

Paris, le 15 février 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-012

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 le Code du travail ;

Vu 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 ;

Saisi par Madame X au sujet de la rupture anticipée de son stage en crèche qu'elle estime fondée sur ses origines, sa religion, ses mœurs et sa situation de famille.

Décide de recommander à la direction de la crèche Y :

- de mettre en place une procédure de recrutement des stagiaires et de rupture de leur contrat de stage en adoptant des critères objectifs, transparents et non discriminatoires ;
- de réparer le préjudice subi par Madame X du fait de la rupture de son stage en l'indemnisant intégralement.

Le Défenseur des droits demande à la directrice de la crèche Y de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X au sujet de la rupture anticipée de son stage en crèche qu'elle estime fondée sur ses origines, sa religion, ses mœurs et sa situation de famille.

LES FAITS

2. Madame X se dit athée. Son père est d'origine algérienne et sa mère française. Madame X dit avoir changé son nom de famille initial, au profit de celui de sa mère. Elle a également envisagé de franciser son prénom après l'incident survenu lors de son stage auprès de la crèche Y.
3. Madame X suit une formation en vue de l'obtention du CAP Petite enfance auprès de l'école de formation ADF Emploi à Paris du 3 septembre 2014 au 7 mai 2015. Durant cette formation, elle doit effectuer deux stages de six semaines chacun, dont un en crèche. Ces stages sont obligatoires et permettent de valider son diplôme.
4. Elle valide, sans difficulté, son premier stage en maternelle se déroulant du 17 novembre au 26 décembre 2014. La directrice de l'école A relève que « Madame X a trouvé très rapidement ses marques. Elle a su s'adapter aux exigences de notre très grande structure (300 élèves). Madame X s'est bien intégrée à l'ensemble de l'équipe éducative. Elle a un bon contact avec les enfants. Elle a su prendre des initiatives favorables au bien-être des enfants. Bien que réservée, Madame X a su se rendre indispensable ».
5. Sur les recommandations d'une camarade de sa formation d'origine capverdienne, qui y avait déjà effectué son stage avec succès, Madame X oriente son deuxième stage obligatoire auprès d'une crèche confessionnelle israélite, la crèche Y .
6. Cette crèche est gérée par une association déclarée d'utilité publique, l'association B. Elle compte environ une trentaine de salariés. Elle bénéficie d'un agrément de la PMI et est subventionnée par les parents, la CAF et la Ville de Paris. Le registre du personnel et des attestations du personnel révèlent que les personnels sont d'origine diverse. La crèche applique le plan Vigipirate national.
7. Le 11 février 2015, elle est reçue par la directrice adjointe de la crèche, Madame Z. Lors de l'entretien, cette dernière lui donne essentiellement des consignes sur les règles de la crèche concernant l'habillement (exigence de porter une jupe longue et des sabots) et la nourriture (interdiction de toute nourriture provenant de l'extérieur). La convention de stage est signée à l'issue de l'entretien.
8. Madame X commence son stage le 16 février 2015.
9. Dès le lendemain, le 17 février 2015, elle est convoquée par la directrice de la crèche, Madame C, en présence de Madame Z et de son fils de 12 ans.
10. A l'issue de l'entretien, la directrice lui annonce la fin de son stage qui prend effet immédiatement. Elle lui délivre néanmoins une attestation de stage jusqu'au 20 février 2015 afin qu'elle ait trois jours pour trouver un autre stage. Son appréciation générale est la suivante : « Madame X est une stagiaire sérieuse et consciencieuse.

Cependant, suite au plan vigipirate, la crèche n'a pu garder ses stagiaires plus longtemps ».

