

Délibération n° 2010-252 du 13 décembre 2010

Délibération faisant suite à un refus d'embauche opposé à la réclamante en raison de son sexe

Sexe – Emploi privé – Embauche (refus) – Recommandation (employeur) / Rappel à la loi (salariée)

La réclamante a saisi la haute autorité après avoir essuyé un refus d'embauche en raison de son sexe. L'enquête effectuée par la haute autorité a permis de mettre en évidence que la société I, agissant au titre d'un contrat de prestation de services conclu avec l'INSTITUT L, a effectivement refusé d'embaucher la candidate suite aux consignes données par l'institut. Les justifications apportées par les personnes mises en causes n'apparaissant pas objectives, le Collège constate que la réclamante a été victime d'une discrimination et recommande notamment aux mis en cause de se rapprocher d'elle en vue de lui proposer une juste réparation de son préjudice ainsi que de redéfinir les conditions de la prestation de services litigieuse afin de la rendre conforme au principe de non-discrimination. Les termes de la loi sont également rappelés à la chargée de recrutement de l'entreprise I qui a procédé au refus d'embauche.

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 et son préambule ;

Vu le Code du travail et notamment ses articles L. 1131-1, L. 1133-1, R. 1142-1 et R.4541-9 ;

Vu le Code pénal et notamment ses articles 225-1 et 225-2 3° ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu la délibération du Collège de la haute autorité n° 2009-21 du 26 janvier 2009 ;

Sur proposition du Président :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 3 mars 2009 d'une réclamation de Madame B qui s'estime victime d'un refus d'embauche discriminatoire en raison du sexe.

Le 2 mars 2009, la réclamante a répondu à l'offre d'emploi « *d'hôte/hôtesse d'accueil* » émise par la société I (utilisant la marque C) et diffusée par POLE EMPLOI sous la référence n° 853411C.

Le 3 mars 2009, Madame P, chargée de recrutement au sein de l'entreprise I, lui a adressé une réponse par courrier électronique en lui indiquant que sa candidature ne pouvait être retenue compte tenu du fait que le client pour le compte duquel l'offre d'emploi avait été diffusée « *souhaite constituer une équipe exclusivement masculine* ».

Il ressort de l'enquête menée par la haute autorité que suivant un contrat de prestation de services conclu le 21 juillet 2004, l'Institut L a confié à la société SLSA C la gestion physique de l'activité d'accueil et de contrôle de son cinéma. Ce contrat prévoit que le prestataire de services met à disposition de l'institut « *un hôte chargé de l'accueil et du contrôle des billets* », vêtu « *d'un pantalon noir, chemise, cravate* ».

Pour assurer la bonne exécution de ce contrat, les parties signataires ont rédigé un document intitulé « *Carnet de bord des hôtes C* ».

Il détaille avec précision les fonctions assignées à l'hôte, également appelé « *contrôleur* » et distingue cet emploi de ceux « *d'hôtesse d'accueil* » et « *d'hôtesse de caisse* ».

En février 2006, la SLSA C a été rachetée par la société I. Le contrat de prestation de services conclu préalablement avec l'Institut L s'est poursuivi normalement.

En réponse au courrier d'instruction de la haute autorité, la société I justifie l'exigence relative au sexe par le fait que l'offre d'emploi était destinée à recruter un « *contrôleur chargé notamment de faire respecter les conditions de sécurité dans un cinéma situé dans le quartier M de L, [...] L'hôtesse de caisse est présente jusqu'à 19h30, le contrôleur recruté est donc quasiment seul après 19h30. [...] La personne recrutée doit donc avoir l'aptitude à faire face à tout incident : agressions, à des rixes entre bandes rivales. En effet, il arrive parfois que des jeunes plus ou moins bien intentionnés se regroupent à proximité du cinéma avec le risque qu'ils s'y réfugient et y commettent des dégradations* ».

Tout en précisant que le titulaire du poste devait assurer la fermeture du lieu le soir, elle a également expliqué que « *le poste comporte des ports de charges parfois assez lourdes lors de l'organisation d'évènements, cocktails ou séances de dédicaces. En effet, il faut porter et installer des tables, porter des cartons de boissons, de livres, etc...* ». Enfin, elle a indiqué avoir déjà fait intervenir des jeunes femmes sur ce poste, pour les séances appelées « *jeunes publics* », « *mais à des horaires différents qui ne comportent pas les mêmes contraintes et risques* ».

