

Paris, le 24 janvier 2018

---

**Décision du Défenseur des droits n°2018-015**

---

**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 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;

Vu le code du travail ;

---

Vu le jugement du Conseil de prud'hommes de A en date du 29 février 2016 ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative au fait d'avoir été écarté d'un processus de recrutement en contrat à durée indéterminée, qu'il estime discriminatoire en raison de sa double nationalité, de son origine et/ou de sa couleur de peau ;

Considérant que la société Y mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que la candidature de Monsieur X a été écartée pour des raisons objectives étrangères à toute discrimination ;

Considérant, par conséquent, que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination en lien avec sa double nationalité, de son origine et/ou de sa couleur de peau ;

Décide de présenter ses observations devant la Cour d'appel de B.

Jacques TOUBON

**Observations devant la Cour d'appel de B  
dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011**

**SAISINE ET ENQUÊTE :**

1. Le 9 avril 2016, le Défenseur des droits a été saisi, par l'intermédiaire de son délégué territoriale, d'une réclamation de Monsieur X relative à un refus d'embauche qu'il estime discriminatoire en raison de sa nationalité et/ou son origine.
2. Au vu des éléments communiqués par le réclamant, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
3. Il a ainsi sollicité de la société Z mise en cause – devenue depuis lors « Y » - ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
4. La société a fait droit à cette demande.
5. Au regard des éléments communiqués, le Défenseur des droits a adressé à la société Y, par courrier du 7 décembre 2017, une note récapitulant les éléments de fait et de droit pour lesquels il pourrait retenir l'existence d'une discrimination.
6. La société Y y a répondu par courrier daté du 4 janvier 2018.
7. La présente analyse repose donc sur les éléments et explications fournies par les deux parties.

**RAPPEL DES FAITS :**

8. Monsieur X est ingénieur en génie des procédés, titulaire d'une thèse et de 10 années d'expérience professionnelle. Il détient les nationalités française et sénégalaise.
9. Le 22 septembre 2014, il est mis à disposition de la société Y – nommée à l'époque « Z » - dans le cadre d'un contrat d'intérim pour une durée initiale de trois mois. Son travail donnant satisfaction, sa mission est reconduite pour 3 mois supplémentaires.
10. A compter du 23 février 2015, la mission de Monsieur X chez la société Y se poursuit dans le cadre d'un contrat de portage salarial conclu via la société de portage C pour une mission d'étude de conception de réacteur devant s'achever le 1<sup>er</sup> mars 2016.
11. Début 2015, la direction de la société Y décide d'accélérer le programme de recherche et développement sur lequel travaille le réclamant et procède à 7 recrutements d'ingénieurs en contrats à durée indéterminée entre janvier 2015 et janvier 2016. Plusieurs membres de la direction auraient alors confirmé à Monsieur X que son travail était très satisfaisant et que son profil était recherché.
12. Monsieur X indique qu'en avril 2015, il aurait évoqué la possibilité d'être recruté en contrat à durée indéterminée par la société Y avec son supérieur hiérarchique, Monsieur D, qui l'aurait alors informé que sa double-nationalité constituait un obstacle. Il lui aurait réitéré cette explication en septembre 2015.
13. Dans un courriel adressé à Monsieur D le 12 novembre 2015, Monsieur X réitère de manière non équivoque sa volonté de rejoindre la société dans le cadre d'un contrat pérenne :

*« suite à notre réunion du mois de septembre 2015 portant sur la suite de mon contrat et la possibilité de décrocher un CDI chez Y, je me suis renseigné et dispose de nouveaux éléments permettant de lever l'obstacle principal à mon embauche en CDI.*

*En intégrant la société Y dans le cadre de la prestation, j'ai toujours pensé qu'un jour je pourrais trouver un CDI vu que mon parcours et mes compétences sont en parfait accord avec les profils recherchés pour conduire le projet Y1Q.*

*Etant donné que la société Y embauche actuellement des ingénieurs procédés (7 embauches depuis mon arrivée) et que je pense avoir suffisamment démontré ma maîtrise des sujets traités et totalement investi pour la réussite du projet, je voudrais te voir s'il te plaît dès que ton emploi du temps te le permet pour discuter de ces éléments.*

