

Paris, le 2 mars 2018

---

## Décision du Défenseur des droits n°2018-081

---

### 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 Loi du Pays n° 2013-6 du 21 janvier 2013 relative à la discrimination et au harcèlement ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française prévoit la possibilité d'une préférence locale pour l'accès à l'emploi ;

Vu les articles Lp. 1121-1, Lp. 1121-2, Lp. 1121-6 et Lp. 1121-7 du code du travail polynésien ;

Vu la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi d'une réclamation de Monsieur X relative au rejet de sa candidature qu'il estime discriminatoire en raison de son origine ;

Recommande à la société mise en cause de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, et de former l'ensemble de ses salariés à la non-discrimination ;

Demande à la société mise en cause de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

A défaut d'accord dans le cadre de la première recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente.

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative au rejet de sa candidature qu'il estime discriminatoire en raison de 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 Y mise en cause ses explications sur la discrimination alléguée ainsi que la communication d'un certain nombre de pièces.
4. Par courrier du 12 septembre 2016, Monsieur Z, Directeur des ressources humaines de la société, indiquait s'interroger sur l'application de la loi organique régissant le Défenseur des droits en Polynésie française.
5. En réponse, le Défenseur des droits confirmait l'applicabilité de la loi organique n°2011-333 en Polynésie française par dérogation au principe de spécialité législative, et réitérait sa demande de pièces et explications relatives à la discrimination alléguée.
6. Par courriel du 19 avril 2017, la société Y contestait de nouveau l'applicabilité de la loi organique à la Polynésie française.
7. Par courriel en réponse du 24 avril 2017, le Défenseur des droits réaffirmait sa position quant à l'applicabilité de la loi organique en Polynésie française, ajoutant que deux délégués y sont présents.
8. Face à l'absence de réponse de la société Y, le Défenseur des droits lui adressait un courriel de relance, en date du 7 juin 2017, précisant qu'en vertu d'une jurisprudence Galina Meister de la Cour de justice de l'Union européenne, le silence d'un employeur interrogé sur une éventuelle discrimination constitue un indice de cette discrimination<sup>1</sup>.
9. La société communiquait les éléments nécessaires à l'examen de la réclamation de Monsieur X par courrier daté du 9 juin et adressé par courriel le 13 juin 2017.
10. Le même jour, les services du Défenseur des droits sollicitaient la communication des actes de naissance des candidats.
11. La société Y faisait droit à cette demande par courriel du 26 juin 2017.
12. Après une analyse approfondie de ces éléments, le Défenseur des droits informait la société qu'il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi par courrier en date du 25 juillet 2017. Il invitait la société Y à présenter, dans un délai d'un mois, tous les éléments nouveaux permettant de justifier sa position.
13. La société Y répondait à cette note récapitulative par courrier en date du 25 août 2017.

---

<sup>1</sup> Arrêt du 19 avril 2012, Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH, Affaire C-415/10;

## **RAPPEL DES FAITS :**

14. En février 2016, la compagnie la société Y publie un appel à candidatures pour constituer une réserve de copilotes.
15. Cet appel est ouvert aux officiers pilotes de ligne titulaires de l'ATPL théorique, du CPL JR MCC, de la FCL 055 niveau 4 et de la QT ATR 500 et/ou 600 souhaitée.
16. La société Y indique avoir reçu cinquante-neuf candidatures. Vingt-six candidats ont été sélectionnés pour passer les tests écrits. Trois candidats ne s'y sont pas présentés. Vingt-trois candidats ont effectivement passé les tests écrits, neuf ont été reçus en entretien de sélection et sept ont été retenus pour faire partie de la réserve de copilotes de la compagnie.
17. Monsieur X adresse sa candidature par courriel du 30 mars 2016. Il précise être titulaire de l'ATPL-IR, du MCC, du FCL 1.200 et FCL 1.028 niveau 5, et du QT casa Cn 235.
18. Il est informé du rejet de sa candidature par courriel du 14 avril 2016.
19. Disposant des diplômes et de l'expérience requis pour intégrer la réserve de copilotes de la société Y, Monsieur X s'interroge sur le motif du rejet de sa candidature sans avoir été convoqué aux tests et à un entretien. Etant donné qu'il était demandé aux candidats de communiquer leurs actes de naissance, il se demande si le fait qu'il ne soit pas originaire de Polynésie française a pu être pris en compte.
20. C'est ainsi qu'il a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative à une éventuelle discrimination à l'embauche du fait de son origine.