11. Lors de l'entretien, Madame X est interrogée sur ses identifiants Facebook, les raisons pour lesquelles elle n'a que 15 amis, la date de sa dernière connexion etc.
12. Selon Madame X, Madame C lui aurait également demandé ce qu'elle sait de la religion juive, si elle a des amis juifs, quelles sont ses origines, si elle est née en Algérie, si elle est de confession musulmane, si elle est mariée, si son ami est de confession musulmane etc.
13. Par courrier du 19 février 2015, le Directeur de l'école, Monsieur D interpelle Madame C sur les conditions de la rupture de convention tripartite de stage de Madame X qui l'aurait appelé en larmes.
14. Sans démentir les allégations de Madame X concernant les questions liées à sa vie privée, son appartenance religieuse, ses amies et son conjoint, Madame C rappelle toutefois à Monsieur D, dans un courrier du 24 février 2015, que la crèche accueille son personnel et ses stagiaires sans distinction de couleur, de religion et d'opinion. Elle lui explique que c'est le comportement de Madame X qui a été à l'origine de la rupture anticipée du stage, en particulier son questionnement incessant concernant la sécurité du bâtiment, son désir de vouloir prendre des photos des locaux et son attitude très crispée. Ces comportements auraient insécurisé l'équipe.
15. Le 4 mars 2015, Madame X dépose une main courante auprès du commissariat de E.

L'ENQUETE

16. Le 24 novembre 2015, Monsieur D a été contacté par les services du Défenseur des droits afin d'obtenir des informations sur cette affaire et a répondu aux questions du Défenseur des droits lors d'un entretien téléphonique et dans un courrier du 11 mai 2016. Il a à nouveau confirmé ses dires dans un courriel du 4 octobre 2017. Il affirme avoir eu un entretien téléphonique avec Madame C à la suite de son courrier du 19 février 2015. Il dit avoir « fait le point sur TOUS les points évoqués dans sa lettre », à savoir l'existence d'un véritable questionnaire sur la vie privée de Madame X, son obéissance religieuse, ses amies et son conjoint ». Lors de cet échange, son interlocutrice a bien confirmé la réalité des allégations qui lui avaient été rapportées. Elle a reconnu sa maladresse dans un contexte de vigilance que lui imposait le plan Vigipirate tout en exprimant sa volonté de ne pas nuire à la réussite de Madame X.
17. Tout en reconnaissant sa personnalité « fermée », Monsieur D relève que Madame X a néanmoins réussi son CAP Petite Enfance et est sortie major de promotion (note de 16,75/20). Il précise que dans le canevas du rapport de stage, il est recommandé de faire des photos de la structure et d'interroger les personnels sur leur organisation.
18. Après avoir perdu deux à trois semaines, Madame X a finalement effectué son deuxième stage auprès de la crèche F à G. Son rapport d'évaluation révèle que Madame X est « calme, patiente, discrète » et qu'« elle dispose de qualités humaines précieuses pour exercer auprès de jeunes enfants. Elle est de plus en plus à l'aise dans la communication à l'enfant qu'elle devra davantage développer afin de cibler les émotions ressenties. Madame X commence à décrypter le sens de certains pleurs (...) et questionne de plus en plus les professionnelles. Elle devra continuer à ouvrir des échanges autour de la pratique éducative (accueil des familles par exemple) ».

