



Décision du Défenseur des droits MLD-2013-203

Décision relative à une rupture de promesse d'embauche en lien avec l'identité sexuelle (Observations)

Lutte contre les discriminations

Emploi privé

Identité sexuelle

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation d'une personne qui estimait avoir fait l'objet d'un refus d'embauche en raison de son identité sexuelle.

Le Défenseur des droits a procédé à une enquête auprès de la réclamante et de l'association mise en cause.

La réclamante démontre qu'à la suite de sa candidature sur une offre publiée par POLE EMPLOI, elle a été reçue deux fois en entretiens, qu'il lui a été demandé de communiquer certains documents administratifs pour « finaliser [son] embauche », et qu'un planning de toutes ses interventions de l'année lui a été communiqué.

Le mis en cause, quant à lui, présente des justifications contradictoires et qui ne sont corroborées par aucun élément de fait. Il ne démontre donc pas que cette rupture de promesse d'embauche aurait été fondée sur un motif légitime, et que cette décision serait justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le Défenseur des droits considère donc que la réclamante a fait l'objet d'une rupture de promesse d'embauche liée à son identité sexuelle. En conséquence, il décide de présenter des observations devant le Conseil de prud'hommes saisi par la réclamante.



Paris, le 4 novembre 2013

Décision du Défenseur des droits MLD-2013-203

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 le Code du travail.

Saisi par Madame B qui estime avoir fait l'objet d'une rupture de promesse d'embauche en raison de son identité sexuelle,

Décide de présenter des observations devant le Conseil de prud'hommes saisi par la réclamante.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

OBSERVATIONS
devant le Conseil de prud'hommes présentées dans le cadre de l'article 33 de
la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. Le 28 octobre 2011, Défenseur des droits a été saisi par l'intermédiaire d'un délégué, d'une réclamation de Madame B relative à une rupture de promesse d'embauche qu'elle estime discriminatoire en raison de son identité sexuelle.
2. Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, les procédures ouvertes par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité se poursuivent devant le Défenseur des droits.
3. Madame B est une personne trans. Son état civil ne coïncide, actuellement, pas avec son identité sociale et son apparence physique.
4. Le 5 septembre 2011, suite à une offre publiée par POLE EMPLOI, elle postule pour un emploi de « *formateur en CDI* » au sein de l'association X
5. Le 6 septembre 2011, Madame M, de l'association LES X et responsable des animations du soir, demande à la réclamante d'étudier le projet pédagogique des animations du soir pour l'année 2011/2012.
6. Répondant à cette sollicitation, Madame B adresse alors à Madame M son projet pédagogique.
7. Le 15 septembre 2011, Madame M lui propose un entretien fixé au 21 septembre pour évoquer le projet pédagogique en question.
8. Le 21 septembre 2011, la réclamante est donc reçue en entretien par Madame M, et le 27 septembre, cette dernière lui aurait indiqué, par téléphone, que sa candidature était retenue.
9. Le 29 septembre 2011, Madame B rencontre à nouveau Madame M pour un second entretien au cours duquel, elle aurait évoqué son changement de sexe.
10. Le 30 septembre 2011, Madame M demande à la réclamante la communication des documents administratifs nécessaires à l'établissement de son contrat de travail.
11. Par courrier électronique du même jour, Madame B précise que tous les documents sont prêts à l'exception du casier judiciaire.
12. Par courrier électronique du 3 octobre 2011, Madame M précise à la réclamante avoir pris attache avec le délégué régional de l'association qui la contactera pour un entretien.
13. Le même jour, Madame B adresse les documents administratifs nécessaires à l'établissement de son contrat de travail, notamment sa carte nationale d'identité et sa carte vitale mentionnant son prénom masculin.

14. Le 4 octobre 2011, la réclamante est contactée par téléphone par Madame C, assistante de Monsieur Z, délégué régional, qui lui fixe un entretien pour le lendemain, soit le 5 octobre.
15. Suite à son entretien avec Monsieur Z, Madame B est informée par l'assistante de ce dernier de ce que son embauche est annulée, ainsi que sa première intervention auprès des X, prévue le jour même.
16. Suite à cet appel, la réclamante adresse un courrier électronique à Madame M pour l'informer qu'elle n'a finalement pas été retenue pour le poste.
17. Le 6 octobre 2011, Madame M lui répond avoir été informée du refus de Monsieur Z, sans autre explication.
18. La réclamante lui demande alors de lui communiquer les motifs de l'annulation de son embauche par Monsieur Z. Aucune réponse ne lui est apportée.

