

Paris, le 3 mai 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-135

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 le code pénal ;

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 qui estime avoir faire l'objet d'une discrimination à l'embauche en raison de son sexe, de son âge et de son état de grossesse anticipé ou du moins supposé ;

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de A.

Jacques TOUBON

Observations devant le Conseil de prud'hommes de A dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le 4 octobre 2017, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire en raison de son âge, de son sexe et de son état de grossesse supposé ou du moins anticipé.

RAPPEL DES FAITS :

2. En janvier 2017, Madame X se porte candidate pour pourvoir un poste d'assistante au sein de l'entreprise Y.
3. Le 27 mars 2017, elle est reçue en entretien d'embauche, par Madame Z qui lui aurait posé des questions sur sa situation personnelle et notamment sur le fait de savoir si elle compte avoir des enfants dans un avenir plus ou moins proche. Madame X aurait répondu qu'elle est actuellement célibataire et sans enfant.
4. Elle produit un constat d'huissier dans lequel il est fait état d'un message téléphonique laissé sur son téléphone portable le 28 mars 2017 en ces termes : « *Oui bonjour Madame X, cabinet d'expertise à C donc je vous appelle suite à l'entretien qu'on a passé hier donc c'était pour vous dire que vous n'avez pas été retenue malheureusement donc pour bah le problème déjà d'un enfant pour la grossesse parce que nous c'est pas intéressant pour nous c'est pas ce qu'on recherche par la suite on veut une personne qui ait un poste fixe sinon ça nous obligerait à recruter de nouveau et donc voilà [...]* ».
5. Par courrier en date du 4 avril 2017, la société Y confirme le rejet de sa candidature dans les termes suivants :

*« Madame,
Nous attestons vous avoir reçu dans nos locaux pour entretien d'embauche.
Malheureusement, votre candidature n'a pas été retenue car vous nous avez indiqué qu'une grossesse serait envisageable l'année prochaine.
Nous vous souhaitons bonne chance pour vos futures recherches [...]* ».
6. Par courrier en date du 28 février 2018, Madame X a déposé plainte pour discrimination auprès du Procureur de la République de A.

ENQUETE :

7. Par courriel en date du 9 mars 2018, le Défenseur des droits a sollicité auprès du Procureur de la République saisi, l'autorisation d'instruire la réclamation de Madame X en application l'article 23 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011. Cette autorisation lui a été accordée par un courriel en date du 13 mars 2018.
8. Le Défenseur des droits a en conséquence adressé à la société Y une note récapitulant son analyse du dossier et l'a invitée à formuler des observations. Cette note a, en effet, pour objet de permettre à la société mise en cause d'apporter des justifications, voire de lui permettre de contester l'analyse du Défenseur des droits avant qu'il ne statue.

9. En réponse, la société Y conteste l'existence de toute discrimination au préjudice de Madame X au motif que « *le fait qu'elle projetait d'être enceinte un jour ne présentait aucun intérêt et ne pouvait être un frein à son embauche, s'agissant d'un poste à pourvoir dans le cadre d'une mission d'intérim très brève* ».
10. De plus, la société Y indique qu'elle est « *quelque peu surprise que Madame X allègue également devant [le Défenseur des droits] une discrimination fondée sur son âge et son sexe, ce dont il n'a jamais été question auparavant* ».
11. Le Défenseur des droits rappelle qu'en sa qualité d'autorité administrative indépendante telle qu'instituée par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, il est notamment chargé de lutter contre les discriminations. Dans ce cadre, il apprécie en toute indépendance les éléments qui lui sont contradictoirement soumis et produit une analyse impartiale en vertu de son expertise sur le droit de la non-discrimination.
12. Lorsqu'il constate au terme de son instruction l'existence d'une discrimination, il a la possibilité de présenter ses observations devant la juridiction saisie par le réclamant en qualité d'*amicus curiae*, conformément à l'article 33 de la loi organique précitée.
13. En l'espèce, le litige portant sur la possibilité de Madame X d'avoir une grossesse, il y a lieu de considérer que c'est sa qualité de jeune femme et donc aussi les critères de son sexe et de son âge lui permettant d'avoir un projet parental, qui ont été pris en considération pour lui refuser de façon illicite un poste.

CADRE JURIDIQUE :

14. L'article L. 1132-1 du code du travail prévoit qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison notamment de son âge, de son sexe et de son état de grossesse.
15. Cet article renvoie, aux fins de définir la discrimination, à l'article 1^{er} 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. Aux termes de cette disposition, une discrimination est constituée lorsqu'« *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* », notamment en raison de son âge, de son sexe et de son état de grossesse.
16. L'article L. 1133-1 du code du travail précise que, par exception, il est possible de justifier un refus d'embauche lorsque le poste à pourvoir répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.
17. De même, l'article L. 1142-1 du code du travail dispose spécifiquement que « *nul ne peut [2°] refuser d'embaucher une personne [...] en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse* », puis l'article L. 1142-2 du même code prévoit 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* », l'interdiction n'est pas applicable.
18. S'agissant du régime probatoire applicable, l'article L. 1134-1 du code du travail dispose que, lorsqu'un candidat à l'embauche présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il appartient au défendeur, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer le caractère objectif de ses décisions.

19. L'article L. 1144-1 du code du travail, confirme cet aménagement de la charge de la preuve au profit du candidat à l'embauche qui présente des éléments de faits laissant supposé qu'il a été écarté en raison de son sexe, de sa situation de famille ou, pour une candidate, de son état de grossesse. L'employeur doit démontrer le caractère objectif de sa décision.
20. A ce titre, il convient de rappeler que les messages téléphoniques vocaux, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur, constituent une preuve licite et recevable (Cass. soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738).
21. Enfin, l'article L. 1221-6 du code du travail précise enfin que « *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 informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles [al. 2] ».*
22. Ce principe de pertinence des informations recueillies aux fins d'assurer l'objectivité d'une procédure de recrutement est rappelé, s'agissant de l'interdiction de prendre en compte l'état de grossesse, à l'article L. 1225-1 du code du travail. Aux termes de ce texte, « *l'employeur ne doit pas prendre en considération l'état de grossesse d'une femme pour refuser de l'embaucher [...]. Il lui est en conséquence interdit de rechercher ou de faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de l'intéressée ».*
23. En plus de ces interdictions civiles de discriminer, il existe une interdiction pénale.
24. En effet, d'une part, l'article L. 1146-1 du code du travail dispose que le fait de méconnaître l'interdiction du refus d'embauche motivé par le sexe et/ou l'état de grossesse est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 euros.
25. D'autre part, l'article 225-1 du code pénal définit la discrimination comme « *toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison [...] de leur sexe, de leur grossesse [ou] de leur âge [...]* ».
26. En vertu de l'article 225-2 3° du même code, le délit de discrimination à l'embauche, caractérisé par le refus intentionnel d'embaucher une personne notamment en raison de son sexe, de son âge, de sa grossesse, peu importants qu'ils soient vrais ou supposés, est puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. En application de l'article 131-38 du code pénal, cette peine est portée à 225 000 euros d'amende lorsqu'elle est infligée à une personne morale. Cette dernière encourt également les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du code pénal, dont une peine d'affichage.
27. Il est également précisé dans l'article 225-3 3° du code pénal que le délit de discrimination n'est pas constitué lorsqu'« *en matière d'embauche, sur le sexe, la grossesse, l'âge [...] constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».*
28. Enfin, lorsqu'elle est démontrée, la discrimination, notamment fondée sur l'état de grossesse, ouvre un droit à réparation au profit de la victime sur le fondement de l'article 1240 du code civil aux termes duquel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».*

ANALYSE JURIDIQUE :

29. En l'espèce, Madame X présente au soutien de sa réclamation un courrier émanant de la société Y confirmant que le rejet de sa candidature est fondé sur le fait qu'elle puisse envisager d'avoir des enfants. Elle indique également que le poste à pourvoir l'était en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée.
30. Dans son courrier de réponse à l'instruction, la société Y le conteste en expliquant qu'il « *s'agissait d'un poste à pourvoir dans le cadre d'une mission d'intérim très brève* » et, qu'en conséquence, « *le fait qu'elle projetait d'être enceinte un jour ne présentait aucun intérêt et ne pouvait être un frein à son embauche* ». Elle précise alors que « *le seul motif du refus d'embauche est le fait que Madame X a passé un test informatique qui ne s'est pas révélé concluant* ».
31. Il existe donc un différend entre les parties sur la nature du contrat de travail projeté et donc sur la réalité même de la discrimination alléguée.
32. Les pièces recueillies dans le cadre de l'instruction permettent toutefois de le résoudre dès lors que la société Y produit au soutien de son affirmation selon laquelle le poste à pourvoir était « *une mission d'intérim très brève* », une « *proposition commerciale* » entre elle et la société de travail temporaire B.
33. Or, il y a lieu de rappeler que la mise à disposition de personnel par des sociétés de travail temporaire ne s'effectue que dans le cadre légal fixé aux articles L. 1251-1 et suivants du code du travail sous peine de constituer un prêt de main d'œuvre illicite (article L.1251-3 c. trav.).
34. Aux termes de cette disposition, « *le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission.*
Chaque mission donne lieu à la conclusion :
- 1° *D'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit " entreprise utilisatrice " ;*
 - 2° *D'un contrat de travail, dit " contrat de mission ", entre le salarié temporaire et son employeur, l'entreprise de travail temporaire ».*
35. Il en résulte que le document transmis par la société Y est un projet de convention de mise à disposition avec la société B. Elle produit d'ailleurs deux contrats de mise à disposition conclus en vertu de celle-ci.
36. Il apparaît par conséquent que la société Y, en produisant cette pièce pour écarter le grief de discrimination à l'embauche formulé par Madame X, ne fournit pas la véritable offre d'emploi pour laquelle cette dernière a été reçue en entretien dans ses locaux et a passé un test informatique.
37. Pour cause, dans le régime juridique du travail temporaire, l'entreprise utilisatrice, qu'est en l'espèce la société Y, n'est pas l'employeur du salarié mis à sa disposition. C'est l'entreprise de travail temporaire qui a la qualité d'employeur et qui procède par conséquent au recrutement pour le compte de la société utilisatrice 410et qui, le cas échéant, fait passer aux candidats des tests préalables.
38. La société Y n'est donc pas fondée à soutenir qu'elle n'a matériellement pas pu écarter Madame X du poste d'assistante en se prévalant du fait qu'elle pouvait potentiellement avoir des enfants en raison de la courte durée du contrat projeté.

