

Paris, le 29 mai 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-052

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail ;

Vu le code pénal ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Saisi par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son âge, de son sexe, de sa situation de famille et de son état de grossesse supposé ou du moins anticipé de la part de la société Y ;

Recommande à la société Y de se rapprocher de la réclamante en vue de réparer son préjudice et de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

A défaut d'accord dans ce cadre, décide de présenter ses observations devant la juridiction qui pourrait être saisie par la réclamante.

JACQUES TOUBON

**Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au
Défenseur des droits**

1. Le 2 juin 2017, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire en raison de son âge, de son sexe, de sa situation de famille et de son état de grossesse supposé ou du moins anticipé.

RAPPEL DES FAITS :

2. Par courriel du 3 mai 2017, Madame X, qui avait adressé sa candidature pour un poste d'assistante commerciale via POLE EMPLOI, est contactée par Madame Z, co-gérante de la société Y.
3. Le 5 mai 2017, Madame X a passé un entretien d'embauche, puis elle a effectué une matinée d'observation au sein de l'établissement, le 16 mai 2017.
4. Le 17 mai 2017, Madame Z, au nom de la société Y, a opposé un refus d'embauche à Madame X en lui laissant un message vocal dont le contenu est le suivant :

« Bonjour Madame X, Madame Y, établissement Y.

Je t'appelle parce que malheureusement le choix a été très très compliqué pour nous deux, enfin pour vous deux, puisque que vous étiez toutes les deux avec les mêmes qualités et les mêmes défauts, si je puis dire.

On a malheureusement tranché en faveur de l'autre candidate puisqu'on a réfléchi, après, nous, d'un point de vue personnel, et c'est une dame qui a un âge plus avancé et qui n'aura pas besoin d'enfants, qui n'aura pas forcément besoin de s'arrêter, et donc, ben on a dû faire un choix et on s'est arrêté, on s'est arrêté, là-dessus, donc, malheureusement, on va prendre l'autre candidate.

Maintenant, si jamais celle-ci ne convient pas durant la période d'essai, on se permettra de pouvoir te rappeler si tu n'es pas en poste et si tu seras toujours intéressée à ce moment-là.

Je te souhaite une bonne continuation et pleins de bonnes choses.

Au revoir Madame X ».

5. L'authenticité et le contenu de ce message vocal ont été constatés par un agent, juriste du Défenseur des droits assermenté et spécialement habilité par le Procureur de la République de Paris à constater les délits de discrimination, dans un procès-verbal en date du 15 juin 2017.

ENQUETE :

6. Aux fins d'instruire la réclamation de Madame X, les services du Défenseur des droits ont adressé à la société Y, le 26 juin 2017, une note récapitulant son analyse du dossier et les raisons pour lesquelles il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination. La société mise en cause est alors invitée à faire part de ses observations avant que le Défenseur des droits ne statue définitivement.
7. En réponse, par un courrier en date du 5 juillet 2017, qui est la copie d'un courrier adressé à Madame X elle-même, la société Y conteste l'existence de toute discrimination à son préjudice et explique le refus d'embauche qui lui a été opposé notamment par un « manque d'expérience professionnelle dans le domaine commercial et administratif » et d'une motivation « très relative ».
8. Le Défenseur des droits relève cependant que ces affirmations sont contredites par la teneur du message téléphonique, qui constitue une preuve recevable constituée au moment des faits. Par contraste, la société Y ne démontre pas les griefs qu'elle impute à Madame Z pour justifier *a posteriori* le refus de l'embaucher.