19. Lors de son audition, Madame X explique n'avoir eu aucun dialogue avec les parents et les grands-parents. Elle les a croisés mais elle ne leur a pas été présentée. Elle assure n'avoir pas pris de photo de l'établissement ou des enfants. Concernant la sécurité, elle se serait contentée de demander comment entrer dans l'établissement. Elle a précisé être sortie une fois pour fumer et avoir constaté qu'il était ensuite compliqué de pouvoir réintégrer le bâtiment. Elle a ressenti un climat de suspicion inadmissible et un sentiment d'échec qui l'ont conduit à consulter un psychologue à la suite de cette affaire. Elle a été atteinte dans sa dignité.
20. Interrogée par le Défenseur des droits, Madame C a répondu par téléphone puis par un courrier. Elle a également été auditionnée par les services du Défenseur des droits, conformément à l'article 18 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.
21. Il ressort de l'ensemble des déclarations de Madame C les éléments suivants.
22. D'une part, elle nie catégoriquement avoir posé des questions en lien avec les origines ou la confession de Madame X. Elle embauche des personnes de toutes origines et confessions. Elle n'exige pas des candidates qu'elles soient de confession juive ou qu'elles aient une connaissance de cette religion. Il s'agit même d'un parti pris de recruter des stagiaires qui ne sont pas forcément de cette confession afin que les communautés se rencontrent. Elle fournit l'attestation de Madame H travaillant au sein de la crèche selon laquelle Madame X lui aurait même fait part de son étonnement d'être acceptée en stage compte tenu de sa confession musulmane.
23. Les candidates stagiaires sont toutes retenues en principe, en fonction de la disponibilité des places. Il suffit que les candidates paraissent « équilibrées et non violentes ». Il n'y a pas d'autres critères de sélection que la disponibilité et la bienveillance. Les recrues sont systématiquement des femmes : les parents auraient peur d'éventuels attouchements si elle décidait de recruter des hommes. Compte tenu de cette crainte, elle n'envisagerait pas forcément de recruter des hommes, qu'ils soient stagiaires ou éducateurs.
24. D'autre part, Madame C reconnaît avoir consulté le compte Facebook de Madame X et lui avoir posé des questions à ce sujet. Elle explique avoir voulu s'assurer qu'il ne comportait aucun discours antisémite et ce, sur les conseils du service de protection de la communauté juive (SPCJ). Le fait qu'il ne comportait que peu d'amis lui a paru suspect et elle a pensé que Madame X lui mentait en désignant un faux compte.
25. Elle explique qu'elle aurait exprimé le même niveau de vigilance face à une situation d'insécurité au sujet d'un salarié indépendamment de sa religion. Mais elle reconnaît qu'elle n'aurait pas craint que Madame X soit antisémite si cette dernière avait été juive.
26. Elle affirme que Madame X « semblait avoir un comportement de repérage déambulant dans les couloirs en voulant prendre des photos ». Par ailleurs, elle aurait paru peu investie auprès des enfants (ne jouant ni ne communiquant avec eux). Elle serait apparue « extrêmement réservée, froide, sur la défensive, peu souriante et très crispée ».
27. Madame C fournit plusieurs attestations, notamment de personnels et de parents qui viennent confirmer ses dires. La psychologue de la crèche, Madame J, atteste que les équipes ont exprimé un malaise face à cette stagiaire.
28. Par ailleurs, Madame C n'a pas souhaité léser Madame X ce qui explique l'absence d'éléments négatifs dans son rapport de stage. Elle a admis qu'après les attentats, il

y avait une certaine paranoïa et que si les faits devaient avoir lieu aujourd'hui, elle réagirait différemment. Elle a reconnu que sa réaction était subjective et disproportionnée.

29. Madame Z a également été entendue par le Défenseur des droits. Ses propos corroborent pour l'essentiel ceux de Madame C, à l'exception des réticences exprimées sur l'embauche de personnel ou de stagiaires masculins.
30. Elle ajoute que lors de son entretien d'embauche, Madame X lui a fait une bonne impression, elle paraissait motivée et avait une attitude positive lors de l'entretien. Elle ne met pas en cause la qualité des tâches effectuées par Madame X.
31. En revanche, celle-ci se tenait à l'écart et avait des difficultés à interagir avec les enfants. Par ailleurs, elle était souvent dans les couloirs ou dans les escaliers et elle posait plus de questions sur les locaux que sur les enfants. Plusieurs personnes l'auraient vue prendre des photos. Madame Z n'est toutefois pas en mesure de certifier que les personnes ayant produit des attestations ont effectivement été en contact avec Madame X.
32. Elle certifie que Madame C n'a pas posé de questions en lien avec les origines ou la religion de Madame X mais qu'elle lui a effectivement posé des questions concernant son compte Facebook.
33. Elle conclut en relevant que la crèche n'avait rien à reprocher à la réclamante sur la sécurité des enfants et que celle-ci n'a pas eu de comportement dangereux d'où une appréciation positive sur le rapport de fin de stage. Elle ajoute toutefois que dans un autre contexte, les choses ne se seraient pas passées aussi vite.
34. En réponse à une note récapitulative du Défenseur des droits, Madame C réitère ses propos. En substance, elle reconnaît sa « maladresse » du fait d'avoir demandé le profil Facebook de Madame X mais relève que cela n'a aucun lien avec une éventuelle discrimination. Ce n'est pas l'origine ou la religion de Madame X qui ont conduit à la rupture de son stage mais son « comportement étrange » suscitant des « angoisses » de son personnel et des parents. Elle produit des témoignages d'anciennes stagiaires dont certaines ont ensuite été embauchées par la crèche et qui mettent en avant les qualités d'accueil et des relations de travail respectueuses. Madame C produit également une attestation de l'association K formation avec laquelle la crèche a élaboré un partenariat selon laquelle les stagiaires ont été parfaitement bien encadrées et accueillies dans des conditions optimales.
35. Madame C explique aussi qu'elle n'a pas démenti les allégations de Monsieur D dans son courrier du 24 février 2015 car elle n'a pas estimé nécessaire de se justifier dès lors que sa décision était prise.
36. Par courrier du 2 octobre 2017, le co-président de l'association d'utilité publique B, Monsieur L, relève que la crèche Y ne pratique aucune politique d'embauche discriminatoire en raison de la religion ou du sexe et que la rupture du contrat de stage de Madame X était justifiée « dans le contexte de l'époque » par des éléments objectifs.
37. Il relève que les attestations et le registre du personnel reflètent la diversité des origines et de l'appartenance religieuse.
38. Concernant l'existence de discrimination à l'embauche à l'encontre de candidats masculins, il relève que, lors de son audition, Madame Z a affirmé qu'il n'y avait pas

eu de candidature masculine, que cela ne la dérangerait pas d'embaucher des hommes et qu'il n'y avait pas de recommandation en la matière. Maître M, qui a assisté Madame C lors de son audition par le Défenseur des droits, aurait rapporté que s'agissant du recrutement de candidats masculins, elle aurait précisé que la question ne s'était jamais posée et que pour sa part, elle trouverait cela très bien et bénéfique aux enfants. Elle aurait également fait référence au système allemand qui selon elle, opérerait une discrimination positive en obligeant les structures accueillant des enfants de recruter des salariés masculins. Monsieur L s'étonne que ces éléments n'aient pas été repris dans le procès-verbal d'audition. Selon lui, les déclarations de Madame C « ne sont au demeurant que le relai de la vision stéréotypée des parents à laquelle elle est confrontée sur le terrain et non pas une opinion personnelle et encore moins une politique d'embauche préconisée par la crèche ». Il précise qu'aucune candidature n'ayant jamais été soumise, il apparaît particulièrement difficile d'enjoindre à Madame C de démontrer que sa pratique réelle d'embauche n'est pas discriminatoire en raison du sexe. Il ressort des statistiques que les diplômés de la formation d'auxiliaire de puériculture sont à 99% des femmes et ceux issus de la formation de puériculture sont à 98% des femmes (1). Il ne saurait être mis à la charge de la crèche Y le fait objectif que très peu d'hommes se forment ou postulent aux métiers de la petite enfance.

39. Concernant la rupture de stage de Madame X, le co-président rappelle « le climat de psychose » après les attentats du début de l'année 2015 dans lequel la France et plus spécifiquement la communauté juive ont été plongées. Or, l'ensemble de faits objectifs accumulés au cours d'une seule et même journée - à savoir l'arrivée d'une personne réservée et fermée posant des questions sur la sécurité faisant des photos du bâtiment a provoqué « un véritable malaise au sein du personnel ». Si la décision de la convoquer et de mettre un terme au stage de Madame X « apparaît, avec le recul, excessive, ce dont Madame C et Madame Z ont pleinement conscience aujourd'hui, il n'en reste pas moins qu'elle n'avait aucun caractère discriminatoire et doit être replacée dans le contexte exacerbé de l'époque ». Il conclut néanmoins que dès lors que la rupture de stage a « légitimement pu être perçue comme injuste par Madame X, nous tenons à lui renouveler toutes nos excuses ».

FONDEMENTS ET ANALYSE JURIDIQUE

40. Au moment des faits, l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 disposait que :

1° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services ;

2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle.