## **CADRE JURIDIQUE APPLICABLE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE :**

21. En Polynésie française, depuis une loi du pays n°2013-6 en date du 21 janvier 2013, le code du travail prévoit, dans son article Lp. 1121-2, que :  
« **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, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de 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, applicable en Polynésie française, 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 l'un des motifs discriminatoires énumérés à l'article Lp. 1121-1 ».**
22. L'article Lp. 1121-1 retient les critères de discrimination suivants :  
« *l'origine, le sexe, les moeurs, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'âge, la situation de famille ou la grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, l'état de santé ou le handicap* ».
23. Le Défenseur des droits souligne que si certains critères de discrimination, tels que le lieu de résidence, n'ont pas encore été introduits dans l'article Lp. 1121-1 du code du travail polynésien, le code du travail polynésien renvoie aux critères prohibés par loi du 27 mai 2008.

24. Il convient de préciser que la loi du 27 mai 2008 citée par la loi du pays n°2013 a été adoptée par la République française aux fins d'adapter son dispositif légal au droit de l'Union européenne en matière de lutte contre les discriminations.
25. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 mai 2008 définit ainsi :
- la discrimination directe comme étant la situation dans laquelle, sur le fondement d'un critère prohibé « *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* »,
  - et la discrimination indirecte comme « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».
26. L'article 10 de cette loi – devenu article 11 - prévoyait que :
- « La présente loi est applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises dans toutes les matières que la loi organique ne réserve pas à la compétence de leurs institutions. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat ».*
27. C'est ce qui est justement rappelé par la loi du pays n°2013-6 applicable à la situation dénoncée.
28. Il est important de noter que le code du travail applicable en Polynésie française prévoit également, dans son article Lp. 1121-6, que :
- « Les mesures prises en vertu de l'article 18 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée ne constituent pas une discrimination ».*
29. L'article 18 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française prévoit la possibilité d'une préférence locale pour l'accès à l'emploi.
30. S'agissant de l'emploi salarié privé, cet article indique que :
- « La Polynésie française peut prendre des mesures favorisant l'accès aux emplois salariés du secteur privé au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières.*
- (...)*
- Les mesures prises en application du présent article doivent, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local. En outre, ces mesures ne peuvent porter atteinte aux droits individuels et collectifs dont bénéficient, à la date de leur publication, les personnes physiques ou morales autres que celles mentionnées au premier alinéa et qui exerçaient leur activité dans des conditions conformes aux lois et règlements en vigueur à cette date.*
- Les conditions d'application du présent article sont prévues par des actes prévus à l'article 140 dénommés "lois du pays". Ils peuvent notamment prévoir les cas dans lesquels les périodes passées en dehors de la Polynésie française pour accomplir le service national, pour suivre des études ou une formation ou pour des raisons familiales, professionnelles ou médicales ne sont pas, pour les personnes qui y étaient antérieurement domiciliées une cause d'interruption ou de suspension du délai pris en considération pour apprécier les conditions de résidence exigées par les alinéas précédents ».*

31. Ainsi, la loi autorise le gouvernement de la Polynésie française, de manière encadrée, à prendre des mesures afin de favoriser l'emploi local.
32. Cette autorisation est accordée exclusivement au gouvernement de la Polynésie française par la loi de pays. Elle ne peut être prise par un employeur du secteur privé de sa propre initiative.
33. Enfin, il convient d'ajouter que l'article Lp. 1121-7 prévoit que :  
*« Les dispositions de l'article Lp. 1121-2 ne font 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 ».*
34. En l'espèce, la société Y mise en cause n'a pas fait valoir que le fait d'être originaire de Polynésie française puisse constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour devenir copilote en son sein.
35. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de discrimination, il existe un aménagement de la charge de la preuve défini par l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 applicable en Polynésie française, en vertu duquel :  
*« 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 ».*

#### **ANALYSE JURIDIQUE :**

36. En l'espèce, il ressort des éléments rassemblés au cours de l'enquête que parmi les 59 candidats, 21 sont nés en Polynésie française et 38 ne le sont pas.
37. Parmi les 21 candidats nés en Polynésie française, 90% ont été sélectionnés pour passer les tests écrits (19 candidats), et 23% ont été retenus pour faire partie de la réserve de copilotes de la compagnie. Ainsi, 5 des 7 candidats retenus pour la réserve sont nés à Tahiti.
38. Or, le 6<sup>ème</sup> se dit « polynésien de souche », son père étant né à Tahiti, et le 7<sup>ème</sup> vit à Tahiti et est marié avec une tahitienne.
39. Parmi les 38 candidats qui ne sont pas nés en Polynésie française, 18% ont été sélectionnés pour passer les tests écrits (7 candidats).

Lieu de naissance	Nombre total de candidats	Nombre de candidats invités à passer les tests écrits	Pourcentage	Nombre de candidats retenus dans la réserve de copilotes	Pourcentage
Polynésie française	21	19	90%	5	23%
Hors Polynésie française	38	7	18%	2	5%
Total	59	26	44%	7	12%

40. Cette analyse chiffrée démontre que les candidats nés en Polynésie française ont disposé d'une chance largement supérieure d'être convoqués aux tests écrits puis recrutés que ceux nés en dehors de la Polynésie française.
41. Outre ces 7 candidats sélectionnés, il apparaît que parmi les 19 candidats convoqués aux tests écrits mais qui n'ont finalement pas été sélectionnés, 14 sont nés en Polynésie française (soit 74%), 2 vivent à Tahiti, et 1 candidat indique y avoir effectué ses études.
42. Aussi, seuls 2 des 26 candidats convoqués aux tests écrits sont dépourvus de lien particulier avec la Polynésie française.
43. Pourtant, interrogée par le Défenseur des droits, la société Y ne fait pas valoir que le fait de détenir un lien particulier avec la Polynésie française – qui pourrait laisser présumer une bonne connaissance, par le candidat, des territoires ou d'une quelconque spécificité de la Polynésie française - serait une exigence professionnelle essentielle et déterminante.
44. A l'inverse, si l'on s'intéresse aux 33 candidats qui n'ont pas été invités à passer les tests écrits, seuls 2 sont nés en Polynésie française.
45. Parmi ces 2 candidats, le Défenseur des droits remarque que :
  - Monsieur A ne disposait pas de l'ATPL, l'un des diplômes exigés par la compagnie ;
  - Monsieur B, né à Papeete, titulaire de l'ensemble des prérequis, et steward au sein de la société Y depuis 2003, était jusqu'alors personnel navigant commercial et n'avait donc pas d'expérience professionnelle en tant que pilote.
46. Dans son courrier de réponse au Défenseur des droits, la société soutient que certains des candidats non retenus d'office possèdent un lien avec la Polynésie française. Cependant, cela n'occulte pas le fait que les candidats dépourvus de tout lien avec la Polynésie française avaient une chance bien moindre que ceux ayant des liens avec la Polynésie d'être sélectionnés, et qu'au final tous les candidats retenus ont de tels liens.
47. La société mise en cause fait également valoir que parmi les 59 candidats, 8 étaient des candidats internes à l'entreprise, qu'il conviendrait d'examiner différemment.
48. Or, le Défenseur des droits constate encore, en mettant à part les 8 candidats internes, tous nés à Tahiti, que parmi les 18 candidats externes retenus pour passer les épreuves écrites, 11 sont nés en Polynésie française, 4 ont un lien étroit avec la Polynésie française et seuls 2 n'ont aucun lien avec cette dernière.
49. Il résulte de ce qui précède que l'origine, le lieu de résidence ou la situation de famille ont été pris en compte par la société Y dans le cadre de la procédure de recrutement des 7 personnes devant constituer la réserve de copilotes de la compagnie en 2016.
50. Les éléments communiqués par la société Y ne permettent pas d'écarter la présomption de discrimination liée à l'origine polynésienne ou assimilée des candidats sélectionnés.
51. Au contraire, ces éléments tendent à révéler l'existence d'une discrimination systémique en faveur des candidats nés en Polynésie, et dans une moindre mesure, vivant en Polynésie ou mariés à un(e) polynésien(ne).
52. S'agissant en particulier de Monsieur X, son curriculum vitae montre qu'il détient l'ensemble des diplômes exigés par la société Y pour ce recrutement.