*Mon souhait actuel est de trouver un CDI à la société Y pour stabiliser ma situation ».*

14. Les nouveaux éléments auxquels Monsieur X fait référence sont des renseignements qu'il a pris auprès des syndicats. Ces derniers démentent, notamment Monsieur E de la CFDT, dans un courriel du 20 novembre 2015, l'information selon laquelle la double nationalité pourrait être un obstacle à une embauche chez la société Y.
15. Monsieur D aurait ensuite expliqué à Monsieur X avoir mal compris les règles relatives au recrutement d'ingénieurs binationaux.
16. Aucune règle n'interdisant le recrutement de binationaux, Monsieur X s'est étonné qu'aucun poste ne lui ait été proposé, notamment dans un courriel adressé à Monsieur F le 9 décembre 2015.
17. A la suite de ce courriel, il est reçu par Monsieur G, supérieur hiérarchique de Monsieur D lors de deux entretiens entre les 9 et 11 décembre 2015. Lors du second entretien, Monsieur G informe Monsieur X qu'il aura la possibilité de présenter sa candidature via le site internet de la société Y lorsque de nouveaux postes seront créés.
18. Monsieur G lui reproche également sa démarche auprès des syndicats et sa dénonciation d'une potentielle discrimination, qui ont été mal perçues en interne.
19. A la suite de ces reproches, Monsieur X adresse un courriel à ses supérieurs hiérarchiques le 17 janvier 2016 afin de « *présenter [s]es sincères excuses à Monsieur D et à l'ensemble des personnes qui ont pu se sentir blessés par ma démarche* » consistant à rechercher des informations auprès des syndicats. Il fait également part de son incompréhension face au fait de ne pas avoir été intégré au processus de recrutement.
20. Aucun poste n'est ouvert à candidatures entre l'entretien du 11 décembre 2015 et la fin de la relation professionnelle entre les parties.
21. Monsieur X estime avoir injustement été écarté du processus de recrutement mis en place par la société Y, malgré ses nombreux entretiens et courriels faisant part de son souhait de postuler aux postes ouverts par la société Y.
22. Il indique que son travail était satisfaisant. Les 7 ingénieurs recrutés entre le mois de janvier 2015 et le mois de janvier 2016 étaient français et de couleur de peau blanche.
23. Monsieur X estime que sa double nationalité, son origine et/ou sa couleur de peau peuvent expliquer le fait qu'il ait été écarté de la procédure de recrutement. Il le dénonce dans ses courriels des 9 décembre 2015 et 17 janvier 2016.
24. Le 18 janvier 2016, il saisit le Conseil de prud'hommes de A afin d'obtenir d'une part, la requalification de sa mission d'intérim et de son contrat de portage salarial en contrat à durée indéterminée, et d'autre part, des dommages et intérêts pour discrimination.

25. Ses conclusions devant le Conseil de prud'hommes sont communiquées à la société Z le 2 février 2016.
26. Dans un courriel du 8 février 2016, il se plaint que ses accès internet sont coupés et que ses outils de travail ne lui sont plus accessibles.
27. Le 9 février, la société Y indique à Monsieur X que sa mission dans le cadre du contrat de portage salarial, dont la date de fin était prévue au 1<sup>er</sup> mars 2016, est terminée.
28. Le 12 février, il lui est demandé de restituer son badge d'accès. Le réclamant s'exécute tout en faisant part, de son incompréhension, par courrier.
29. Monsieur X ajoute à ses demandes adressées au Conseil de prud'hommes que la rupture de son contrat soit déclarée nulle.
30. Dans un jugement en date du 29 février 2016, le Conseil de prud'hommes a débouté Monsieur X de l'ensemble de ses demandes.
31. Le réclamant a interjeté appel de ce jugement.
32. L'affaire sera plaidée devant la Cour d'appel de B le 1<sup>er</sup> février 2018.