CADRE JURIDIQUE :

9. L'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison notamment de son âge, de son sexe, de sa situation de famille et de son état de grossesse.
10. Cet article renvoie, aux fins de définir la discrimination, à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Aux termes de cette disposition, une discrimination est constituée lorsqu'*« une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable »*, notamment en raison de son âge, de son sexe, de sa situation de famille et de son état de grossesse.
11. L'article L. 1133-1 du code du travail précise que, par exception, il est possible de justifier un refus d'embauche lorsque le poste à pourvoir répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.
12. De même, l'article L. 1142-1 du code du travail dispose spécifiquement que *« nul ne peut [2°] refuser d'embaucher une personne [...] en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse »*, puis l'article L. 1142-2 du même code prévoit que *« lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »*, l'interdiction n'est pas applicable.
13. S'agissant du régime probatoire applicable, l'article L. 1134-1 du code du travail dispose que, lorsqu'un candidat à l'embauche présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il appartient au défendeur, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer le caractère objectif de ses décisions.
14. L'article L. 1144-1 du code du travail, confirme cet aménagement de la charge de la preuve au profit du candidat à l'embauche qui présente des éléments de faits laissant supposé qu'il a été écarté en raison de son sexe, de sa situation de famille ou, pour une candidate, de son état de grossesse. L'employeur doit démontrer le caractère objectif de sa décision.
15. Enfin, l'article L. 1221-6 du code du travail précise enfin que *« Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles [al. 1^{er}]. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles [al. 2] »*.
16. Ce principe de pertinence des informations recueillies aux fins d'assurer l'objectivité d'une procédure de recrutement est rappelé, s'agissant de l'interdiction de prendre en compte l'état de grossesse, à l'article L. 1225-1 du code du travail. Aux termes de ce texte, *« l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher [...]. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée »*.
17. En plus de ces interdictions civiles de discriminer, il existe une interdiction pénale.
18. En effet, d'une part, l'article L. 1146-1 du code du travail dispose que le fait de méconnaître l'interdiction du refus d'embauche motivé par le sexe et/ou l'état de grossesse est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 euros.

19. D'autre part, l'article 225-1 du code pénal définit la discrimination comme « *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison [...] de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse [ou] de leur âge [...]* ».
20. En vertu de l'article 225-2 3° du même code, le délit de discrimination à l'embauche, caractérisé par le refus intentionnel d'embaucher une personne notamment en raison de son sexe, de son âge, de sa situation de famille, de sa grossesse, peut important qu'ils soient vrais ou supposés, est puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. En application de l'article 131-38 du code pénal, cette peine est portée à 225 000 euros d'amende lorsqu'elle est infligée à une personne morale. Cette dernière encourt aussi les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du code pénal, dont une peine d'affichage.
21. Il est également précisé dans à l'article 225-3 3° du code pénal que le délit de discrimination n'est pas constitué lorsqu'« *en matière d'embauche, sur le sexe, la grossesse, l'âge [...] constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».
22. Enfin, lorsqu'elle est démontrée, la discrimination ouvre un droit à réparation au profit de la victime sur le fondement de l'article 1240 du code civil aux termes duquel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

ANALYSE JURIDIQUE :

23. En l'espèce, Madame X a effectué une « *matinée d'observation* » au sein de la société Y qui semble s'être bien déroulée, ceci s'ajoutant au fait qu'elle devait avoir les compétences et l'expérience professionnelle requise pour pourvoir le poste d'assistante commerciale, puisque Madame Z lui explique qu'elle avait les « *mêmes qualités et les mêmes défauts* » que l'autre candidate.
24. Pour autant, cette dernière indique, dans son message vocal, qu'elle n'a pas retenu la candidature de Madame X pour un motif d'ordre purement « *personnel* » et elle explique ensuite qu'elle et le directeur ont « *arrêté* » leur choix en faveur d'« *une dame qui a un âge plus avancé et qui n'aura pas besoin d'enfants, qui n'aura pas forcément besoin de s'arrêter* ».
25. Dans son courrier de réponse à l'instruction, la société Y explique que Madame Z ne « *s'attendait pas à tomber sur [le] répondeur* », que « *cela [l'a] surpris[e] et [qu'elle a donc] improvisé maladroitement un rapide message* ».
26. La société poursuit en soutenant que le message téléphonique « *eu égard à son support ne reflète pas de manière intégrale [sa] décision* ».
27. Ainsi, outre le fait qu'en formulant une telle réponse, la société Y ne conteste pas avoir pour partie fondé le refus d'embauche sur des motifs discriminatoires, il apparaît qu'elle se saisit *a posteriori* de motifs entrant en contradiction avec les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction.
28. De fait, il convient en premier lieu de rappeler que les messages téléphoniques vocaux, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur, constituent une preuve licite et recevable (Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738).
29. En l'espèce, il résulte du message vocal incriminé que Madame Z exprime son intention d'écarter Madame X du poste d'assistante commerciale en raison de son âge et de sa situation de famille, mais aussi en raison de son sexe puisqu'elle anticipe le fait que Madame X puisse avoir des enfants.