53. S'agissant du niveau de langue, Monsieur X est titulaire des FCL 1200 et FCL 1.028 niveau 5. Il a donc un niveau supérieur à celui exigé par la compagnie, le FCL 055 niveau 4, contrairement à plusieurs des candidats sélectionnés qui ne détiennent que ce niveau minimum requis. Monsieur X détient également le diplôme QT.
54. La société Y soutient que Monsieur X n'a pas été sélectionné notamment car il ne dispose pas de la formation QT ATR 500 ou 600. Or, la flotte de la compagnie étant composée d'ATR, la détention de ce diplôme aurait été un critère déterminant.
55. Pourtant, 15 des candidats sélectionnés pour passer les écrits ne disposent pas de ce diplôme, à l'instar de 4 des candidats retenus pour constituer la réserve de copilotes. La société ne peut donc présenter la détention de ce diplôme comme un critère déterminant.
56. De plus, dans sa lettre de motivation, Monsieur X précise « *quoique dépourvu actuellement de qualification ATR, je peux l'obtenir très rapidement si vous manifestez de l'intérêt pour mon profil* ». L'absence de détention de ce diplôme n'était donc pas un obstacle insurmontable au recrutement du réclamant.
57. Par ailleurs, la société Y avance avoir privilégié des candidats ayant une expérience et une connaissance des spécificités de vols dans le Pacifique et plus précisément en Polynésie française. Or, dans sa lettre de motivation, Monsieur X précise « *j'ai également eu l'opportunité de rayonner souvent vers de nombreuses Iles de Polynésie au départ de Faa'a, ce qui m'a permis de découvrir les particularités locales, tant en termes de météorologie que d'infrastructures* ». Il ne semble donc pas qu'il ait pu être écarté de la procédure en raison de l'absence de connaissance des spécificités de vol locales, et ce d'autant plus que deux des candidats sélectionnés pour constituer la réserve n'ont aucune expérience de vol en Polynésie française.
58. Enfin, la société Y soutient que Monsieur X ne dispose d'aucune expérience dans l'aviation civile, ayant réalisé une carrière militaire, « *contrairement à l'ensemble des candidats sélectionnés pour les tests écrits et à l'ensemble des candidats sélectionnés pour constituer la réserve* ». Cela est inexact.
59. En effet, parmi les candidats ayant été retenus pour passer les tests écrits, on trouve deux jeunes pilotes sortant de l'école et n'ayant pas d'expérience professionnelle ainsi qu'un candidat ayant une carrière exclusivement militaire, à l'instar du réclamant.
60. Ainsi, le Défenseur des droits conclut que le rejet de la candidature de Monsieur X n'est pas justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et présente un caractère discriminatoire sur le fondement de son origine.
61. En conséquence, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Considère que Monsieur X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son origine ;
  - Recommande à la société Y de se rapprocher de Monsieur X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice ;
  - Recommande à la société Y de modifier ses pratiques de recrutement afin de veiller au respect du principe de non-discrimination, et notamment de former l'ensemble de ses salariés à la non-discrimination ;

- Demande à la société mise en cause de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- A défaut d'accord dans le cadre de la première recommandation, 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.

Jacques TOUBON