## **CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :**

### **I: Rappel sur l'état des discriminations à l'embauche en France :**

33. De très nombreux rapports, études et analyses dénoncent les difficultés rencontrées par les personnes d'origine étrangère pour accéder à l'emploi en France.
34. Le rapport sur les discriminations au travail élaboré par Madame Laurence Pécaut-Rivolier à la demande du garde des Sceaux et des ministres du travail et des droits des femmes en décembre 2013, rappelle que *« de nombreuses études montrent que l'origine étrangère, et plus particulièrement certaines origines, sont un frein à la fois à l'embauche et à l'évolution de carrière. Ainsi, les immigrés ont deux fois plus de risques d'être au chômage, trois fois moins de chances en envoyant un CV d'être sélectionnés pour un entretien, sont en majorité employés sur des emplois sous qualifiés, et gagnent moins qu'un salarié non immigré occupant le même emploi. Une étude de la DARES ciblée sur les salariés descendants d'immigrés africains fait par exemple ressortir une différence de 14% entre les salariés français descendants d'immigrés africains et les salariés dont les parents sont français »*<sup>1</sup>.
35. De plus, le testing mené par le gouvernement en 2016 qui a révélé une différence de traitement de 11 points entre les candidats « hexagonaux » et les autres<sup>2</sup>, ou le récent rapport de France Stratégies, qui rappelle la réalité des discriminations subies par les candidats d'origine étrangère avant d'alerter sur le coût économique de ces discriminations<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Laurence Pécaut-Rivolier, « Les discriminations collectives en entreprise - Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif », Ministère des droits des femmes, décembre 2013, page 21 ; J. Perrin-Haynes, « L'activité des immigrés en 2007 », INSEE, 2008 ; Lara Muller, Roland Rathelot, « Les salariés français descendant d'immigrés : salaires et profil socioprofessionnel dans les entreprises de 10 salariés ou plus en 2006 », Dares, février 2010, n°7 ; voir également les résultats de l'enquête Trajectoires et Origines réalisée par l'INED en 2010.

<sup>2</sup> DARES ANALYSES, décembre 2016, <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2016-076.pdf>

<sup>3</sup> « Le coût économique des discriminations », FRANCE STRATEGIES, septembre 2016, [http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/19-09-2016\\_fs\\_rapport\\_cout\\_economique\\_des\\_discriminations\\_final\\_web\\_0.pdf](http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/19-09-2016_fs_rapport_cout_economique_des_discriminations_final_web_0.pdf)

36. C'est pourquoi, dans ses recommandations pour le programme national de réforme pour la France pour 2017, le Conseil de l'Union européenne recommande de lutter efficacement contre les discriminations à l'embauche, étant souligné que :
- « En 2016, seules 54,5 % des personnes nées en dehors de l'UE et en âge de travailler avaient un emploi. Le taux d'emploi des femmes (45,4 %) était l'un des plus faibles de l'UE. L'écart entre le taux d'emploi des personnes nées en dehors de l'UE et celui des personnes nées en France s'est creusé à 17,5 points de pourcentage en 2016 (23,7 points de pourcentage pour les femmes). **La mauvaise performance des personnes nées en dehors de l'UE tire le taux d'emploi global vers le bas et représente une sous-utilisation chronique de la main-d'œuvre. Les immigrés de deuxième génération sont également confrontés à des perspectives d'emploi défavorables, qui ne s'expliquent pas par des différences d'âge, de formation ou de compétences.** En outre, les écarts en matière de réussite scolaire sont persistants, les immigrés de deuxième génération ne les comblant que partiellement. Pour remédier à ce problème, une stratégie globale est nécessaire, qui comprenne notamment des mesures ciblées en matière de compétences linguistiques, de mise à niveau, de formation et d'orientation professionnelle, ainsi que d'autres politiques actives ciblées du marché du travail. **Pour favoriser la participation au marché du travail, il est essentiel de garantir l'accès effectif aux services et d'agir contre les pratiques discriminatoires limitant l'embauche de personnes nées en dehors de l'UE et d'immigrés de deuxième génération** »<sup>4</sup>.*
37. Ainsi, le critère de l'origine est le premier de critère de saisine du Défenseur des droits en matière de discrimination dans l'emploi privé.
38. Plus précisément, les réclamations dénonçant des discriminations à l'embauche de ressortissants de pays hors Union européenne, ou de personnes d'origine étrangère, notamment les personnes issues de l'immigration de seconde génération, constituent 20% des réclamations reçues par le Défenseur des droits dans le domaine de l'emploi privé.
39. En septembre 2016, le Défenseur des droits a publié les résultats d'un appel visant à recueillir les témoignages des jeunes diplômés estimant avoir rencontré une ou plusieurs situations de discrimination à l'embauche en raison de leur origine étrangère. Cette étude démontre que face aux différences de traitement existantes, les voies de recours aux droits sont très peu mobilisées, puisque parmi les 758 personnes ayant répondu au questionnaire, moins d'une personne sur 10 avait engagé des démarches pour faire valoir ses droits. Mais les répondants ont témoigné du mal-être engendré par des années de recherche vaines pour s'intégrer au marché du travail d'un pays qui est le leur, 80% d'entre eux étant de nationalité française. Fatalisme, renoncement, déclassement, projet d'expatriation... sont les réactions citées par les personnes ayant répondu à l'appel du Défenseur des droits<sup>5</sup>.