30. Or, il convient de rappeler, en second lieu, que la responsabilité civile et pénale de l'auteur d'une décision discriminatoire, comme un refus d'embauche, doit être engagée même si la considération de critères illicites n'a pas été le seul facteur en vertu duquel il s'est déterminé (Cass.Crim. 14 juin 2000, n° 99-81.108 – 15 janvier 2008 n° 07-82.380 ; Cass. soc., 8 juill. 2009, *Bull. civ. V*, n° 172).
31. Par conséquent, quand bien même la société Y se prévaut d'autres motifs pour justifier *a posteriori* le refus d'embauche opposé à Madame X, ils n'évincent pas son caractère discriminatoire.
32. Le Défenseur des droits observe en outre que ces motifs ne sont pas démontrés ou mêmes étayés et qu'ils sont en contradiction avec la teneur du message vocal et avec les autres justifications que la société Y avance d'elle-même.
33. Ainsi, la pertinence du grief de « *manque d'expérience dans le domaine commercial et administratif* » ne saurait être retenue dès lors que la société Y ajoute « *abstraction faite des périodes de formation en alternance* » et que Madame Z affirme dans son message téléphonique que Madame X avait les « *mêmes qualités et les mêmes défauts* » que l'autre candidate.
34. De même, il n'est pas justifié de lui imputer « *une motivation relative* » parce qu'elle aurait été « *d'avoir un CDI pour finaliser la construction de [sa] maison* », tout en soutenant, dans le même temps, que sa « *motivation a incité [la société] dépasser [la] 1^{ère} lecture [de son curriculum vitae] et à [la] rencontrer* ».
35. Quant à la « *mauvaise maîtrise de l'orthographe* » et le « *manque de ponctualité* » également imputés à Madame X, ils ne sont aucunement étayés.
36. Le Défenseur des droits constate donc au regard du message vocal et de l'absence de justification objective présentée par la société Y, que le refus d'embauche opposé à Madame X constitue une discrimination en raison de son âge, de son sexe, de sa situation de famille et de son état de grossesse supposé ou du moins anticipé.
37. Or, il relève aussi que, si la disponibilité d'une assistante commerciale dans une société visant à vendre les produits qu'elle cultive est une exigence inhérente à ce poste, il est disproportionné de la lier à un âge permettant d'avoir potentiellement des enfants et à la situation de famille. Ces caractéristiques personnelles sont indifférentes à l'exécution du contrat de travail d'une assistante commerciale et ne permettent pas d'apprécier concrètement sa disponibilité.

38. En conséquence, et au vu de ce qui précède, après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, le Défenseur des droits :

- Constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination à l'embauche en raison de son sexe, de son âge, de sa situation de famille et de son état de grossesse supposé en violation des articles L. 1132-1, L. 1142-1, L. 1225-1, L. 1146-1 du code du travail et des articles 225- 1 et 225-2 3° du code pénal ;
- Recommande à la société Y, de se rapprocher de la réclamante en vue de réparer son préjudice et de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- Décide, à défaut d'accord dans ce cadre, de présenter ses observations devant la juridiction qui pourrait être saisie par la réclamante.

JACQUES TOUBON