41. Au moment des faits, l'article L. 1132-1 du Code du travail disposait également qu'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

(1) DREES, La formation aux professions de la santé, Série statistiques, n° 198, janvier 2016

être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...), notamment en matière de rémunération, (...), de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

42. Le dispositif civil d'interdiction des discriminations a mis en place un aménagement de la charge de la preuve. En effet, l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 dispose que « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». De même, l'article L.1134-1 du Code du travail prévoit qu'en cas de litige, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
43. Selon une jurisprudence constante, l'absence de transparence est un élément de fait laissant présumer l'existence d'une pratique discriminatoire. En effet, le manque total de transparence est considéré comme contraire au principe de l'égalité au motif qu'il empêche toute forme de contrôle tant du juge saisi que des personnes qui peuvent être lésées par des mesures discriminatoires (2).

Sur l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine

44. Il convient de relever à titre préliminaire que le Défenseur des droits ne remet pas en cause le caractère non-discriminatoire de la politique de recrutement de la crèche Y sur la base de la religion et/ou de l'origine. Le registre du personnel et les attestations démontrent l'existence d'une réelle diversité.
45. Toutefois, le Défenseur des droits s'interroge sur la prise en considération de la religion et des origines de Madame X et celles de son conjoint dans l'analyse du comportement de la réclamante et dans la décision de rompre son stage dans un contexte particulier, celui-ci faisant suite aux attentats de janvier 2015.
46. Selon une jurisprudence constante de la Cour de Cassation, la discrimination est constituée dès lors qu'il est établi que le critère discriminatoire a été un élément pris en compte, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision : il suffit que ce

(²) Au sujet de politiques d'embauche ou de politiques salariales opaques, v. CJCE 30 juin 1988 *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. 318/86 ; CJCE 17 octobre 1989 *Danfoss*, aff. 109/88 (au sujet de l'absence de transparence d'une politique salariale) ; CJCE 27 octobre 1993 *Enderby*, aff. C-127/92 ; CJCE, 26 juin 2001 *Susanna Brunnhofer*, aff. C-381/99 ; CJCE, 3 octobre 2006 *Cadman*, aff. C-17/05. V. également Cass. Soc. 15 décembre 2011 N°10-15873 au sujet de l'absence de transparence d'une procédure d'embauche ; V. également la décision du Défenseur des droits MLD 2013-172 du 2 octobre 2013 concernant un candidat à un emploi ayant passé plusieurs entretiens avec succès et qui est interrogé lors du dernier entretien sur son origine et la profession de ses parents.

critère ait participé à la mesure d'exclusion ⁽³⁾. De même pour la Cour européenne des droits de l'homme, la prise en compte, dans le cadre de l'appréciation globale d'une situation, d'un motif ayant un caractère illégitime ou discriminatoire a pour effet de « contaminer » l'ensemble de la décision ⁽⁴⁾.

