

Paris, le 25 octobre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-248

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 n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail, en particulier les articles L.1221-6, L.1132-1, L.1132-4 et L.1134-1 ;

Saisi par Madame X qui estime avoir subi une discrimination en raison de son état de santé ;

Constate l'existence d'une discrimination à l'embauche en raison de l'état de santé de Madame X au sens des dispositions générales de l'article L.1132-1 du code du travail et de l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel il renvoie ;

Décide de recommander à Association Y d'indemniser Madame X du préjudice subi du fait de la discrimination ;

Le Défenseur des droits demande à l'Association Y de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

A défaut d'accord dans ce cadre, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente

Jacques TOUBON

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

1. Le Défenseur des droits a été saisi par le biais de son délégué, d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire en raison de son état de santé.

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCEDURE :

2. Madame X est éducatrice spécialisée. En 2016, alors qu'elle travaillait en internat auprès d'enfants en difficulté sociale, elle a été victime d'une chute de cheval entraînant une hospitalisation, un arrêt maladie puis une reprise à temps partiel thérapeutique.
3. En janvier 2017, elle souhaite reprendre son activité à temps plein. Pour cela, elle décide de quitter sa structure et ainsi renoncer au travail en internat, les horaires de travail et le rythme de l'internat étant incompatibles avec son état de santé.
4. Dans ce cadre, elle contacte l'Association Y à Z pour un poste d'éducateur spécialisé en CDI (35H). Elle envoie sa candidature le 1^{er} avril 2017.
5. Elle est convoquée en entretien le 12 avril 2017. Reçue par Monsieur A, directeur, et Madame B, chef de service, ces derniers lui auraient demandé ses prétentions salariales et le poste qu'elle préférerait occuper (service Accompagnement Renforcé vers le Logement à Z ou CHRS à C).
6. Le même jour, elle reçoit un appel de Madame B lui proposant d'ores et déjà un second entretien avec Monsieur D, directeur opérationnel de l'association Y, le 21 avril 2017.
7. Le 14 avril 2017, elle reçoit un mail confirmant le second rendez-vous, auquel est joint le cahier des charges du Fonds Solidarité pour le Logement qui reflète les missions et accompagnements réalisés.
8. Le 21 avril 2017, la réclamante est de nouveau reçue par Madame B sur le site de l'association Y. Suite à leur entretien, Madame B aurait entrepris de la présenter à toute l'équipe (agents d'accueil, restauration, pôle malentendants, CHRS, FJT...) comme « la remplaçante de Pauline devant arriver au mois de juin ». Elle lui aurait ensuite fait visiter les résidences à E où une partie de son travail aurait lieu. Elles auraient rencontré une famille à laquelle elle aurait également été présentée comme une future salariée.
9. Madame X et Madame B rejoignent ensuite Monsieur D, la présidente de l'association ainsi qu'une autre personne de l'association. Suite à cet entretien, son embauche aurait été confirmée pour le 1^{er} juin.
10. Le 25 avril 2017, elle reçoit un courriel dans lequel il lui est demandé un certain nombre de documents visant à établir une promesse d'embauche reflétant son futur contrat de travail (CV, certificat de travail, diplômes).
11. N'ayant pas de certificat de travail pour le poste actuellement occupé, elle transmet sa dernière fiche de paie. Son mi-temps thérapeutique y est mentionné.
12. Suite à cet envoi, elle reçoit un appel de Monsieur D qui l'interroge à propos de son arrêt maladie. Le lendemain, il l'aurait rappelée pour lui faire part de sa décision de ne pas l'embaucher, au motif qu'il serait trop long de la former et qu'elle coûterait trop cher à la structure.

13. Au vu des éléments communiqués par la réclamante et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a décidé d'engager une enquête auprès de l'Association Y mise en cause, afin de recueillir ses explications et un certain nombre d'éléments nécessaires à l'examen de la réclamation portée à sa connaissance. Un courrier d'enquête lui a ainsi été adressé le 27 septembre 2017, auquel elle a répondu le 12 octobre 2017.
14. La situation étant susceptible de révéler l'existence d'une discrimination, une note récapitulative lui a ensuite été adressée le 23 mars 2018, à laquelle l'association a répondu le 2 mai 2018.

CADRE JURIDIQUE APPLICABLE :

15. L'interdiction de toute discrimination à l'embauche est prévue par l'article L.1132-1 du code du travail, 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 son état de santé, (...)* ».
16. Cet article fait référence à la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, dont l'article 1^{er} indique que « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine (...), de son état de santé (...), 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* ».
17. Il convient de rappeler que la discrimination peut être constituée en matière civile indépendamment de la volonté de son auteur.
18. 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.
19. L'article L.1134-1 du code du travail définit, quant à lui, le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *lorsque survient un litige (...) le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination (...). 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* ».
20. Enfin, selon l'article L.1121-6 du même code, « *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. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations* ».