Les explications fournies par la société I ne permettant pas d'exclure le caractère discriminatoire du refus d'embauche opposé à la réclamante, la haute autorité lui a adressé un courrier de notification de charges. En réponse, l'entreprise mise en cause a réitéré son argumentation et a fait valoir qu'elle n'était pas coutumière des discriminations fondées sur le sexe, employant actuellement en contrat à durée indéterminée 13 hommes et 99 femmes.

Interrogé à son tour par la haute autorité, l'Institut L a expliqué n'avoir jamais recruté en fonction du sexe des candidats et a précisé qu'il appartenait à son prestataire de services de lui mettre à disposition des « *hôtes ou hôtesse de cinéma* ». Contestant toute responsabilité dans le déroulement du processus de sélection des candidatures, il a déclaré que « *de sa propre initiative, cette entreprise a choisi de sélectionner des candidats masculins, considérant, au regard des risques en terme de sécurité induits par la mission impliquant à l'agent d'assurer*

seul la fermeture en fin de soirée du Hangar à l'issue des projections, que cette tâche n'est pas sécurisante ».

L'Institut L ayant manifestement participé à la définition du processus de recrutement mis en œuvre par son prestataire de services, la haute autorité lui a également adressé un courrier de notification de charges. En réponse, l'institut mis en cause a réitéré ses arguments et a estimé que la référence à la notion « *d'hôtes* » utilisée dans le « *Carnet de bord des hôtes C* » devait s'apprécier sans détermination de sexe. Il précise d'ailleurs que l'utilisation du terme « *hôtesse d'accueil* » était justifiée par le fait que ces fonctions étaient occupées exclusivement par du personnel féminin à la date de l'élaboration du document, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui.

Les justifications apportées au cours de l'enquête par l'Institut L et la société I ne paraissent pas sérieuses.

Il n'est pas contestable que le contrat de prestation de services conclu entre les parties prévoit la mise à disposition de l'institut « *d'un hôte chargé de l'accueil et du contrôle des billets* », vêtu « *d'un pantalon noir, chemise, cravate* ».

De prime abord, la définition de cette prestation de services semble induire que le personnel devant être mis à disposition de l'Institut doit être de sexe masculin.

Malgré les justifications apportées tant par la société I que par l'Institut L, l'enquête de la haute autorité a permis de confirmer que les parties au contrat avaient pour objectif initial de ne recruter avant tout que du personnel masculin.

D'une part, Madame P a explicitement indiqué à la réclamante que, suite aux consignes données par l'Institut L, sa candidature ne pouvait être retenue du fait de son sexe.

D'autre part, l'analyse du « *Carnet de bord des hôtes C* », qui est remis à chaque salarié, permet de mettre en évidence qu'à l'instar du contrat de prestation de service, il ne s'adresse qu'à du personnel masculin.

En effet, l'utilisation au masculin des termes « *hôte* » et « *contrôleur* » y semble être volontaire dans la mesure où ceux-ci se distinguent de façon claire et constante, de ceux « *d'hôtesse d'accueil* » et « *d'hôtesse de caisse* » :

- noter sur le cahier des consignes, celles indiquées par le Cinéma L « *et les transmettre d'un hôte à l'autre* »,
- utiliser le carnet de bord comme un guide « *en cas de formation d'un autre contrôleur* », étant précisé que ces deux documents se situent « *en permanence sur la banque d'accueil du cinéma (à gauche l'hôtesse de caisse) et doivent être consultés par l'hôte à son arrivée* ».

L'Institut L, qui fait valoir que l'utilisation des termes « *hôtesse d'accueil* » et « *hôtesse de caisse* » était destinée à tenir compte du personnel exclusivement féminin occupant ces postes lors de l'élaboration du document litigieux en 2004, n'a apporté au cours de l'enquête aucun élément objectif de nature à corroborer cette allégation. En effet, le registre du personnel de l'Institut L ne mentionne pas les fonctions précises de chaque salarié et ne comprend pas le personnel mis à disposition par l'entreprise I.

Malgré l'argumentation développée par l'Institut tendant à nier son implication dans l'élaboration de ce document, il paraît incontestable que tant les termes employés (« *consignes passées par l'institut* ») que la précision avec laquelle les procédures internes à l'institut y sont décrites, démontrent que ce document n'a pu qu'être le fruit d'un travail commun entre l'institut et son prestataire de services.

