

Paris, le 17 décembre 2014

Décision du Défenseur des droits MLD-2014-199

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 les articles 225-1 et 225-2 du code pénal ;

Le Défenseur des droits décide de présenter les observations suivantes devant la 31^{ème} chambre correctionnelle 1 du tribunal de grande instance de Paris,

Jacques TOUBON

Observations devant la 31^{ème} chambre correctionnelle 1 du tribunal de grande instance de Paris

Le 6 novembre 2012, le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à un refus d'embauche que Monsieur Y lui aurait opposé, et qu'il estime discriminatoire à raison de sa religion.

Le Défenseur des droits a obtenu l'autorisation d'instruire dans ce dossier le 21 novembre 2012. Le service pénal, après s'être rapproché du commissariat du 17^{ème} arrondissement de Paris, obtenait copie de l'ensemble des auditions réalisées par les services de police consécutivement à la plainte déposée par Monsieur X le 22 octobre 2012

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations, et par une décision 2013-186, le Défenseur des droits a estimé que le comportement de Monsieur Y, de Monsieur Z et de la Société A, dans le cadre de la procédure de recrutement visée, caractérisait à la fois une discrimination par subordination d'une offre d'emploi à une condition discriminatoire ainsi qu'un refus d'embauche fondé sur l'appartenance ou la non-appartenance réelle ou supposée à une religion déterminée, délits prévus et réprimés par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal.

Le Défenseur des droits a procédé à la transmission de ce dossier au procureur de la République de Paris.

Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris a avisé le Défenseur des droits des poursuites engagées à l'encontre de la SARL A, de MM. Y et Z des chefs des délits visés dans la décision précitée, et de la date d'audience devant le tribunal correctionnel, fixée au 7 janvier 2015

FAITS ET PROCEDURE

1. Le 4 octobre 2012, Monsieur X a été employé par la Société A pour un contrat à durée indéterminée comprenant une période d'essai de deux mois, celle-ci prenant fin le 3 décembre 2012.
2. Le 19 octobre 2012, Monsieur Y, responsable réseau de la société et chargé du recrutement des vendeurs, a mis un terme à la période d'essai de Monsieur X. Il aurait alors invoqué pour motif la confession juive du réclamant.
3. Le 22 octobre 2012, Monsieur X a contacté par téléphone Monsieur Y afin d'avoir de plus amples informations sur les causes de la rupture de sa période d'essai.

Cette conversation téléphonique a fait l'objet d'un enregistrement sonore que Monsieur X a transmis aux services du Défenseur des droits.