ANALYSE JURIDIQUE :

- Sur l'existence d'une promesse d'embauche et non d'une proposition d'emploi :
19. Le Défenseur des droits souligne qu'il convient de distinguer la promesse d'embauche de la proposition d'emploi. En effet, en cas de rétractation ultérieure de la part de l'employeur, les juges du fond sont susceptibles d'analyser les termes et conditions qui y sont contenues pour décider s'ils sont en présence d'une simple offre d'emploi qui n'oblige pas les parties ou d'une promesse unilatérale d'embauche créant pour l'employeur une obligation dont il ne pourra pas se dégager unilatéralement et qui devient définitive par l'acceptation du salarié.
 20. A titre d'exemple, une simple offre d'emploi sera celle qui ne mentionne ni l'emploi occupé, ni la rémunération, ni la date d'embauche, ni le temps de travail (Cass. Soc., 12 juillet 2006, n°04-47.938).
 21. Il a ainsi été jugé que constitue une promesse d'embauche le document écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction même si celui-ci ne comporte pas d'indication sur la rémunération (Cass. Soc ; 30 mars 2005, n°03-40.901).
 22. La promesse d'embauche peut être faite par courriel ou par fax dès lors que l'employeur peut être identifié comme en étant l'auteur (Cass. Soc., 11 juillet 2007, n°06-43.154). Elle peut également être purement orale, à charge pour le salarié de rapporter la preuve de son existence.
 23. La Cour de cassation considère que la rupture d'une promesse d'embauche sans motif légitime s'analyse comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 15 déc. 2010, no 08-42.951).
 24. En l'espèce, il ressort de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que, par courrier électronique du 29 septembre 2011, Madame M, qui avait reçu par deux fois la réclamante en entretien, lui adresse son planning d'interventions en qualité de formatrice à compter du 5 octobre 2011.

25. Sur ce planning allant du 5 octobre 2011 au 10 juillet 2012, l'ensemble des animations et des groupes prévus pour Madame B sont énumérés (05/10 pâtisseries 2B gp1 ; 06/10 pâtisseries 2B gp 2, [...] 09/07 Boulangers 1 gp1 – 5^{ème} séance, 10/07 Boulangers 1 gp 1, etc...).
26. Le 3 octobre 2011, Madame M lui envoie à nouveau un courrier électronique se terminant par les termes suivants : « *pour faire le contrat, il faudrait que vous me transmettiez le plus rapidement possible les documents administratifs déjà rassemblés* ».
27. Ainsi, l'intention de l'association d'embaucher Madame B semble donc claire et non équivoque et l'entretien final avec Monsieur Z, délégué régional, apparaît alors comme une simple formalité. Preuve en est qu'il est d'ailleurs fixé le jour même de la première intervention de la réclamante au 5 octobre.
28. Cependant, dans sa réponse adressée au Défenseur des droits en date du 21 mai 2012, Monsieur Z précise que Madame M, maîtresse de maison, n'a aucune responsabilité en matière de recrutement.
29. Monsieur G, DRH du siège, indique quant à lui dans un courrier complémentaire adressé au Défenseur des droits que : « *Madame B est la seule candidate qui a été reçue pour ce recrutement sur l'initiative de la maîtresse de maison. À l'issue de cet entretien, aucune promesse d'embauche n'a été établie* ».
30. Monsieur G ne conteste pas la qualité de Madame M pour recevoir la réclamante en entretien mais indique simplement qu'elle a été reçue à son initiative.
31. En tout état de cause, Madame M semble avoir été clairement identifiée comme l'employeur dans tous les échanges qu'elle a pu avoir avec la réclamante.
32. Quant à l'entretien qui s'est déroulé le 5 octobre 2011 entre la réclamante et Monsieur Z, intervenant le jour-même de la prise de fonctions de la réclamante, il ne pouvait être considéré par l'association comme un préalable à l'embauche, d'autant qu'à cette date Madame B avait nécessairement déjà préparé sa première intervention. De plus, elle s'était acquittée, à la demande de l'association, de la transmission des documents nécessaires à l'établissement de son contrat de travail.
33. Pour toutes ces raisons, les caractéristiques d'une promesse d'embauche et non d'une simple proposition d'emploi sont donc réunies puisque plusieurs écrits - émanant d'une personne identifiée comme l'employeur - précisent bien à Madame B à la fois l'intitulé du poste ainsi que sa date d'entrée en fonction.
- Sur le caractère discriminatoire de la rupture de la promesse d'embauche :
34. Le Défenseur des droits relève que la promesse d'embauche vaut contrat de travail et le fait de promettre l'embauche vaut embauche. L'employeur et le candidat retenu ne peuvent donc plus se rétracter par la suite, sauf à justifier d'un motif légitime. (Cass. Soc ; 15 décembre 2010, n°08-42951).
35. D'ailleurs, ce même arrêt précise qu'en cas de rétractation de la promesse d'embauche sans motif légitime, la rupture par l'employeur s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