## **II : S'agissant de la décision tenant à écarter Monsieur X de la procédure de recrutement en cours :**

40. En droit de l'Union européenne, la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique définit qu' « *une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ».

---

<sup>4</sup> Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2017 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2017 », Commission européenne, 22 mai 2017, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations\\_-\\_france-fr.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-country-specific-recommendations-commission-recommendations_-_france-fr.pdf)

<sup>5</sup> « Résultats de l'appel à témoignage – accès à l'emploi et discriminations liées aux origines », Défenseur des droits, septembre 2016, [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/etudesresultats-acces\\_a\\_lemploi\\_et\\_discriminations\\_liees\\_aux\\_origines-20160919\\_0.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/etudesresultats-acces_a_lemploi_et_discriminations_liees_aux_origines-20160919_0.pdf)

41. Son article 3 prévoit que « *la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne: a) les conditions d'accès à l'emploi aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion* ».
42. En droit interne, la discrimination à l'embauche est prohibée par le code pénal, le code du travail, et la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
43. L'article 1<sup>er</sup> de cette loi énonce que « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».
44. Cet article est visé par l'article L.1132-1 du code du travail, qui définit l'interdiction de toute discrimination, et en vertu duquel « *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, (...) en raison [notamment] de son origine, (...) de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, (...) de son apparence physique, (...)* ».
45. Il convient de rappeler qu'en matière civile, la discrimination peut être constituée indépendamment de l'intention de son auteur.
46. L'article L.1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination.
47. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de discrimination, l'article L.1134-1 du code du travail prévoit un aménagement en vertu duquel, lorsque survient un litige, et que le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il incombe à la partie défenderesse de prouver que la situation est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
48. Ainsi, si la partie mise en cause n'apporte pas la preuve soit que les faits laissant présumer la discrimination ne sont pas établis, soit qu'ils sont justifiés par un élément objectif, alors la discrimination doit être considérée comme établie.
49. La Cour de cassation indique que les faits de discrimination doivent être appréciés de manière globale (Cass. soc., 13 février 2013, n°11-26603 ; 29 juin 2011, n°10-15792).
50. Dans un arrêt du 15 décembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a condamné une société à verser à un salarié une indemnité de 10.000 euros pour discrimination pour avoir refusé de l'embaucher en raison de son origine magrétine. La Cour a fondé sa décision au motif que « *l'employeur ne justifiait pas que son choix d'un autre candidat avait été déterminé par la prise en compte du diplôme dont bénéficiait celui-ci ou de l'expérience professionnelle qu'il avait acquise* » (Cass. Soc. 15 décembre 2011, n°10-15873).
51. Enfin, il convient d'ajouter que la discrimination à l'embauche fondée sur la nationalité, l'origine et/ou la couleur de peau est également un délit puni par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.
52. En application de l'article 225-4 du même code, les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ce délit. Dans ce cas, elles encourent une amende de 225.000

euros par application de l'article 131-38 du code pénal, et les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du même code, dont une peine d'affichage.