4. Au cours de cette conversation, Monsieur Y déclarait que la politique de la Société A était de ne pas embaucher des personnes de confession juive. Monsieur Y indiquait que ces consignes lui venaient de la Direction, et notamment de Monsieur Z. « *La société ne fait pas travailler des personnes de confession juive, et c'est vrai, qu'elles soient pratiquantes ou non pratiquantes* ». Le responsable réseau expliquait d'ailleurs que c'était « *la principale raison* » de la rupture de la période d'essai de Monsieur X ajoutant « *il n'y en a pas d'autres (...). Tu as parfaitement compris les raisons qui font qu'aujourd'hui on a été amené à arrêter de travailler ensemble* ».
5. Monsieur Y a, par la suite, précisé « *si j'avais su avant, je ne t'aurais même pas donné ta chance. (...) Z, s'il m'emploie, c'est pour ne pas avoir à se justifier de ces règles-là* », tout en finissant la conversation par « *tu es un bon élément* ».
6. Par ailleurs, Monsieur X nous a également transmis un enregistrement sonore de la conversation téléphonique qu'il a eu avec Mademoiselle B, responsable de la Boutique A. Celle-ci a alors tenu les propos suivants « *le boss est un peu religieux (...) ils ne veulent pas prendre de juifs* » affirmant, elle aussi, que Monsieur X était un bon élément.
7. Le 22 octobre 2012, Monsieur X portait plainte, auprès du commissariat du 17^{ème} arrondissement de Paris, pour discrimination à l'embauche à raison de la religion à l'encontre de la Société A.
8. Le 30 octobre 2012, Monsieur Y était convoqué à un entretien préalable en vue d'un licenciement qui s'est déroulé le 6 novembre 2012. Lors de cet entretien, Monsieur Y a reconnu avoir tenu des propos qui ont pu être interprétés par Monsieur X comme tendancieux et racistes. Il a regretté sa grande maladresse et son manque de discernement.
9. Par courrier du 7 novembre 2012, Monsieur Y présentait ses excuses tant aux dirigeants de la Société A qu'à Monsieur X. Il reconnaissait avoir tenu des propos qui ont pu être mal interprétés précisant avoir répondu au réclamant « *sous forme de boutade et sur le ton de l'ironie* ». Monsieur Y déclarait par ailleurs « *je n'ai jamais voulu manifester une marque de racisme ou d'antisémitisme (...). Je sais que l'antisémitisme et le racisme n'ont pas de place dans la Société A et je suis sincèrement désolé des conséquences de mes propos irréfléchis* ».
10. Le 9 novembre 2012, Monsieur Z, gérant de la Société A, retenant l'existence d'une faute grave de la part de M. Y et acceptant ses excuses, a prononcé une mise à pied disciplinaire de quatre jours à l'encontre de Monsieur Y. Cette mise à pied prenait effet les 24, 26, 27 et 28 décembre 2012.
11. Monsieur Z, ainsi que Monsieur Y, responsable réseau, ont été auditionnés par les services du Défenseur des droits respectivement les 12 décembre 2012 et 10 avril 2013.
12. Monsieur Z, lors de son audition, indiquait qu'il considérait « *le comportement de Monsieur Y inadmissible et particulièrement grave* ». Monsieur Z ajoutait que Monsieur X avait eu une altercation avec la responsable de la boutique Courcelles et « *c'est en partie pour cette raison qu'il a été mis fin à la période d'essai de Monsieur X. Cela n'a rien à voir avec la religion, je n'aurais jamais*

validé une telle pratique ». Par ailleurs, Monsieur Z expliquait « si j'étais vraiment religieux, je n'ouvrerais pas le samedi. Mon associé et moi ne travaillons pas le samedi, Monsieur Y a peut être interprété cela comme signifiant qu'il ne devait pas embaucher de juifs, qui ne travailleraient pas non plus le samedi, mais je n'en sais rien ».

13. Monsieur Y précisait lors de son audition par les services du Défenseur des droits que « *par souci d'organisation* », il avait évoqué « *la confession juive de Monsieur X au même titre qu'une personne malade ou devant garder des enfants pose également des problèmes d'organisation* » ajoutant « *je fais référence aux événements religieux qui peuvent avoir lieu dont le shabbat qui empêcheraient de travailler* ». A l'occasion de cette audition, Monsieur Y dit n'avoir reçu aucune consigne de la part des dirigeants de la société.
14. Par ailleurs, Monsieur Y indiquait « *que l'on évitait de recruter des personnes de confession juive car, par expérience, dans l'activité du prêt-à-porter cela se dit. On c'est moi (...) qui met en place cela. J'avais d'ailleurs fait part aux dirigeants des problèmes d'organisation qui pouvaient être liés aux confessions* ».
15. Monsieur Y expliquait *in fine* que la décision de rompre la période d'essai de Monsieur X résultait, en premier lieu, des altercations et mésententes du réclamant avec ses responsables de boutique. Ce n'est que dans un second temps que, piégé au téléphone par le réclamant, il avait évoqué de façon maladroite la confession de Monsieur X. Monsieur Y concluant « *mais de toute façon, le problème de comportement est la seule raison de la rupture de la période d'essai* ».
16. Un courrier de notification des charges a été adressé à Monsieur Y, à Maître V, ainsi qu'à la Société A le 2 juillet 2013. Aucune réponse n'a été apportée par les destinataires de ce courrier.