47. Ainsi que le Défenseur des droits l'a rappelé dans son avis n° 17-05 du 7 juillet 2017, il tient à souligner l'importance primordiale qu'il attache aux objectifs de protection de la sûreté des personnes ainsi que de prévention des attentats et des actes violents perpétrés sur le territoire. Toutefois, le climat anxiogène découlant des attentats qui ont touché la France ne peut, en aucun cas, justifier des mesures arbitraires et discriminatoires en particulier dans le cadre professionnel.
48. La Cour européenne des droits de l'homme a, par exemple, jugé contraire à la CEDH des fouilles permettant de prévenir des actes terroristes qui étaient diligentées sur la seule base du « *pressentiment* » ou de l'« *intuition professionnelle* » des forces de l'ordre ⁽⁵⁾.
49. Si Mesdames C et Z nient avoir interrogé Madame X sur ses origines, sa religion et celles de son concubin, la réclamante et Monsieur D contestent formellement ce point.
50. Mesdames C et Z expliquent que ce serait la combinaison du comportement suspect de Madame X et le contexte d'insécurité post-attentat qui auraient été à l'origine de la rupture anticipée du stage de Madame X. Elles reconnaissent avoir demandé à Madame X les identifiants de son compte Facebook ainsi que les raisons pour lesquelles ce compte ne comportait que peu d'amis et avoir subséquemment douté de la bonne foi de cette dernière.
51. Lors de son audition, Madame C a reconnu expressément : « J'ai fait tout, pas bien. (...) Si elle [Madame X] avait été de confession juive, je n'aurais pas eu peur qu'elle soit antisémite. J'aurais réagi de même s'il y avait eu une situation d'insécurité, avec une salariée de confession juive. Il y avait une crainte, elle avait un profil particulier, une attitude, j'ai donc mis fin à son stage. Nous étions tous choqués par le contexte. Nous avons eu une attitude qui peut paraître disproportionnée et qui peut s'expliquer par la perception des choses de la communauté juive, dans un contexte post-attentats (...). J'ai consulté son Facebook. Pour moi, elle me racontait n'importe quoi. Pour moi c'était un compte de façade. (...) J'aurais dû appeler l'école pour avoir des renseignements. Il y avait trop d'affectif, du subjectivité, d'émotion et pas assez de recul. Je m'en veux. Aujourd'hui, je ferais les choses complètement différemment. Je comprends que Madame X ait pu se sentir très outragée. L'inquiétude du personnel et les parents ont créé une pression me poussant à rompre le contrat. Je n'ai pas pris le recul que j'aurais dû prendre ».
52. Madame Z a également indiqué lors de son audition : « Nous aurions dû prendre le temps d'agir autrement, mais les choses se sont passées très vite ». « Tout prenait beaucoup plus de proportions ».
53. Mesdames C et Z ont également admis que Madame X n'avait pas mis en danger les enfants même s'il était hors de question de prendre un quelconque risque qu'un drame se produise.

⁽³⁾ V. Cass. crim 15 janvier 2008 n° 07-82.380 ; Cass. crim 14 juin 2000 n° 99-81.108

⁽⁴⁾ CEDH 22 janvier 2008 *E.B. c/ France*, n°43546/02

⁽⁵⁾ CEDH 12 janvier 2010 *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, n°4158/05

54. S'il ne peut être reproché à Madame C d'avoir souhaité protéger la sécurité dans son établissement, cette dernière semble toutefois s'être appuyée sur des éléments relevant de la vie privée de Madame X pour en déduire sa potentielle dangerosité.
55. L'enquête a révélé qu'aucune procédure spécifique n'a été prévue en cas de rupture d'un stage, même si cette situation ne s'est produite que deux fois en quatre ans. Mesdames C et Z ont, en présence du fils mineur de 12 ans de Madame Z, reçu Madame X en entretien, sans que cette dernière n'ait été préalablement avisée de l'objet de cet entretien et sans avoir eu la possibilité d'être assistée par un tiers.
56. La présence d'un enfant lors d'un entretien avec une personne dont le comportement paraît suspect au regard d'une éventuelle menace terroriste paraît inapproprié au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.
57. Par ailleurs, le caractère expéditif de la procédure et son issue, à savoir la décision de rompre le stage de Madame X, ainsi que l'absence de tout rapprochement préalable avec l'école de formation dont elle était issue sont des éléments démontrant que la crèche n'a pas agi selon une procédure proportionnée, objective et transparente.
58. Madame X est finalement sortie major de sa promotion et les appréciations de ses deux autres stages lui ont été favorables.
59. Quel qu'ait été le comportement de Madame X lors de sa journée et demie de stage auprès de la crèche Y, les faits démentent les suspicions invoquées.
60. Compte tenu des règles d'aménagement de la charge de la preuve, il apparaît que la procédure opaque, expéditive et subjective de la rupture du stage de Madame X ainsi que le caractère disproportionné de cette rupture ne sont pas sans lien avec l'origine et l'appartenance supposée à une religion de Madame X et caractérisent une discrimination fondée sur son origine et ses convictions religieuses au sens de l'article L.1132-1 du Code du travail et de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008.

