

Paris, le 13 septembre 2016

Décision du Défenseur des droits n° MLD/2016-178

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° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code du travail ;

Vu le code pénal ;

Vu la décision cadre du Défenseur des droits n° MLD/2016-058, du 12 février 2016, relative à l'apparence physique dans l'emploi ;

Saisi par Monsieur X qui estime avoir fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire motivé par son sexe de la part de la société Y ;

Recommande à la société Y de modifier ses pratiques de recrutement, de veiller à la rédaction des offres d'emploi afin de garantir le principe de non-discrimination, et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Jacques TOUBON

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

1. Le 18 décembre 2015, le Défenseur des Droits a été saisi par Monsieur X d'une réclamation relative à une offre d'emploi émise par la société Y, qu'il estime discriminatoire car uniquement réservée aux femmes.

RAPPEL DES FAITS :

2. Le 15 décembre 2015, Monsieur X reçoit de la part de la société Y, dite « agence ALLURE », une « *offre d'emploi d'accueil en entreprise* ».
3. Monsieur X a été préalablement sélectionné par l'agence Y, une société recrutant des hôtes et des hôtesse pour des évènements professionnels, commerciaux, sportifs, du « street marketing », c'est-à-dire de la distribution de tracts et de gadgets commerciaux, etc. Il reçoit à ce titre des offres d'emploi pour des missions ponctuelles et n'y répond que lorsqu'une mission l'intéresse.
4. Monsieur X signale l'« *offre d'emploi d'accueil en entreprise* » comme étant discriminatoire en raison du sexe dès lors qu'elle est libellée comme suit :
« *Bonjour à toutes,
L'agence Y cherche des filles disponibles sur du long terme (6 mois minimum) pour commencer dès que possible un accueil en entreprise à mi-temps situé à XXXX, proche transports en commun.
Je cherche des personnes fiables, engagées et professionnelles.
Cette annonce est une offre d'emploi.
Si vous connaissez des personnes susceptibles d'être intéressées, n'hésitez pas à leur donner mon contact.
J'ai besoin de CV et photos pour postuler* ».
5. Ce courriel est adressé par Madame Z (z@societey.fr), Chargée de production de l'agence Y, dont les coordonnées postales et téléphoniques sont mentionnées dans sa signature électronique.

ENQUETE :

6. Aux fins d'instruire la réclamation de Monsieur X, le Défenseur des droits a, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, adressé le 3 mai 2016 à l'agence Y une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
7. Madame A, cogérante de l'agence Y, a répondu par un courrier en date du 3 juin 2016, en faisant valoir que l'offre d'emploi a été rédigée rapidement compte tenu du « *besoin de remplacer de manière urgente l'un des salariés affectés sur [la] mission [d'accueil en entreprise]* ».

ANALYSE JURIDIQUE :

8. La directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail prévoit une interdiction des discriminations fondées sur le sexe s'appliquant autant aux conditions d'accès à l'emploi, qu'aux critères de sélection et les conditions de recrutement.

9. L'article L. 1132-1 du code du travail dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison notamment de son sexe.
10. L'article L. 1142-1 dudit code, prévoit spécifiquement que « *nul ne peut mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé* ».
11. Selon l'article L. 1133-1 du code du travail, l'article L. 1132-1 précité « *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* ». De même, l'article L.1142-2 du code du travail, dispose, de façon spécifique, 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, les interdictions prévues à l'article [L. 1142-1](#) ne sont pas applicables* ».
12. L'article R. 1142-1 du code du travail précise en outre 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 : 1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; 2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; 3° Modèles masculins et féminins* ».
13. Enfin, la directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 précitée, dont les articles L. 1133-1 puis L. 1142-1 et suivants du code du travail sont dérivés, précise qu'il convient d'apprécier le caractère essentiel et déterminant d'une exigence professionnelle « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice* ».
14. L'article 225-1 du code pénal dispose que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur sexe* ».
15. L'article 225-2 du code pénal dispose qu'une telle discrimination constitue un délit de discrimination puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, lorsqu'elle consiste « [5°] à *subordonner une offre d'emploi [...] à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1* ».
16. La féminisation d'une offre d'emploi caractérise le délit de subordination d'une offre d'emploi à un critère tenant au sexe du candidat dès lors que sa rédaction exclusivement au féminin, confirme l'existence matérielle d'une telle subordination et son intentionnalité (HALDE, délibération n° 2010-197 du 13 décembre 2010).
17. L'article 225-4 du code pénal précise qu'une personne morale peut être reconnue coupable du délit de subordination d'une offre d'emploi à une condition discriminatoire. Elle encourt dans ce cas, en plus de l'amende précitée, les peines prévues par l'article 131-39 dudit code, dont une peine d'affichage.
18. Par exception, l'article 225-3 3° du code pénal prévoit que « *les dispositions (de l'article 225-2) ne sont pas applicables [...] aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».
19. En l'espèce, il est établi que Madame Z a diffusé, au nom de l'agence Y, une offre d'emploi subordonnée à un critère de discrimination prohibé par les articles 225-1 du code pénal et L. 1132-1 du code civil, à savoir le sexe.
20. Il est en effet constaté, et non contesté, qu'elle a rédigé exclusivement l'offre d'emploi en cause au féminin, en précisant qu'elle « *cherche des filles disponibles sur le long terme* ».

