

Paris, le

Décision du Défenseur des droits n°MLD/2012-80

Le Défenseur des droits,

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

Vu le code pénal, et notamment ses articles 225-1 et 225-2 ;

Vu le code de procédure pénale, et notamment son article D. 1-1 ;

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 ;

Par courrier du 2 août 2011, Madame R, conseillère emploi au sein de la Mission Locale de la commune Y, a attiré l'attention du Défenseur des droits sur des faits de discrimination à l'embauche en lien avec l'origine commis par Monsieur P, gérant de la BOULANGERIE P.

Le 5 septembre 2011, le Défenseur des droits s'est saisi d'office de cette situation.

L'enquête menée par les services du Défenseur a permis de rapporter la preuve de faits de subordination d'offre d'emploi au critère discriminatoire de l'origine.

En conséquence, le Défenseur des droits décide de proposer au gérant de boulangerie incriminé ainsi qu'à la personne morale une transaction pénale, conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 28 de la loi du 29 mars 2011 visée ci-dessus.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Proposition de transaction dans le cadre de l'article 28 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. Madame R exerce en qualité de conseillère emploi au sein de la Mission Locale de la commune Y.
2. A l'occasion d'une prospection téléphonique effectuée en janvier 2011 au profit d'un jeune homme titulaire d'un CAP boulangerie, elle a contacté la boulangerie P située dans la même commune.
3. Après lui avoir confirmé être à la recherche d'un boulanger qualifié, son interlocuteur, le responsable de la boulangerie, se serait enquis de la nationalité du candidat présenté par la conseillère.
4. Madame R lui aurait indiqué que le jeune homme était de nationalité française.
5. Le responsable aurait alors insisté pour connaître les origines du candidat, précisant qu'il « *n'[était] pas raciste mais ne souhait[ait] pas recruter d'arabes car il n'a[vait] eu que des problèmes* ».
6. Constatant la volonté discriminatoire de son interlocuteur, Madame R aurait mis fin immédiatement à la conversation téléphonique.
7. Le 2 août 2011, Madame R a signalé les faits au Défenseur des droits.
8. Par décision du 5 septembre 2011, le Défenseur des droits s'est saisi d'office de l'examen de cette situation.
9. Dans le cadre de leur enquête, les agents du Défenseur ont envisagé d'entendre le gérant de la boulangerie concernée, Monsieur P, sur les faits allégués.
10. Joint par téléphone le 15 septembre 2011 par un agent afin de s'assurer de ses disponibilités pour une audition, Monsieur P a indiqué qu'il ne souhaitait pas être entendu.
11. Lors de cet entretien téléphonique, le gérant a confirmé les propos qu'il avait tenus à Madame R, à savoir qu'il ne souhaitait pas embaucher de personnes d'origine maghrébine sur le poste proposé : « *les faits sont exacts, je ne souhaitais pas d'étrangers pour éviter les problèmes* ». Un procès-verbal de retranscription de cet échange a été dressé.
12. Par courrier du 22 février 2012, le Défenseur des droits a adressé une notification de charges à Monsieur P.
13. Le 15 mars 2012, Maître C, avocate, a répondu au Défenseur au nom de Monsieur P, son client.
14. Elle déclare que, courant janvier 2011, au cours d'une même matinée, trois personnes se sont présentées pour candidater au poste d' « ouvrier boulanger » en CDI affiché par Monsieur P sur son établissement aux mois de janvier et février 2011. Ces candidats n'avaient ni la qualification ni la compétence ni l'expérience d'un boulanger.
15. Maître C précise que « *le hasard a voulu que ces trois personnes étaient toutes d'origine maghrébine* ».
16. Elle ajoute que, durant la période où Madame R l'a contacté, « *Monsieur P ne dormait que deux heures par nuit chez lui et deux heures l'après-midi à la boulangerie. (...) Monsieur P n'a pas fait preuve de délicatesse en sollicitant la nationalité du candidat potentiel mais son interrogation était justifiée par le constat d'incompétence survenu le matin même.*

Lorsque l'enquêteur des défenseurs des droits l'a joint au téléphone, huit mois plus tard, Monsieur P a confirmé l'entretien qu'il avait eu avec Madame R, et ce par honnêteté intellectuelle.