53. La Cour de cassation est venue préciser que le délit de discrimination est constitué et engage la responsabilité pénale de son auteur même si le critère de discrimination, comme l'origine ou le patronyme, n'a pas été le motif exclusif de la décision défavorable prise à l'encontre de la victime (Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-81.108 ; Cass. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.380).
54. **En l'espèce**, il ressort des éléments du dossier que Monsieur X a interrogé les syndicats sur la question, qui lui aurait été soufflée par ses supérieurs hiérarchiques, de savoir si sa double nationalité pourrait constituer un frein à son recrutement en contrat à durée indéterminée par la société.
55. Après avoir été rassuré quant au fait que sa double nationalité ne constituait pas un obstacle à une embauche chez la société Y, Monsieur X s'est vu reprocher le fait d'avoir interrogé les syndicats à ce sujet.
56. Monsieur X dénonce dans ses courriels des 9 décembre 2015 et 17 janvier 2016, ainsi que dans sa saisine du Conseil de prud'hommes, le fait que son origine et / ou sa couleur de peau auraient constitué le réel obstacle à son recrutement en contrat à durée indéterminée chez la société Y.
57. A cet égard, le Défenseur des droits constate que les éléments suivants ne sont pas contestés par les parties :
- les compétences de Monsieur X étaient très appréciées par la société,
  - son profil était recherché puisque sept salariés ont été recrutés concomitamment à la rupture de la relation de travail de Monsieur X,
  - aucun de ces sept salariés n'est d'origine étrangère, tous sont de couleur de peau blanche.
58. Ces éléments sont, pour le Défenseur des droits, de nature à laisser supposer que Monsieur X a été écarté de tout recrutement pérenne chez la société Y en raison, notamment de son origine, de sa couleur de peau et/ou de sa nationalité.
59. Il en résulte, par application de l'aménagement de la charge de la preuve prévu par l'article L.1134-1 du code du travail, qu'il incombe à la société Z de prouver l'absence de toute discrimination.
60. A cet égard, le Défenseur des droits constate que la société mise en cause fait valoir, tant dans le cadre de la procédure judiciaire que de l'enquête du Défenseur des droits, que la double nationalité n'est pas un obstacle aux recrutements chez la société Y.
61. Cet argument ne répond pas à l'allégation de discrimination en lien avec l'origine et/ou la couleur de peau.
62. Par suite, et surtout, la société mise en cause fait valoir qu'elle n'a pas pu écarter Monsieur X d'un recrutement puisque ce dernier n'aurait jamais fait acte de candidature. Elle fournit à ce titre un extrait de son logiciel interne de suivi des candidatures, sur lequel le nom de Monsieur X n'apparaît pas.
63. Cet argument a été retenu par le Conseil de prud'hommes afin de débouter le réclamant.

64. La société fournit également une attestation de Monsieur H, responsable Ressources humaines du secteur sur lequel travaillait Monsieur X, qui certifie que le réclamant ne l'a jamais sollicité pour évoquer son souhait de postuler sur l'un des postes ouverts.
65. Or, il ressort des éléments du dossier que Monsieur X a clairement exprimé ce souhait à son supérieur hiérarchique, Monsieur D, notamment dans un courriel du 12 novembre 2015 qui n'a fait l'objet d'aucune réponse, puis par courriel à Monsieur F le 9 décembre 2015 et enfin dans un courriel à Messieurs F et D le 17 janvier 2016.
66. L'argument de la société mise en cause faisant valoir que Monsieur X n'aurait jamais fait acte de candidature auprès de la société Y ne résiste pas à la lecture de ces messages.
67. Dans sa note récapitulative adressée à la société Z le 7 décembre 2017, le Défenseur des droits a souligné qu'il lui apparaissait que Monsieur X n'avait jamais été invité à postuler sur le logiciel de candidature à la suite de son souhait, clairement exprimé, d'être recruté en contrat à durée indéterminée.
68. Le Défenseur des droits rappelait que la société Y lui avait indiqué, dans son courrier du 4 novembre 2016, que « *tout candidat indiquant qu'il souhaite postuler sur une offre dont il a eu connaissance est informé qu'il doit enregistrer sa candidature sur le site internet dédié* ».
69. Or, il apparaissait au Défenseur des droits que la société mise en cause ne fournissait aucun élément qui permettrait de démontrer que cette information aurait réellement été communiquée au réclamant.
70. En réponse à cet argument, la société mise en cause rappelle, dans son courrier au Défenseur des droits en date du 4 janvier 2018, un extrait de l'attestation de Monsieur G, qui affirme la chose suivante :
- « lors de ce premier entretien [en date du 9 ou du 10 décembre 2015] (...) je lui ai également rappelé qu'à ma connaissance il n'avait pas postulé sur les postes mis en ligne sur le site de recrutement de la société Y. Pour clore l'entretien, je lui ai réaffirmé qu'il pouvait postuler pour un poste à la société Y et que sa candidature serait examinée au même titre que toutes les autres ».*
71. Il en résulte que Monsieur X a été informé qu'il devait postuler via le site de recrutement le 9 ou le 10 décembre 2015.
72. Or, une lecture attentive de l'entière attestation de Monsieur G laisse apparaître qu'aucun poste correspondant au profil du réclamant n'était ouvert à cette période.
73. En effet, Monsieur G certifie un peu plus loin dans cette attestation que « *lors de [notre] deuxième entretien en date du 11 décembre 2015 je lui ai fait part que les nouvelles évolutions du projet devaient conduire à la mise en ligne de nouveaux postes au début de l'année 2016 mais qu'au moment où je lui parlais je n'avais pas d'éléments précis tant sur le nombre que sur la typologie des contrats* »
74. Aucun poste n'a été créé entre cet entretien et la fin de la relation professionnelle entre les parties.
75. Ainsi, pour le Défenseur des droits, la société mise en cause n'apporte pas la preuve d'avoir informé Monsieur X qu'il devait postuler via le site de recrutement en ligne de la société à un moment où cette information était pertinente.
76. Or, le fait de ne pas inviter un candidat sérieux à postuler sur le bon canal et/ou au moment opportun, alors qu'il fait acte de candidature à plusieurs reprises et auprès de plusieurs