Sur l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe

61. Par ailleurs, Madame C a, dans le cadre de l'enquête, expressément reconnu qu'elle serait réticente à embaucher des candidats masculins, compte tenu des craintes des parents au sujet d'éventuels attouchements que ces derniers pourraient porter sur les enfants.
62. Cette approche semble refléter une vision globalement stéréotypée et discriminatoire à l'encontre des hommes.
63. Ainsi que le rappelle de manière constante la Cour européenne des droits de l'homme, la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l'Europe. Les sociétés européennes contemporaines ont évolué vers un partage plus égalitaire des responsabilités en matière d'éducation des enfants entre les hommes et les femmes. Seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer que des différences de

traitement fondées sur le sexe sont compatibles avec la Convention ⁽⁶⁾. En particulier, des références aux traditions, présumés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe ⁽⁷⁾.

64. Monsieur L, co-Président de l'association B, relève que certains propos permettant de démontrer que la réticence à embaucher des hommes ne reflétait ni l'opinion personnelle de Madame C ni une pratique d'embauche de la crèche, ne figurent pas dans son PV d'audition.
65. Or, d'une part, les agents du Défenseur des droits contestent que de tels propos ont été effectivement prononcés. D'autre part, Madame C a été assistée d'une avocate, a relu et corrigé le PV en sa présence et avec son assistance et toutes deux l'ont approuvé en le signant. Madame C avait tout le loisir de demander à ce que cette mention soit faite, ce qui n'aurait posé aucune difficulté. Or, elle ne l'a pas fait et son avocate non plus. Enfin et surtout, cette précision n'a en réalité aucun impact sur la qualification des faits de discrimination.
66. En effet, conformément à la jurisprudence de la CJUE ⁽⁸⁾, ni l'intention de discriminer ou de nuire, ni les mobiles de l'auteur de la discrimination ne sont pertinents pour déterminer l'existence d'une discrimination. L'existence d'une discrimination est démontrée dès lors qu'une différence de traitement est fondée sur une caractéristique protégée pour laquelle aucune justification ne peut être retenue.
67. Ainsi, tant la Chambre criminelle que la Chambre sociale de la Cour de cassation ont censuré les pratiques des employeurs répondant à des exigences discriminatoires des clients, telles que le refus d'embauche d'animatrices typées ⁽⁹⁾ ou encore le licenciement d'un salarié dont l'apparence physique n'est pas conforme à l'idée que l'on peut se faire de l'apparence d'un homme ⁽¹⁰⁾. L'employeur ne peut donc pas invoquer des explications telles que l'hostilité ou les préférences de la clientèle pour justifier de telles pratiques. Ainsi, les préférences des voyageurs des classes affaires pour des hôtesse de l'air plutôt que pour des stewards incitant à rejeter les candidatures masculines ⁽¹¹⁾ ou encore l'hostilité de la clientèle conduisant à refuser l'embauche de personnes d'origine étrangère ⁽¹²⁾ sont discriminatoires et donc prohibées.

⁽⁶⁾ V. entre autres les arrêts *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, § 27, série A no 280-B, et *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, § 67, série A no 263

⁽⁷⁾ CEDH [GC] 22 mars 2012 *Konstantin Markin c. Russie*, Req. no 30078/06

⁽⁸⁾ CJCE 8 novembre 1990 *Dekker*, aff. C-177/88 où la Cour estime qu'un refus d'engagement dû aux conséquences financières d'une absence pour cause de grossesse, doit être considéré comme fondé essentiellement sur le fait de la grossesse et engendre une discrimination sur base du sexe. Une telle discrimination ne saurait être justifiée par des motifs tirés du préjudice financier subi par l'employeur en cas d'engagement d'une femme enceinte pendant la durée de son congé de maternité.