Au demeurant, la première page de ce document mentionne comme « *vérificateur/approbateur* » pour le compte de l'Institut L, Madame H en sa qualité de responsable.

Dans la mesure où l'Institut L ne conteste pas le fait que son prestataire de services a écarté la candidature de la réclamante en raison de son sexe, l'argumentation des mis en cause tendant à faire valoir la mixité du personnel et/ou l'embauche habituelle de nombreuses jeunes femmes s'avère sans incidence sur le recrutement en cause.

S'agissant des risques inhérents à la sécurité des lieux invoqués par l'entreprise I, le Collège souligne que l'entreprise n'a produit au cours de l'enquête aucun élément objectif de nature à prouver la réalité du danger allégué, que ces missions peuvent se décrire en termes de compétences que peuvent détenir les femmes, et rappelle que tant la prévention des risques que la protection des salariés incombent à l'employeur.

S'agissant par ailleurs du port de charges lourdes, le Collège relève que cette même entreprise ne démontre pas avoir satisfait aux prescriptions de l'article R. 4541-9 du Code du travail en ayant mis en place les aides mécaniques appropriées. Par ailleurs, le Collège observe que conformément au texte visé ci-dessus, les salariées sont autorisées à transporter des poids pouvant aller jusqu'à 25 kilogrammes. Les charges ponctuelles visées par l'employeur (tables, livres, chaises, boissons, etc...) ne semblent d'ailleurs pas dépasser cette limite.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, le Collège constate que conformément aux conditions de la prestation de services définies par la société I et l'Institut L, seul le sexe de la réclamante a conduit Madame P à rejeter sa candidature.

Le Collège relève également que ces faits sont contraires à l'article L. 1132-1 du Code du travail qui précise qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, en raison notamment de son sexe.

Le Collège rappelle que les restrictions à l'embauche en raison, notamment, du sexe doivent répondre aux strictes conditions définies par l'article L. 1133-1 du Code du travail aux termes duquel « *l'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

Dans sa délibération n° 2009-21 du 26 janvier 2009, le Collège de la haute autorité a estimé que le caractère légitime et proportionné de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante devait s'apprécier au regard de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent. Toutefois, il a rappelé qu'aux termes de la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, il incombe aux seuls Etats membres de préciser

la portée de la dérogation au principe de non discrimination à raison du sexe et a recommandé au gouvernement d'œuvrer en ce sens.

Le Collège a considéré qu'en l'état actuel de la législation, la dérogation à ce dernier principe ne peut être admise que dans des circonstances très limitées et que seules les activités professionnelles expressément visées par la liste prévue par décret à l'article R. 1142-1 du Code du travail peuvent faire l'objet d'une dérogation.

L'article R. 1142-1 du Code du travail prévoit que « *les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; modèles masculins et féminins* ».

Dès lors, le Collège de la haute autorité constate que le métier « *d'hôte de cinéma* » n'est pas visé par la liste précitée et qu'à ce titre, l'appartenance au sexe masculin ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'exercice de cette profession.

En l'absence de toute justification légitime, le Collège note que ce refus d'embauche est contraire aux dispositions des articles 225-1 et 225-2 3° du Code pénal qui sanctionnent d'une peine de trois ans d'emprisonnement et d'une amende d'un montant de 45.000 euros le fait de refuser d'embaucher une personne, notamment, en raison de son sexe.

En conséquence, le Collège de la haute autorité :

- relève que les conditions de la prestation de services définies par l'Institut L et la société I ont conduit au rejet de la candidature de la réclamante en raison de son sexe, en violation des dispositions de des articles L. 1132-1 du Code du travail et 225-1 et 225-2 3° du Code pénal,
- mandate son Président pour rappeler les termes de la loi à Madame P,
- recommande à l'Institut L et à la société I de se rapprocher conjointement de Madame B de lui proposer une juste réparation de son préjudice,
- recommande à la société I et à l'Institut L de définir les exigences du poste en termes de compétences et de rendre conformes au principe de non discrimination les conditions de la prestation de services,
- décide de porter la présente délibération à la connaissance de la Direction générale et de la Direction régionale de POLE EMPLOI,
- décide de porter la présente délibération à la connaissance du Groupe, dont dépend la société I,
- demande à ce qu'il lui soit rendu compte du suivi de ses recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la délibération.

Le Président

Eric MOLINIÉ