personnes, s'apparente au fait, prohibé par l'article L.1132-1 du code du travail, d'écartier une personne d'un processus de recrutement.

77. La société mise en cause, qui salue les compétences professionnelles de Monsieur X, ne fournit aucune autre explication ou argumentation.
78. Dès lors, le Défenseur des droits estime qu'elle n'apporte pas la preuve que la non-participation de Monsieur X au processus de recrutement en cours dans sa structure de rattachement était justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.
79. Le Défenseur des droits constate en outre que la société mise en cause a reproché à Monsieur X de s'être renseigné auprès des syndicats sur la possibilité que sa double nationalité puisse constituer un obstacle à son recrutement.
80. Ce constat résulte notamment de l'attestation déjà évoquée de Monsieur G, qui précise qu'« *en clôture de cet entretien [du 11 décembre 2015] je lui ai indiqué que la poursuite de ses propos au sujet d'une supposée discrimination était mal vécue par les personnes visées et qu'il serait souhaitable qu'il cesse ce type d'accusations envers une entreprise qu'il souhaitait rejoindre* ».
81. Ces propos, directement rapportés par leur auteur, confirment que le climat entourant Monsieur X n'était pas de nature à encourager sa candidature.
82. Surtout, le Défenseur des droits rappelle qu'aux termes de l'article 3 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 précitée : « *aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait. **Aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée par l'article 2*** ».
83. Au regard de cette disposition et de l'ensemble des éléments du dossier, le Défenseur des droits considère que Monsieur X a fait l'objet d'un traitement discriminatoire en étant écarté, par la société Z, de tout recrutement pérenne en raison de sa double nationalité, son origine et/ou sa couleur de peau et/ou de son refus de se soumettre à une telle discrimination.

### **III : S'agissant de la décision de mettre fin à la mission de Monsieur X comme mesure de rétorsion pour avoir dénoncé une discrimination :**

84. Aux termes de l'article L.1132-3 du code du travail, « *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L.1132-1 et L.1132-2 ou pour les avoir relatés* ».
85. Il convient de rappeler que l'article L.1132-4 dudit code sanctionne par la nullité tout acte contraire aux dispositions précitées.
86. Sont ainsi prohibées les mesures de rétorsion fondées sur la dénonciation, par un salarié, de faits de discrimination dont il s'estime victime dans le cadre de son activité professionnelle.
87. Comme en matière de harcèlement moral, le salarié qui relate des faits de discrimination ne peut être licencié pour ce motif, sauf à démontrer qu'il était de mauvaise foi.
88. Dans un arrêt du 10 octobre 2012, la Chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré nul un licenciement, qui était « *consécutif au fait que le salarié avait remis en cause les avenants à son contrat de travail (...) en invoquant une discrimination aggravée d'extorsion* »<sup>6</sup>. Il convient de souligner que dans cette affaire, l'employeur justifiait le licenciement pour faute grave du

---

<sup>6</sup> Cass, Soc. 10 octobre 2012, n°11-24379

salarié par un manquement à son obligation de loyauté et un exercice abusif de sa liberté d'expression.

