple par des statistiques montrant que d'autres recrutements se sont faits récemment avec des candidats âgés de plus de 50 ans, à condition que le rejet de ce candidat puisse être attribué à d'autres critères objectifs, comme la qualification.



Religion

Monsieur A. est le gérant d'une société de nettoyage située à Luxembourg, qui intervient principalement dans des locaux professionnels - type bureaux. Les agents d'entretien de sa société exercent leur activité essentiellement le soir ou tôt le matin, en dehors des horaires d'ouverture des bureaux.

Monsieur A. est à la recherche d'un nouvel agent d'entretien pour renforcer ses effectifs.

Madame B. est fortement intéressée par cet emploi qui semble correspondre exactement à ses qualifications et à son expérience, de sorte qu'elle adresse sa candidature à Monsieur A.

Madame B. se présente à l'entretien d'embauche auquel l'a convoqué Monsieur A., portant un voile islamique. Monsieur A. lui explique alors qu'il ne pourra pas l'embaucher, le port du voile n'étant pas compatible avec les usages de son entreprise.

Cet acte de Monsieur A. est en principe constitutif d'une discrimination, alors qu'il semble difficile pour celui-ci de justifier que sa décision est légitime et proportionnée compte tenu de l'activité de son entreprise et du poste offert à l'emploi.



Nationalité

Madame V. se rend à un entretien d'embauche. Elle est de nationalité belge, habite à Arlon, mais parle le Luxembourgeois. L'employeur apprenant ces caractéristiques, lui indique que certes, elle parle la langue nationale, mais qu'il ne l'engagera pas, parce que la mentalité belge ne correspond pas à l'entreprise et qu'il n'a pas envie de soutenir les déplacements de frontaliers.

De telles remarques sont constitutives d'une discrimination, car la nationalité de la candidate ne peut aboutir à la traiter moins bien qu'un candidat luxembourgeois.

De plus, selon le droit européen, tous les citoyens européens ont le droit de circuler librement dans l'Union européenne sans qu'une discrimination ne puisse être faite en raison de leur nationalité.

NOTES





LE RECRUTEMENT SANS DISCRIMINATION

- PETIT GUIDE PRATIQUE POUR SALARIÉ -

En collaboration avec :



Le présent guide est indicatif et ne peut être considéré comme une consultation juridique. Il appartient au juge de trancher tout litige. Le CET décline toute responsabilité à ce sujet.