

Paris, le 2 octobre 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-194

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 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;

Vu le code pénal et le code du travail ;

Saisi d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire en raison de son sexe ;

Recommande à la société Y de se rapprocher de Madame X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, de modifier ses méthodes de recrutement afin de respecter le principe de non-discrimination et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

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

Jacques TOUBON

**Recommandation dans le cadre de l'article 25 - Observations dans le cadre de l'article 33
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 par la Fondation des Femmes, au nom et pour le compte de Madame X, qui estime avoir été victime d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son sexe.

FAITS :

2. Le 9 novembre 2016, l'agence d'intérim Z a informé Madame X que l'entreprise Y recherchait un conducteur de travaux/chargé d'études pour un contrat d'intérim pouvant déboucher sur un contrat à durée indéterminée dont la fiche de poste correspondait à son parcours et à son curriculum vitae.
3. Madame X étant intéressée, la société Z a immédiatement présenté sa candidature.
4. Le 14 novembre 2016, Monsieur A de la société Z aurait informé Madame X par téléphone du rejet de sa candidature par la société Y au motif qu'elle est une femme.
5. Madame X indique avoir alors appelé l'entreprise Y. Une salariée lui aurait confirmé qu'aucune femme n'occupe de poste à responsabilité dans l'entreprise, notamment au poste de conducteur de travaux.
6. Le même jour, à 13h55, Monsieur A aurait laissé un message vocal à Madame X lui faisant part de son mécontentement du fait que cette dernière ait contacté l'entreprise Y. Monsieur A aurait dit dans ce message que Monsieur Y, président de la société Y, n'avait pas retenu sa candidature car « *vous êtes sur un métier d'hommes et il trouve que la femme que vous êtes ne conviendrait pas à son poste* ».
7. Madame X indique avoir rappelé Monsieur A qui lui aurait à nouveau confirmé que « *ce n'est pas la politique de de la société Y d'intégrer des femmes dans ses équipes* ».
8. La réclamante a retranscrit l'intégralité du message vocal de Monsieur A dans un courriel du 16 novembre 2016 à l'attention de Madame B de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail (AVFT).
9. Elle a ensuite décidé de saisir le Défenseur des droits.

ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS :

10. Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante créée par la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.
11. En application de l'article 4 de cette loi, il est chargé notamment de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité.
12. A cette fin, le Défenseur des droits est doté de larges pouvoirs d'enquête prévus notamment par les articles 18 et 20 de la loi organique précitée.
13. En vertu de ces dispositions, le Défenseur des droits peut demander des explications à toutes les personnes physiques ou morales mises en cause devant lui.

14. Celles-ci sont tenues de lui fournir l'ensemble des informations et pièces utiles à l'accomplissement de sa mission, sans que puisse lui être opposé leur caractère secret ou confidentiel.
15. En l'espèce le Défenseur des droits a sollicité la communication d'un certain nombre d'explications et de pièces auprès des sociétés Z et Y par courriers séparés en date du 17 mars 2017.
16. La société Z a fait droit à la demande du Défenseur des droits par courrier du 23 mai 2017.
17. En l'absence de réponse de la part de la société Y, le Défenseur des droits lui adressait un courrier de relance le 10 mai 2017, sollicitant une réponse avant le 15 juin 2017.
18. Le 19 février 2018, les services du Défenseur des droits s'assuraient par téléphone auprès de la société Y que l'adresse à laquelle les courriers avaient été adressés était correcte. L'adresse postale était alors confirmée et la demande de communication d'explications et pièces était aussitôt rappelée par courriel.
19. En l'absence de réponse malgré les demandes précédentes, un courriel de relance était adressé à la société Y le 21 mars 2018.
20. Aucune réponse n'est parvenue au Défenseur des droits.
21. Aussi, par courrier en date du 3 mai 2018, le Défenseur des droits adressait à la société mise en cause une note récapitulant les éléments pour lesquels il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination. Il accordait à la société mise en cause un ultime délai d'un mois pour communiquer ses explications et pièces justificatives.
22. La société mise en cause s'est de nouveau abstenue de toute réponse.
23. C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits adopte la présente décision.

CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

24. En droit de l'Union, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) rappelle, dans son considérant 2, que :
« L'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental du droit communautaire en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 2, du traité, et la jurisprudence de la Cour de justice. Selon lesdits articles du traité, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une «mission» et un objectif de la Communauté et elle a l'obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions ».
25. Le considérant 19 de cette directive rappelle quant à lui que :
« Garantir un accès égal à l'emploi et à la formation professionnelle y menant est essentiel à l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Par conséquent, toute exception à ce principe devrait être limitée aux activités professionnelles qui nécessitent l'emploi d'une personne d'un sexe donné, en raison de leur nature ou du contexte dans lequel elles sont exercées, pour autant que l'objectif soit légitime et conforme au principe de proportionnalité ».