En revanche, même si Monsieur P a pu dire pour stopper l'entretien téléphonique « qu'il n'embauchait pas d'étranger », il n'avait pas à ce moment là l'intention de commettre une discrimination à l'embauche. »

17. Maître C transmet les contrats de travail des employés de la boulangerie pour attester qu'à plusieurs reprises, Monsieur P a embauché du personnel d'origines diverses, notamment maghrébine, ainsi que des témoignages de ses employés actuels qui attestent n'avoir jamais été témoins d'attitudes ou de propos racistes de la part de Monsieur P.
18. Enfin, Maître C joint une lettre d'excuse écrite de la main de Monsieur P dans laquelle il indique : *« je regrette que les propos que j'ai pu tenir aient été mal interprétés mais je n'avais pas l'intention de commettre une faute à l'encontre de quiconque ».*
19. Aux termes de l'article 225-1 du code pénal, *« constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine (...) ».*
20. Selon l'article 225-2 (5°), *« la discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique (...) est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste (...) à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 (...) ».*
21. En l'espèce, Monsieur P ne conteste pas avoir tenu les propos signalés par Madame R, aux termes desquels il conditionnait l'offre d'emploi de boulanger à pourvoir au sein de son établissement à un critère d'origine.
22. Il est manifeste, à travers ces propos comme au regard de la réponse faite par son conseil, que Monsieur P opère un lien entre l'origine des candidats et leurs compétences, ce qui ne saurait être considéré comme légitime.
23. L'élément matériel du délit de discrimination consistant à subordonner une offre d'emploi à une condition prohibée paraît constitué.
24. Monsieur P nie avoir eu conscience de discriminer.
25. Or, force est de constater que le gérant de la BOULANGERIE P a réitéré ses propos lors de l'échange du 15 septembre 2011 avec les services du Défenseur.
26. Le mis en cause ayant été informé en début de conversation qu'il était en relation avec un agent du Défenseur des droits, ses propos ne peuvent donc être considérés comme ayant été proférés par simple honnêteté intellectuelle ou maladresse.
27. La matérialité des faits trahit la volonté discriminatoire du gérant.
28. L'élément moral du délit de discrimination paraît donc établi.
29. Le fait que Monsieur P ne soit pas raciste ne constitue pas une cause d'exonération de sa responsabilité pénale. L'absence, comme l'existence, d'une animosité à l'égard des personnes d'origine étrangère relève des mobiles. Or, ceux-ci sont indifférents à la caractérisation de l'infraction.
30. La même règle de l'indifférence des mobiles s'appliquerait si Monsieur P venait à se retrancher derrière l'animosité de ses salariés ou de sa clientèle pour justifier son comportement discriminatoire. En effet, les juridictions pénales entrent en condamnation contre les employeurs qui refusent d'embaucher des personnes d'origine étrangère au motif de l'hostilité de leur clientèle ou de leurs salariés (T. corr. Nantes 17 juillet 2006 pour un refus d'embauche d'une coiffeuse noire en raison de la clientèle rurale ; CA Paris 17 octobre 2003 *« Le Moulin Rouge »*)

s'agissant d'un refus d'embauche d'un serveur ; T. corr. Versailles 8 mars 2010 pour un refus d'embauche d'un noir en raison de l'hostilité des ouvriers portugais de l'entreprise).

31. Enfin, le fait que Monsieur P n'ait pas discriminé dans d'autres situations – notamment pour le recrutement de précédents salariés d'origine maghrébine ou celui de ses salariés actuels d'origine étrangère, ne démontre pas qu'il n'avait aucune intention de discriminer dans ce cas précis où la discrimination semble manifeste.
32. En conclusion et à la lumière de l'enquête, le Défenseur des droits :
 - constate que Monsieur P, gérant de la société BOULANGERIE P, s'est rendu coupable du délit de subordination d'offre d'emploi au critère de l'origine, délit prévu et réprimé par les articles 225-1 et 225-2 (5°) du code pénal et, partant, que sa responsabilité pénale peut être engagée.
 - constate que la responsabilité pénale de la société BOULANGERIE P peut également être engagée conformément à l'article 122-3 du code pénal, Monsieur P, gérant, ayant agi pour le compte de l'entreprise.
33. Compte tenu de la gravité du comportement révélée par l'enquête, comportement assumé par le mis en cause et qui risque de se réitérer à l'avenir, le Défenseur des droits décide de mettre conformément à l'article 28 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011, de proposer une transaction à Monsieur P ainsi qu'à la personne morale dont il est le gérant.