DISCUSSION

17. Aux termes des articles 225-1 et 225-2 3° du code pénal, constitue une discrimination, punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, le fait de refuser d'embaucher, sanctionner ou licencier une personne à raison de son appartenance, vraie ou supposée à une religion déterminée.
18. L'élément matériel du délit consiste à subordonner une offre d'emploi à raison d'un ou plusieurs critères prohibés par la loi tels que la religion.
19. L'élément moral du délit est composé outre du dol général (volonté de commettre l'acte en ayant conscience de violer la loi pénale), d'un dol spécial consistant en la volonté de discriminer, étant précisé que cette volonté peut se déduire du simple constat d'une différence de traitement manifeste et que les mobiles ou convictions de l'auteur demeurent indifférents à la caractérisation de l'infraction.
20. Le fait pour Monsieur Y, en charge du recrutement des vendeurs, d'écarter systématiquement les candidats de confession juive pour les postes de vendeur au sein des boutiques de la Société A revient à conditionner une offre d'emploi à un critère discriminatoire, en l'espèce la religion, vraie ou supposée, du candidat.

21. En effet, d'une part, Monsieur Y ne conteste pas les propos tenus lors des enregistrements téléphoniques. D'autre part, il les justifie par des considérations tenant à l'intérêt et à l'organisation de la Société A.
22. Ainsi, lors de son audition par les services du Défenseur des droits, Monsieur Y expliquait que *« par souci d'organisation et je ne m'en suis pas caché au téléphone, j'ai évoqué la confession juive de Monsieur X au même titre qu'une personne malade ou devant garder des enfants pose également des problèmes d'organisation. Je fais référence aux évènements religieux qui peuvent avoir lieu dont le shabbat qui empêcherait de travailler »*.
23. Par ailleurs, Monsieur Y se réfère à une pratique qui serait courante dans le milieu du prêt-à-porter précisant en outre qu'il avait informé ses supérieurs de la politique de recrutement qu'il appliquait s'agissant des candidats au poste de vendeur.
24. S'il peut être légitime pour un commerçant de vouloir se prémunir à l'encontre de problèmes d'organisation et de rotation ou disponibilité du personnel, la confession juive, réelle ou supposée, d'un candidat au poste de vendeur ne saurait justifier un refus d'embauche.
25. Au cours des auditions menées par les services du Défenseur des droits, Messieurs Z et Y précisent avoir mis fin à la période d'essai de Monsieur X en raison du comportement et de l'attitude adoptés par ce dernier à l'égard de certains responsables de l'entreprise. Ils ne fournissent pourtant aucun élément de preuve attestant de cette situation.
26. Monsieur X communique, quant à lui, les enregistrements sonores des conversations téléphoniques tenues avec ses collègues de travail qui font état de son sérieux, de son professionnalisme et de son bon relationnel. Monsieur Y lui-même indiquait que le réclamant était un bon élément et proposait de recommander sa candidature à d'autres recruteurs.
27. De surcroît, la confession du réclamant a également été invoquée. La chambre criminelle de la Cour de cassation, comme la chambre sociale, considère qu'il y a discrimination même si le critère de discrimination *« n'a pas été le motif exclusif des mesures prises »*.¹
28. De plus, le personnel du magasin atteste au travers des différents enregistrements produits et/ou des auditions réalisées par les services de police qu'il s'agit bien d'une politique de la société.
29. Madame B, responsable de vente, a déclaré lors de son audition auprès des services de police qu'elle avait *« entendu dire par le bouche à oreille que la société voulait éviter d'embaucher des personnes de confession juive en magasin »*.
30. Madame C, responsable de vente, indiquait aux services de police que pour elle, Monsieur X ne lui *« convenait pas. De plus, il parlait souvent de sa confession religieuse. J'ai donc également informé Monsieur Y de ce fait. En effet, la société n'emploie pas de personnes de cette confession »*. Questionnée sur la politique de recrutement, Madame C précisait que pour elle *« cette règle concernait les employés en boutique. C'est une règle tacite que l'on apprend par le bouche à oreille et qui vient de Monsieur Z (...) Monsieur Z est un fervent pratiquant. Il ne veut pas que ses employés de confession juive travaillent le samedi pour*

shabbat. C'est le motif de cette règle. D'ailleurs il ferme la boutique rue G le samedi car c'est l'adresse du siège social ».