⁽⁹⁾ Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, [Dr. pén. 2009, comm. 121](#), note M. Véron ; *JCP S* 2009, 1502, obs. Y. Pagnerre

⁽¹⁰⁾ Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213 ; Marie Mercat-Bruns, « L'apparence physique du salarié rapportée à son sexe : l'émergence de la discrimination fondée sur le genre ? » *Semaine juridique*, Edition Générale n° 10, 5 Mars 2012, 281

⁽¹¹⁾ T. corr. Morlaix, 20 janv. 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, 1, jurispr. p. 121, note Doucet ; *Dr. soc.* 1984, p. 339, note J. Savatier

⁽¹²⁾ T. corr. Compiègne, 17 janvier 2006, pour un refus d'embauche dans une charcuterie, T. corr. Nantes, 17 Juillet 2006, pour un refus d'embauche d'une coiffeuse noire en raison des prétendus préjugés de la clientèle rurale ; T. corr. Paris, 16 octobre 2008, pour un refus d'embauche d'une vendeuse noire en boulangerie-pâtisserie ; CA Paris, 7 juin 2004, pour un refus d'embauche d'une commerciale ; CA Paris 17 octobre 2003, « *Le moulin rouge* », s'agissant d'un refus d'embauche d'un serveur

68. Selon Monsieur L, il apparaît particulièrement difficile d'enjoindre Madame C de démontrer que sa pratique réelle d'embauche n'est pas discriminatoire en raison du sexe compte tenu de la quasi-inexistence d'hommes dans la profession de périculture et qu'il n'y a pas eu de candidatures masculines à ce jour.
69. Une discrimination au sens de la directive ne requiert pas nécessairement l'identification d'un plaignant ou d'une victime de discrimination. Une présomption de discrimination peut être constatée si celle-ci est fondée sur des faits, tels que des déclarations laissant présumer une politique d'embauche discriminatoire ⁽¹³⁾.
70. Dans un tel cas, il incombe à l'employeur d'apporter la preuve qu'il n'a pas violé le principe d'égalité de traitement, ce qu'il peut notamment faire en démontrant que la pratique réelle d'embauche de l'entreprise ne correspond pas à ses déclarations ⁽¹⁴⁾ ou l'existence de dispositions expresses dans la politique de recrutement visant à assurer le respect du principe de l'égalité de traitement ⁽¹⁵⁾.
71. Or, l'enquête a révélé que les stagiaires sont recrutées sans qu'aucun critère objectif de sélection ne soit réellement défini. Aucun CV n'est demandé au préalable. La crèche n'a pas su démontrer que sa politique de recrutement ne méconnaissait pas le principe de non-discrimination.
72. Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits décide de recommander à la direction de la crèche Y :
- de mettre en place une procédure de recrutement des stagiaires et de rupture de leur contrat de stage en adoptant des critères objectifs, transparents et non discriminatoires ;

En particulier, la procédure de recrutement doit être totalement dépourvue de tout stéréotype et de toute discrimination et se baser uniquement sur les compétences professionnelles des candidats. A l'instar de l'article L. 1221-6 concernant les candidats à un emploi, aucune information demandée, sous quelque forme que ce soit, ne peut s'immiscer dans la vie privée des candidats et avoir d'autres finalités que d'apprécier la capacité des candidats à un stage ou des stagiaires à effectuer leur stage ou leurs aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec le stage proposé ou avec l'évaluation des aptitudes des stagiaires.

En outre, tout projet de rupture de stage doit être précédé d'un entretien auquel le stagiaire doit être convoqué par écrit. Son école de formation doit systématiquement être informée en parallèle selon les mêmes modalités. Le stagiaire doit être informé dans un délai raisonnable de l'objet de son entretien et de la possibilité d'être assisté d'une personne de son choix. Lors de l'entretien, les raisons de la décision de rompre le stage doivent être explicitées. Le stagiaire doit avoir la possibilité de répondre sur les éléments qui lui sont reprochés. Un compte-rendu de l'entretien doit être établi. La crèche doit fournir à l'étudiant et à son école un document écrit décrivant avec précision les faits qui l'ont conduite à mettre un terme au stage.

- de réparer le préjudice subi par Madame X du fait de la rupture de son stage en l'indemnisant intégralement.

⁽¹³⁾ Voir en ce sens, CJUE 10 juillet 2008 *Feryn*, aff. C-54/07 et CJUE 25 avril 2013 *ACCEPT*, aff. C-81/12

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*

⁽¹⁵⁾ CJUE 25 avril 2013 *ACCEPT*, aff. C-81/12

Jacques TOUBON