39. Au contraire, le message téléphonique laissé à Madame X, dans lequel il est affirmé qu'elle souhaite recruter une personne sur « *un poste fixe* » montre qu'elle envisageait un recrutement pour un temps long, sans avoir à pallier aux éventuels congés maternité du salarié embauché. Le fait qu'elle ait eu recours à deux contrats de travail temporaires qu'elle produit, manifestement pour pallier l'absence d'embauche définitive, est indifférent.
40. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la présomption de discrimination existant au préjudice de Madame X conformément à l'article L. 1134-1 du code du travail se maintient et qu'il incombe par conséquent à la société Y mise en cause de démontrer le caractère objectif du refus d'embauche qu'elle lui a opposé.
41. Dans son courrier de réponse à l'instruction, elle explique que « *le seul motif du refus d'embauche est le fait que Madame X a passé un test informatique qui ne s'est pas révélé concluant* ». Elle ne produit cependant pas les résultats de ce test, ni sa comparaison avec celui qui aurait pu être passé par la personne finalement embauchée.
42. De plus, il n'est pas contesté que Madame X a été reçue en entretien d'embauche au sein de la société Y et que la possibilité de fonder une famille a été abordée.
43. Pour cause, c'est ce qu'il ressort expressément du message téléphonique qui lui a été adressé par la société PB EXPERTISE, présentée comme « *le cabinet d'expertise à C* » et du courrier qu'elle lui a ensuite adressé le 4 avril 2017.
44. Dans la formulation de ce courrier et dans les termes du message téléphonique, il existe un lien direct de causalité entre le rejet de la candidature de Madame X et la prise en considération de motifs prohibés, à savoir le fait qu'elle puisse, en tant que jeune femme, avoir des enfants. Ce sont, au surplus, les seuls motifs de rejet de sa candidature qui sont avancés au moment des faits.
45. Le Défenseur des droits observe qu'en motivant ainsi le refus d'embauche qu'elle a opposé à Madame X, la société Y exprime son intention de l'écarter du poste d'assistante en raison de son âge, mais aussi en raison de son sexe puisqu'elle anticipe le fait qu'elle puisse avoir des enfants. Le calcul de son âge de 30 ans est d'ailleurs réalisé à côté de la mention de sa date de naissance figurant sur son *curriculum vitae*.
46. Or, le Défenseur des droits relève que, si la disponibilité d'une assistante est une exigence supposée par ce type de poste, il est disproportionné de la lier à un âge permettant d'avoir potentiellement des enfants. Ces deux caractéristiques personnelles sont indifférentes à l'exécution du contrat de travail d'une assistante et ne permettent pas d'apprécier concrètement sa disponibilité.
47. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits constate que le refus d'embauche opposé à Madame X constitue une discrimination, à raison de son âge et de son sexe.
48. Pour écarter sa responsabilité, la société Y fait valoir que « *c'est une assistante, Madame Z, qui a reçu Madame X et en aucun cas les gérants de la société* ». Elle ajoute que « *Madame X a insisté à plusieurs reprises pour que la secrétaire de la société Y lui indique par écrit le motif du refus de son embauche, insistant pour que ses compétences ne soient pas remises en cause et souhaitant qu'il soit mentionné dans ce courrier que c'était en raison de son projet de grossesse qu'elle n'était retenue* ». Aussi, la société Y explique « *que c'est la secrétaire qui lui a adressé le courrier qu'elle souhaitait [lequel] n'est même pas singé par les gérants de la société* ».

49. Le Défenseur rappelle toutefois que la société employeur, émettrice d'une offre d'emploi, est responsable du fait de ses salariés lorsque ceux-ci commettent une discrimination à l'embauche (Cass. crim., 20 janv. 2009, *Bull. crim.* n° 19 ; Cass. crim., 28 mai 2013, *Bull. crim.* n° 119).
50. Il n'y a donc pas lieu d'écarter la responsabilité civile de la société Y.
51. De même, il apparaît que sa responsabilité pénale pourrait être engagée dès lors que le courrier du 4 avril 2017 notifiant à Madame X le refus d'embauche qui lui a été opposé constitue une preuve recevable, tout comme le message téléphonique qui lui a été laissé au nom de la société Y.
52. Ils caractérisent l'élément matériel du délit de refus d'embauche en raison de l'âge, du sexe et de l'état de grossesse. Le fait qu'ils fassent expressément état du rejet de sa candidature « *car [elle a] indiqué qu'une grossesse serait envisageable l'année prochaine* », caractérise quant à lui son élément intentionnel.
53. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :
- Constate que Madame X a fait l'objet d'une discrimination à l'embauche en raison de son sexe, de son âge et de son état de grossesse supposé en violation des articles L. 1132-1, L. 1142-1, L. 1225-1, L. 1146-1 du code du travail et des articles 225- 1 et 225-2 3° du code pénal ;
 - Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de A et invite la formation de jugement à en prendre connaissance.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du Conseil de prud'hommes de A.

Jacques TOUBON