21. De plus, si l'intitulé de l'offre d'emploi ne fait pas référence à un sexe dès lors qu'il porte sur l'objet même de cet emploi, « *emploi d'accueil en entreprise* », il ressort de son contenu qu'elle s'adresse à des femmes puisqu'elle débute par l'assertion « *bonjour à toutes* ».
22. Enfin, il y a lieu de relever que la communication d'un *curriculum vitae* et de photographies des candidats sont exigés pour que la candidature soit examinée, Madame Z précisant « *j'ai besoin de CV et photos pour postuler* ».
23. Interrogée par le Défenseur des droits sur les raisons pour lesquelles elle a diffusé une offre d'emploi ainsi féminisée, l'agence Y fait valoir qu'elle a été émise « dans l'urgence », sans intention d'exclure les candidats de sexe masculin.
24. Pour étayer cette affirmation, elle montre qu'elle avait déjà réalisé deux recrutements pour pourvoir ce poste d'accueil entreprise, aux mois d'août et de septembre 2015. L'agence Y montre qu'elle a alors diffusé une offre d'emploi non féminisée.
25. Mais le Défenseur des droits constate toutefois que sa formulation est au moins ambiguë, sinon contestable, puisqu'il y est fait référence à « *la recherche d'une hôtesse ou d'une hôte back-up* ».
26. L'agence Y montre cependant que, lorsqu'elle a procédé à ces premiers recrutements, elle a engagé Monsieur B pour pourvoir l'un des deux postes d'accueil disponibles.
27. Aussi, l'agence Y fait valoir qu'elle ne s'est pas « *volontairement rendu[e] coupable d'une violation des articles 225-1 et suivants du code pénal ni des articles L. 1132-2 et suivants du code du travail*¹ ».
28. Pour le Défenseur des droits, si l'intention d'exclure de l'emploi les candidats de sexe masculin ne peut être caractérisée en l'espèce aux fins de constituer le délit de subordination d'une offre d'emploi à une condition discriminatoire visé par l'article 225-2 du code pénal, il n'en reste pas moins qu'elle demeure civilement responsable quant au contenu des offres d'emploi qu'elle diffuse.
29. De fait, les articles L. 1132-1 et L. 1142-1 du code du travail, qui prohibent le fait d'écartier des personnes d'un recrutement en raison de leur sexe, s'appliquent indépendamment de l'intention de l'auteur de la discrimination.
30. Le Défenseur des droits constate en outre que l'agence Y ne peut pas se prévaloir d'une cause d'exonération de sa responsabilité civile dès lors qu'il n'est pas démontré que le sexe est une condition essentielle et déterminante pour pourvoir le poste « *d'accueil en entreprise* ».
31. Le Défenseur des droits relève la particulière importance que revêt le fait, pour l'agence Y, de ne pas féminiser les offres d'emploi dès lors que leur diffusion constitue le cœur de son activité d'intermédiaire de l'emploi et que, parmi les candidats présélectionnés auxquels elle les adresse, 40 % sont des hommes, comme elle l'indique elle-même. Or, c'est autant de candidats à l'emploi qui peuvent, à l'instar de Monsieur X, se sentir à bon droit exclus par une offre d'emploi féminisée.
32. Enfin, le Défenseur des droits rappelle que, selon l'article L. 1226-1 du code du travail, « *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

¹ L'article L. 1133-2 du code du travail est relatif aux différences de traitement licites fondées sur l'âge. Aussi, il semble que l'agence Y ait fait une erreur et qu'elle visait d'avantage l'article L. 1132-1 du Code du travail, relatif au principe de non-discrimination.

informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles [al. 2] ».

33. Or, tel n'est pas le cas des photographies demandées aux candidats, à l'appui de leur *curriculum vitae*, pour que leur candidature soit étudiée. Pour cause, de telles photographies n'étaient pas demandées dans la première offre d'emploi rédigée pour le poste « *d'accueil en entreprise* » en août et en septembre 2015.
34. Les photographies, non pertinentes au regard de la capacité des candidats à occuper ce poste, permettent la prise en compte de critères subjectifs, prohibés par les articles L. 1132-1 du code du travail et 225-1 du code pénal, comme l'apparence physique lors de la procédure de recrutement.
35. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits, recommande à la société Y de modifier ses procédures de recrutement et de veiller à la rédaction des offres d'emploi afin de garantir le respect du principe de non-discrimination.

Jacques TOUBON