36. Au surplus, 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, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle [...]* ».
37. L'article L.1132-4 précise en outre que toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance de l'article L.1132-1 est nul.
38. Par ailleurs, l'article L.1142-1 2° du code du travail énonce que nul ne peut : « *Refuser d'embaucher une personne, prononcer une mutation, résilier ou refuser de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse* ».
39. En l'espèce, le Défenseur des droits relève que la concomitance entre l'envoi le 3 octobre 2011 de documents administratifs par Madame B, et notamment sa carte nationale d'identité et sa carte vitale mentionnant son prénom masculin, pour l'établissement de son contrat de travail, et la rupture de la promesse d'embauche du 5 octobre 2011, alors que la décision de l'embaucher semblait finalisée, laisse présumer l'existence d'une discrimination en raison de son sexe et/ou de son identité sexuelle.
40. Il incombe donc à l'association LES X de démontrer qu'elle s'est fondée sur un motif légitime pour rompre l'embauche, et que cette décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination conformément à l'article L.1134-1 du code du travail.
41. Par courriers des 4 mai, 6 juin et 10 septembre 2012, le Défenseur des droits a demandé des explications et pièces concernant cette procédure de recrutement à Monsieur Z, ainsi qu'à Monsieur G, directeur des ressources humaines de l'association au niveau national.
42. Il ressort de la réponse apportée par Monsieur Z, en date du 21 mai 2012, que Madame B n'aurait pas été embauchée car son profil n'aurait pas été adapté au poste.
43. Cependant, de son côté, Monsieur G explique par courrier du 8 octobre 2012, qu'aucun recrutement n'a été effectué sur ce poste pour des raisons tenant à des restrictions budgétaires.
44. Les explications apportées par Messieurs Z et G semblent donc contradictoires et ne paraissent pas justifier de manière objective et étrangère à toute discrimination la rupture de la promesse d'embauche de Madame B.
45. De plus, aucun élément ne vient corroborer les justifications apportées par Monsieur Z concernant les aptitudes de la réclamante, ou par Monsieur G s'agissant des restrictions budgétaires.
46. Dans ces conditions, le Défenseur des droits a adressé le 24 juillet 2013 à l'association une note récapitulant son analyse des faits.

47. En réponse, Monsieur Z s'est contenté d'affirmer par courrier du 30 août 2013, que Madame B n'avait pas fait l'objet d'un entretien mais avait uniquement été reçue, sur l'initiative de Madame M, « *sur un éventuel projet professionnel dont le poste n'est pas créé et qui nécessitait l'autorisation du Secrétaire Général* ». Selon Monsieur Z, qui n'a cependant communiqué aucune pièce au Défenseur des droits à l'appui de ses dires, le poste n'aurait jamais été créé.
48. Les propos de Monsieur Z sont contredits par le fait que Madame B avait postulé en réponse à une offre publiée par POLE EMPLOI, qu'il lui avait été demandé de communiquer des documents pour « *finaliser [son] embauche* », et qu'un planning d'interventions lui avait été communiqué.

En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Considère que l'association LES X ne rapporte pas la preuve de ce qu'elle se serait fondée sur un motif légitime pour rompre l'embauche, et que cette décision serait justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;
- Constate que Madame B a fait l'objet d'une rupture de promesse d'embauche discriminatoire ;
- Que cette rupture de promesse d'embauche doit donc être considérée comme un licenciement nul en vertu des articles L.1132-1 et L.1132-4 du code du travail.