89. Plus récemment, la haute Cour a annulé un licenciement, jugeant que « *l'engagement de la procédure de licenciement avait coïncidé avec la dénonciation par le salarié auprès de la direction de la discrimination à raison de son âge dont il était victime, qu'il en résultait qu'il était la suite de la relation par le salarié des actes de discrimination* »<sup>7</sup>.
90. La jurisprudence est particulièrement stricte s'agissant de l'appréciation de la mauvaise foi du salarié. La Cour de cassation a ainsi considéré, à propos de la dénonciation de faits de harcèlement moral, que la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis<sup>8</sup>. Elle doit résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce<sup>9</sup>. Deux arrêts récents confirment cette analyse<sup>10</sup>.
91. Dès lors, seule la mauvaise foi du salarié, entendue comme la connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce et dont la preuve incombe à l'employeur, peut justifier son éviction pour avoir dénoncé des faits de discrimination.
92. En l'absence de preuve de la mauvaise foi du salarié, la sanction est la nullité du licenciement, par application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.
93. **En l'espèce**, il n'est pas contesté que le fait que Monsieur X interroge les syndicats sur l'impact de sa double nationalité sur la possibilité d'une embauche a mal été perçu par ses supérieurs.
94. Pourtant, il n'est nullement indiqué que Monsieur X aurait été de mauvaise foi dans cette démarche.
95. Il ressort des éléments du dossier que par la suite, alors que Monsieur X a saisi le Conseil de prud'hommes de A le 18 janvier 2016 et que ses conclusions et pièces ont été reçues par le Conseil de la société Z le 2 février 2016, ses accès internet étaient soudainement coupés et ses outils de travail ne lui étaient plus accessibles dès le 8 février 2016, comme en atteste un courriel du service support de ce jour.
96. Dans un courrier du 12 février 2016, Monsieur X accepte de rendre ses badges d'accès à la société Y mais s'étonne que la société ait si soudainement décidé de mettre fin à sa mission.
97. Ces éléments laissent supposer l'existence d'un lien de causalité entre la saisine, par Monsieur X, du Conseil de prud'hommes, et la décision de mettre subitement fin à sa mission en cours.
98. Ce lien de causalité est de nature à constituer une mesure de rétorsion, par la société Z à son encontre, en violation de l'article L.1132-3 du code du travail.
99. Dans son courrier au Défenseur des droits en date du 4 février 2018, la société mise en cause conteste l'existence de ce lien en faisant valoir que la mission de Monsieur X était terminée. Cet argument peut être écarté dans la mesure où c'est la société elle-même qui a acté de la fin de la mission.
100. En conséquence, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

---

<sup>7</sup> Cass, soc, 25 septembre 2013, n°12-17569

<sup>8</sup> Cass, soc., 10 mars 2009, n°07-44092

<sup>9</sup> Cass, soc., 7 février 2012, n°10-18035

<sup>10</sup> Cass. soc., 10 juin 2015, n°13-25554 et n°14-13318

- Constate que le fait que Monsieur X a été écarté de tout recrutement pérenne au sein de la société Y constitue une discrimination en lien avec sa double nationalité, son origine et/ou sa couleur de peau et/ou avec son refus de se soumettre à une telle discrimination, en violation des articles L.1132-1 et suivants du code du travail et des dispositions de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 ;
- Considère que la société Y n'apporte pas la preuve que sa décision de mettre fin à la mission de portage salarial de Monsieur X soit dépourvue de tout lien avec sa saisine du Conseil de prud'hommes, ce qui constitue une mesure de rétorsion prohibée par l'article L.1132-3 du code du travail ;
- Décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente, sur le fondement de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.

101. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la Cour d'appel de B et souhaite soumettre à l'appréciation de la formation de jugement.

Jacques TOUBON