31. C'est d'ailleurs après avoir été informé par Madame C de la confession juive du réclamant que la décision de rompre la période d'essai a été prise par la Société A.
32. En outre, il existe une très grande proximité temporelle entre l'information de Monsieur Y par Madame C de la confession de Monsieur X et le courrier de rupture de période d'essai du 19 octobre 2012.
33. En conclusion, la politique de recrutement fondée sur une interdiction générale d'embaucher les personnes de confession juive, qu'elles soient ou non pratiquantes, caractérise bien une politique discriminatoire d'embauche.
34. Les délits de refus d'embauche et de subordination d'une offre d'emploi, fondés sur l'appartenance vraie ou supposée à une religion déterminée, prévus par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, sont constitués dans leur élément matériel et intentionnel.

Sur les responsabilités

Sur la responsabilité de Monsieur Y

35. Au cours de l'audition qui a eu lieu le 10 avril 2013, Monsieur Y a indiqué qu'à la date des faits, il était seul décideur dans la procédure de recrutement au poste de vendeur.
36. Monsieur Y a reconnu explicitement ne pas employer de personnes de confession juive en vertu d'un « *souci d'organisation* » qui commande selon lui d'éviter d'embaucher des personnes qui pourraient être empêchées par des fêtes religieuses.
37. Il ressort des éléments précédents que Monsieur Y est personnellement responsable de la discrimination à l'embauche à raison de la religion de Monsieur X.

Sur la responsabilité de Monsieur Z

38. Lors de son audition en date du 12 décembre 2012, Monsieur Z s'est immédiatement désolidarisé du comportement adopté par Monsieur Y lors de la rupture de la période d'essai du réclamant.
39. Toutefois, il ressort de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits, et notamment de l'enregistrement téléphonique qui lui a été communiqué, que la consigne consistant à n'embaucher aucun salarié de confession juive venait de la direction de la société et notamment de Monsieur Z.
40. En tout état de cause, il paraît difficilement imaginable qu'une telle pratique à l'embauche puisse relever de l'initiative d'un seul salarié.
41. L'audition de Madame C devant les services de police corroborent cette idée.

42. Le Défenseur des droits estime, en conséquence, que la responsabilité pénale de Monsieur Z doit être engagée sur le fondement des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal.

Sur la responsabilité de la Société A

43. La responsabilité pénale de la société pourrait également être engagée des mêmes chefs, conformément à l'article 121-2 du code pénal, Monsieur Y ayant agi pour le compte et en tant que représentant de la société.

44. La qualité de représentant qui peut résulter d'une délégation de pouvoir au profit d'un membre du personnel (*Cass. Crim. 7 février 2006, n° 05-80.083*), peut être retenue pour les préposés et salariés (*Cass. Crim. 30 mai 2000, n° 99-84.212, Bull. crim. n° 206*).

45. En l'espèce, Monsieur Y a notamment pour mission de procéder au recrutement des candidats au poste de vendeur. Monsieur Z est, quant à lui, uniquement chargé du recrutement des postes à responsabilité. Ainsi, Monsieur Y est titulaire d'une délégation de pouvoir en matière de recrutement aux postes de vendeur.

46. Par ailleurs, les deux délits ont été commis dans l'intérêt de l'entreprise, dès lors que la politique de recrutement discriminatoire est destinée à réaliser une économie ou éviter une perte.

47. En l'espèce, ne pas embaucher une personne de confession juive peut être analysée comme une volonté d'éviter un surcoût lié au remplacement du salarié durant les périodes d'absence liées aux fêtes et événements religieux.

48. Par conséquent, la responsabilité pénale de la Société A doit être engagée.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits présentera à l'audience correctionnelle du 7 janvier 2015 par devant la 31^{ème} chambre correctionnelle du tribunal de grande instance de Paris, conformément à l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

ⁱ Crim., 14 juin 2000, n°99-81.108 ; Crim., 15 janvier 2008, n°07-82.380 ; Soc., 27 mai 2008, n°07-40.145