ANALYSE JURIDIQUE :

21. En l'espèce, les éléments recueillis laissent apparaître que la candidature de Madame X a été retenue pour le poste au sein du service « accompagnement renforcé vers le logement ».
22. En effet, le 25 avril 2017, elle reçoit un courriel de Madame F, du service comptabilité, dans lequel il lui est demandé un certain nombre de documents visant à établir une promesse d'embauche.
23. Pourtant, dans sa réponse au Défenseur des droits, l'association avance que Madame X ne répondait pas aux exigences du poste proposé puisqu'elle n'est pas titulaire du diplôme d'assistante sociale.
24. Elle explique que la candidature initiale de la réclamante sur un poste d'éducatrice spécialisée avait immédiatement été écartée et que c'est dans le cadre de l'examen de son profil sur un autre poste d'assistante sociale qui allait être ouvert au recrutement que celle-ci a été réétudiée.
25. Ainsi, sa candidature aurait été retenue par Madame B, chef de service, « *sachant toutefois qu'elle n'avait pas le profil recherché à savoir un diplôme d'assistance sociale* » et cette dernière « *avait donné son avis favorable auprès de la direction de Z malgré le fait que son service avait plutôt besoin, connaissant les spécificités du dispositif ARL, d'une assistante sociale afin d'équilibrer le service et d'apporter des compétences nouvelles dans l'intérêt des projets personnalisés des résidents* ».
26. En ce sens, l'association transmet le contrat de travail daté du 3 juillet 2017 de la personne dont la candidature a finalement été retenue. S'agissant d'une assistante sociale, cela justifierait selon elle que le besoin de recruter un tel profil était réel.
27. Toutefois, les éléments présentés par Madame X au soutien de sa réclamation laissent apparaître qu'elle a répondu à une annonce portant le titre « Educateur spécialisé / Educatrice spécialisée », diplôme qu'elle détient. Sur l'offre d'emploi, il n'est fait mention nulle part de la nécessité d'avoir un diplôme ou une expérience en tant qu'assistante sociale. Le fait que la candidature de la réclamante ait été retenue démontre bien l'absence de nécessité de détenir ce diplôme pour le poste proposé.
28. Par ailleurs, ce n'est que le 27 avril 2017, après avoir opposé un refus d'embauche à la réclamante, que l'association a transmis une nouvelle annonce auprès de Pôle emploi portant le titre « Assistant / Assistante de service social ». Or, la réclamante n'a pas pu postuler à une offre qui n'existait pas.
29. S'agissant de la personne que l'association soutient avoir finalement embauché, aucun élément ne permet de savoir si ce recrutement concerne le poste convoité par Madame X, celui dont l'annonce a été publiée le 27 avril ou encore tout autre poste qui aurait été proposé antérieurement ou ultérieurement.
30. En second lieu, l'association indique que c'est en recevant la fiche de paie de la réclamante, fournie pour établir sa promesse d'embauche, qu'elle avait découvert que la réclamante « *ne pouvait pas occuper son poste à temps plein car elle travaillait à mi-temps sans nous l'avoir déclaré à aucun moment lors des rencontres réalisées* ». Elle ajoute « *nous ne savions pas à cette époque qu'elle ne pouvait pas se rendre disponible à 100% car elle ne nous en avait jamais informés pendant les entretiens !* ».

31. Elle explique que dans ces conditions le directeur opérationnel, Monsieur D l'avait contactée par téléphone « *pour l'interroger plus avant et obtenir des éclaircissements relatifs à sa disponibilité, tant sur un temps complet que dans l'absolu, au regard de la durée qui lui serait nécessaire pour se libérer de l'emploi qu'elle occupait alors* ».
32. Selon l'attestation rédigée par ce dernier, dont elle reprend les termes, il résulte que « *Madame X lui a confirmé lors de cet entretien téléphonique, d'une part qu'elle ne pouvait pas se libérer à brève échéance, mais seulement à échéance négociable d'un mois et demi à deux mois et, d'autre part, que si elle envisageait effectivement de reprendre une activité à temps complet, ce ne serait que progressivement* ».
33. Elle conclut en indiquant de manière expresse que « *Ce sont bien l'ensemble de ces considérations qui nous ont conduit à ne pas recruter Madame X, celle-ci n'étant pas immédiatement disponible pour occuper à temps complet un emploi pour lequel elle n'avait pas le profil exactement recherché [...]* ».
34. Or, Madame X soutient qu'elle n'a jamais fait mention de son mi-temps thérapeutique car elle souhaitait reprendre un poste à temps plein. S'agissant du délai que la réclamante aurait indiqué devoir nécessiter pour quitter son activité, aucun élément ne permet de l'affirmer. On peut néanmoins relever que l'assistante sociale que l'association prétend avoir recruté sur le poste n'a débuté son emploi que le 3 juillet 2017.
35. En tout état de cause, le candidat n'a aucune obligation de mentionner ses antécédents médicaux à son employeur avant l'embauche. En effet, les informations demandées à un candidat ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles et doivent avoir un lien direct et nécessaire avec cet emploi ou avec l'évaluation de ses aptitudes. L'employeur ne peut donc pas prendre en considération l'état de santé d'un candidat pour refuser de l'embaucher.
36. Il ressort enfin de la chronologie de ces événements que l'association a changé d'avis sur l'embauche de Madame X aussitôt après que cette dernière a communiqué sa fiche de paie mentionnant son mi-temps thérapeutique.
37. Or, il est de jurisprudence constante que la concomitance entre la connaissance, par un employeur, d'un élément en lien avec l'un des critères de discrimination, et la survenance de mesures défavorables à l'encontre du salarié est un des éléments de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination (Cass, soc, 14 juin 2007, n°05-45.219 ; Cass, soc, 29 juin 2011, n°10-14.067).
38. Au vu de ces éléments, le Défenseur des droits considère que l'employeur ne justifie pas par des éléments objectifs le fait d'avoir écarté la candidature de Madame X et que sa décision caractérise l'existence d'une discrimination en raison de l'état de santé de la réclamante au sens des dispositions précitées.
39. En conséquence, le Défenseur des droits décide de recommander à l'Association Y d'indemniser la réclamante du préjudice subi du fait de la discrimination.
40. A défaut d'accord dans ce cadre, il décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente

Jacques TOUBON