26. En droit interne, l'interdiction des discriminations à l'embauche fondée sur le sexe est prévue par les articles L.1132-1 et L.1142-1 du code du travail mais aussi par les articles 225-1 et 225 2 du code pénal, en vertu desquels la discrimination à l'embauche constitue un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.
27. 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 euros¹ et les peines complémentaires prévues par l'article 131-39, dont une peine d'affichage.
28. La Cour de cassation a jugé que le délit de discrimination est constitué et engage la responsabilité pénale de son auteur même si le critère de discrimination n'a pas été le motif exclusif de la décision défavorable prise à l'encontre de la victime².
29. Si le principe de non-discrimination à l'embauche en raison du sexe peut connaître des restrictions, ces dernières doivent répondre aux strictes conditions définies par l'article L.1133-1 du code du travail aux termes duquel « *l'article L. 1132-1 ne fait 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* ».
30. En matière de discrimination en raison du sexe, seules les activités professionnelles expressément visées par la liste prévue par décret à l'article R.1142-1 du code du travail peuvent faire l'objet d'une dérogation³. Cet article prévoit que :
« *les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :*
1° *Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;*
2° *Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;*
3° *Modèles masculins et féminins* ».
31. En l'espèce, le Défenseur des droits a interrogé les sociétés Y et Z quant aux motifs du rejet de la candidature de Madame X.
32. Selon la société de travail temporaire Z, la société Y lui aurait indiqué que Madame X n'avait pas les compétences requises, mais l'ensemble des échanges se serait déroulé par téléphone, ce qui écarte toute possibilité de produire une trace écrite.
33. Le Défenseur des droits a rappelé à plusieurs reprises à la société Y qu'en vertu de l'article 19 de la directive 2006/54/CE précitée et de l'article L.1134-1 du code du travail, il lui incombe de fournir les éléments objectifs permettant d'écartier toute discrimination.
34. En effet, en matière civile, l'article L.1134-1 du code du travail définit un aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « *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* ».

¹ Article 131-38 du code pénal ;

² Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-81.108 ; Cass. crim., 15 janvier 2008, pourvoi n° 07-82.380 ;

³ Voir notamment la délibération n° 2009-21 du 26 janvier 2009 de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

35. Ainsi, la personne qui s'estime victime de discrimination doit présenter des éléments de nature à mettre en lumière une apparence de discrimination, à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination⁴.
36. La Cour de cassation est venue préciser que les éléments factuels présentés par le salarié doivent être appréciés par le juge de manière globale, et non pas de façon séparée⁵.
37. La jurisprudence précise également que l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés⁶.
38. Surtout, le Défenseur des droits souligne que dans un arrêt du 19 avril 2012, la Cour de justice des communautés européennes a indiqué que le silence d'un employeur qui serait interrogé par une personne s'estimant victime de discrimination, ou son refus de se justifier, « *peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* »⁷.
39. Il convient d'ajouter que si la partie mise en cause n'apporte pas la preuve de l'absence de discrimination, celle-ci est établie.
40. Au vu de ces éléments, il a été rappelé à de nombreuses reprises à la société Y qu'il lui appartient d'apporter la preuve que le rejet de la candidature de Madame X repose sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination.
41. Dans sa note récapitulative du 3 mai 2018, le Défenseur des droits a également rappelé à la société Y qu'en vertu des articles L.1133-1 et R.1142-1 du code du travail précités, elle ne pourra faire valoir que l'appartenance au sexe masculin constituerait une condition déterminante pour exercer le poste de conducteur de travaux auquel prétendait Madame X.
42. La société mise en cause s'étant abstenue de toute réponse, le Défenseur des droits :
- constate que la société mise en cause n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le refus d'embaucher Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de son sexe, ce dont il conclut que Madame X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de son sexe ;
 - recommande à la société Y de se rapprocher de Madame X afin de procéder à une juste réparation de son préjudice, de modifier ses méthodes de recrutement afin de respecter le principe de non-discrimination et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
 - à défaut d'accord dans le cadre de cette 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

⁴ CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-127/92, Pamela Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health.

⁵ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-15792.

⁶ Cass. soc., 29 juin 2011, n°10-14067 ; 10 novembre 2009, n°07-42849.

⁷ Aff. CJUE 19 avril 2012, aff. C 415-10, Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH.