

Paris, le 14 octobre 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-209

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 et notamment son article L. 1132-1 ;

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 du 27 mai 2008 ;

Saisi de la réclamation de Monsieur A par l'intermédiaire de son conseil, au sujet du non-renouvellement de son contrat de travail en tant qu'agent de contrôle auprès de la salle de spectacle Y qu'il estime fondé sur son orientation sexuelle et/ou son sexe.

Décide de recommander à la société de prestations d'accueil Z et à la salle de spectacle Y de changer leurs pratiques en formant et en sensibilisant leurs personnels à l'interdiction de toutes les formes de discriminations et de l'homophobie en particulier ;

Décide de recommander à la salle de spectacle Y, de sanctionner Madame E, d'une part et d'indemniser Monsieur A de son entier préjudice, d'autre part.

Le Défenseur des droits demande à la société Z et à la salle de spectacle 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 au titre de l'article 25 de la loi organique n° 333-2011 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Monsieur A, par l'intermédiaire de son conseil, au sujet du non-renouvellement de son contrat de travail en tant qu'agent de contrôle auprès de la salle de spectacle Y qu'il estime fondé sur son orientation sexuelle et/ou son sexe.
2. Monsieur A, qui travaille aujourd'hui comme directeur adjoint d'un magasin de prêt-à-porter, a porté plainte pour ces mêmes faits le 13 novembre 2017 auprès du procureur de la République.
3. Le Défenseur des droits a obtenu l'autorisation d'instruire du parquet le 1^{er} février 2018.

Les faits

4. Monsieur A estime que son homosexualité ne fait aucun doute pour son entourage. Il se dit « sophistiqué et maniéré » tant dans sa voix et que dans sa gestuelle et porte des bijoux.
5. Après avoir occupé un poste d'hôte d'accueil au sein d'une résidence avec services, Monsieur A est recruté à la fin du mois de septembre 2017 par la société Z, spécialisée dans les prestations d'accueil, en tant qu'intérimaire.
6. La responsable de la société Z chargée de son recrutement et de sa supervision est Madame B.
7. Le 2 octobre 2017, Madame B adresse un planning par courriel à Monsieur A qui prévoit les dates auxquelles il devait travailler pour la salle de spectacle Y jusqu'à la fin octobre¹. Pour chacune de ces dates et missions, un nouveau contrat de travail à durée déterminée avec la société Z devait être établi, de manière renouvelée, pendant toute la durée de la collaboration.
8. Selon ses deux premiers contrats de travail conclus avec la société Z, correspondant aux dates de mission des 4 et 6 octobre 2017, Monsieur A est engagé « en vue d'une formation sur le poste de contrôleur sur la prestation liée aux spectacles » de deux artistes. Son poste consiste à être un agent de contrôle en formation avec la qualification professionnelle employé échelon 1. Il est affecté sur le site de la salle de spectacle Y.
9. Monsieur A se rend à son poste de travail le 4 octobre 2017 et effectue sa première mission. A la fin de sa deuxième mission le 6 octobre 2017, Madame B l'aurait informé que Madame E, responsable de salle de la salle de spectacle Y, ne le « sentait pas » et que son contrat ne serait certainement pas renouvelé.
10. Il affirme n'avoir rencontré aucune difficulté dans le cadre de sa formation. Selon lui, la seule chose que son formateur lui avait reproché était qu'il n'était pas suffisamment directif et qu'il n'élevait pas suffisamment la voix afin de permettre de bien orienter les spectateurs vers leurs places.
11. Pourtant, Madame B lui confirme par téléphone le 7 octobre 2017 que sa mission est terminée, alors qu'il aurait dû travailler le soir-même. Elle lui précise que la salle de spectacle Y a souhaité rompre sa collaboration en raison de sa « fragilité ».

¹ A savoir les 4, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 26, 27, 28 et 29 octobre 2017

12. Soupçonnant que cette expression désigne en réalité le fait qu'il est « maniéré » et laisserait apparaître ouvertement qu'il est homosexuel, il fait alors appel à SOS HOMOPHOBIE.
13. Sur les conseils de cette association, Monsieur A décide de rappeler Madame B qui confirme ses soupçons.
14. Elle lui dit que la salle de spectacle Y « se cache derrière une fragilité », qu'il « s'est retrouvé sur le carreau pour de mauvaises raisons », qu'il n'y avait pas « de trucs négatifs » à reprocher à sa prestation de travail « bien au contraire » et qu'il a été « confronté à une forme d'injustice ».
15. Madame B dresse un parallèle entre la situation de Monsieur A et celle d'un autre salarié qui « le cache mieux » que Monsieur A qui « a dérangé » car « plus apprêté », « plus assumé ».
16. Madame B affirme également que, vu l'attitude de son client, à savoir la salle de spectacle Y, et l'expérience rencontrée par Monsieur A qui a « quand même ce côté homme », qui est « grand » et « carré », elle n'envisage pas de présenter à la salle de spectacle Y un autre jeune homme « qui fait beaucoup plus mecton ».
17. Elle lui souligne sa désapprobation et le fait qu'elle n'a pas de problème avec son homosexualité.
18. Madame B conclut d'ailleurs qu'elle est disposée à recommander la candidature de Monsieur A auprès d'une collègue de la société Z pour un autre poste auprès d'hippodromes.
19. Monsieur A a transmis l'enregistrement de cet échange téléphonique au Défenseur des droits.
20. A la suite de cette conversation, Monsieur A échange les textos suivants avec Madame B le 18 octobre 2017 :
 - Monsieur A : « En ce moment, pour moi, ça ne va pas super bien, je n'arrive pas à oublier que l'on n'a pas voulu de moi parce que je suis 'fragile' et je culpabilise d'être aussi maniéré ».
 - Madame B : « Mais ne culpabilise pas, je suis navrée que ça ne se soit pas bien passé. Ne change pour personne ».
 - Monsieur A : « Je n'ai que 23 ans. Si toutes les boîtes se disent qu'ils ne veulent pas d'un PD à l'entrée, je fais comment ? Je ne trouverais jamais de travail ! Si la salle de spectacle Y l'a vu c'est que les autres le verront et les entreprises ne voudront pas entacher leur image et je les comprends... Ma famille n'est pas au courant et je ne sais pas avec qui en parler ».
 - Madame B : « Et bien au besoin moi je suis là autour d'un café ou autre. Pas de souci ».
 - Monsieur A : « Mille mercis de votre soutien, cela me réconforte. Je suis également désolé pour vous qui ne cautionnez absolument pas leur décision [celle de la salle de spectacle Y] mais que vous avez dû quand même appliquer. Je sais que vous n'avez aucun problème avec mon orientation sexuelle. Donc je vous souhaite de ne pas être de nouveau face à une situation aussi problématique qui vous impose de fermer les yeux sur une telle discrimination, cela doit être autant gênant pour vous que pour moi. Bien à vous ».

- Madame B: « Je suis surtout désolée que tu aies été confronté à cette forme d'injustice, dis-toi que quels que soient les mots que les gens peuvent trouver c'est que tout simplement certaines personnes ont peur de ce qu'ils ne connaissent pas, cela est dommage mais il y a tellement de boulot à faire pour changer les mentalités que parfois c'est décourageant mais il faut rester droit et ne pas se laisser atteindre. La route sera longue, mais parfois il y a des rencontres fabuleuses ».

21. Ces échanges de textos ont été constatés par un huissier de justice.

L'enquête

22. Conformément aux articles 18 et 20 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a adressé à la société Z deux courriers d'enquête auxquels la responsable RH a répondu les 4 octobre et 19 décembre 2018.
23. Madame B et la responsable RH ont, en outre, été auditionnées par les agents du Défenseur des droits, respectivement le 16 juillet 2018 et le 12 décembre 2018.
24. Enfin, les directeurs généraux de la salle de spectacle Y ainsi que la responsable RH de la société Z, ont répondu par courriers respectifs du 5 juin, du 1^{er} et 2 juillet 2019 à une note récapitulative adressée par le Défenseur des droits.
25. Il ressort de l'enquête du Défenseur des droits que la société Z agit comme un prestataire de services pour la salle de spectacle Y et lui fournit « un soutien logistique quant à la gestion du personnel de salle ». Le contrat les liant ne pose pas de critères particuliers pour être un agent de contrôle travaillant sur le site de la salle de spectacle Y. Il n'est pas nécessaire non plus d'avoir une qualification particulière. Il faut néanmoins être « disponible », « avenant », « souriant » et avoir « une bonne présentation ».
26. La période de formation dure trois jours. Le premier jour consiste à observer son formateur et le cas échéant à prendre des initiatives. L'agent de contrôle doit éventuellement orienter les personnes. Le deuxième jour, il est en « front office » et accueille également les personnes à mobilité réduite. Le troisième jour, il doit également contrôler les contremarques et faire sortir le public.
27. Le 7 octobre 2017, la société Z a décidé de ne pas renouveler le contrat de travail de Monsieur A après ses deux premiers jours de formation, à la demande de la salle de spectacle Y. Il n'est pas contesté que la rupture de la collaboration s'appuyait sur sa « fragilité ».
28. En 2018, après avoir interrogé sur les raisons pour lesquelles la collaboration avait été rompue avec Monsieur A, les mis en cause, à savoir la société Z, son employeur et la salle de spectacle Y, client de la société Z affirment que le contrat de Monsieur A s'est en fait terminé parce qu'il aurait commis des fautes professionnelles.
29. Ils lui reprochent son manque de sérieux (retards, demandes de pauses intempestives, soupirs face à la tâche), sa négligence (des erreurs de placement, le fait qu'il aurait laissé passer deux personnes sans les contrôler et sans se rendre compte de la gravité de ce manquement) mais également des éléments qui ont directement trait à son savoir-être et à sa personnalité (le fait d'être très en retrait et d'appréhender la foule).
30. Madame E reconnaît que la salle de spectacle Y n'a jamais rompu un contrat de la sorte par le passé.

31. La société Z reconnaît avoir envisagé de proposer à Monsieur A un autre poste de commercial, compte tenu de son potentiel.

Le cadre juridique

✓ L'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle

32. L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations indique que: «constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son (...) orientation sexuelle, (...) 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 ».
33. De même, les dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail disposent qu'aucun salarié ne peut être «sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] notamment en matière [...] de renouvellement de contrat en raison de [...] son orientation sexuelle».
34. La loi prévoit qu'il n'est pas fait 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 (art. 2 de la loi du 27 mai 2008 précitée et art. L. 1133-1 du Code du travail).
35. Tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination est nul, conformément à l'article L. 1132-4 du code du travail.

✓ Le régime juridique de la preuve des discriminations

36. Le salarié bénéficie d'un aménagement de la charge de la preuve en matière de droit de la non-discrimination. En effet, conformément à l'article L. 1134-1 du Code du travail, « Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi (...) ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie 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. 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 ».
37. Il n'appartient donc pas au demandeur à l'instance de faire la preuve de ses prétentions mais d'établir un faisceau d'indices composé de faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination. Les éléments de faits doivent être examinés dans leur globalité afin de rechercher s'ils permettent de présumer l'existence d'une discrimination².
38. Les textos constituent un courrier électronique défini par la loi pour la confiance dans l'économie numérique comme « tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ». Depuis la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, ils sont admis comme preuve au même titre qu'un écrit papier (article 1316-1 du Code civil).

² Cass. Soc. 25 janvier 2011, n°09-42.766

39. Ils ne peuvent pas constituer un moyen déloyal de preuve dans la mesure où « l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur »³.
40. Concernant la recevabilité des enregistrements dits clandestins – effectués par les victimes à l'insu de l'auteur d'une infraction, la Cour européenne des droits de l'homme a admis leur recevabilité comme mode de preuve dès lors qu'ils ont pu être discutés dans le cadre d'un procès équitable, sachant que le moyen de preuve litigieux ne doit pas être le seul pour motiver la condamnation⁴.
41. En matière pénale, sur le fondement de l'article 427 du Code de procédure pénale relatif à la liberté de la preuve admise dans le cadre du débat contradictoire, la jurisprudence admet que la preuve d'une infraction puisse être rapportée par un enregistrement audio clandestin réalisé à l'insu d'une partie, dès lors qu'elle est soumise au débat contradictoire⁵.
42. En matière administrative, le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la question. Toutefois, dans une décision du 10 juillet 2018, le Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (CNESER), juridiction d'appel des décisions rendues par les conseils de discipline des enseignants-chercheurs, s'est prononcé en faveur de la recevabilité de tels enregistrements, au motif qu'il est « loisible à l'université d'apporter tout élément de preuve afin de permettre aux juges d'établir la vérité »⁶.
43. En matière civile, la Cour d'appel de Bastia a condamné, dans un arrêt du 3 octobre 2018, un médecin psychiatre à indemniser une patiente pour non-respect du contrat de soins qui le liait à cette dernière au motif qu'il avait eu des relations sexuelles avec elle. La Cour d'appel s'est fondée sur la décision de la Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des médecins qui avait reconnu la réalité des relations sexuelles entre le psychiatre et sa patiente sur la base d'un enregistrement sonore, effectué par cette dernière, à l'insu du psychiatre⁷.
44. Il ressort d'un arrêt du 21 septembre 2016 de la Cour d'appel de Paris que les enregistrements d'une communication téléphonique réalisée à l'insu de la personne enregistrée pourraient être recevables dans la mesure où ils seraient « strictement nécessaire(s) à l'exercice des droits de la défense », à savoir s'il n'existe pas d'autres modes de preuve.
45. Or, certaines formes de discrimination sont particulièrement déguisées et cachées, telles que les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle où l'employeur peut d'ailleurs facilement se retrancher derrière le fait qu'il n'avait même pas connaissance de l'homosexualité de tel ou tel salarié. Dans ce cas, il n'y a de fait souvent aucun autre moyen de prouver la discrimination.
46. A cet égard, on relèvera que la Cour d'appel de Toulouse vient d'admettre, de manière expresse, un enregistrement comme recevable « dès lors qu'il est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte à la vie privée est proportionnée au but poursuivi »⁸.

³ Cass. Soc. 23 mai 2007 06-43.209

⁴ CEDH 12 juillet 1988 *Schenk c/ Suisse*, req. n°10862/84

⁵ Cass. Crim., 6 avril 1993, n°93-80184 ; 6 avril 1994, n°93-82717 ; 31 janv. 2012, n°11-85464

⁶ Bulletin officiel n°35 du 27 septembre 2018 ; NOR : ESR1800176S ; décision du 10-7-2018 ; MESRI – CNESER ; dossier n°14-02

⁷ CA Bastia 3 octobre 2018, chambre civile section 1, n° 15/00703 FL-C

⁸ CA Toulouse 10 mai 2019, n° 2019/315

47. Dans ces conditions, le Défenseur des droits a déjà pu considérer que l'enregistrement même réalisé à l'insu de la personne, doit pouvoir être considéré comme un élément de fait ou un indice parmi d'autres permettant à la victime de laisser présumer l'existence d'une discrimination à son égard, cet élément pouvant au demeurant être débattu contradictoirement entre les parties⁹.
48. En l'espèce, l'enregistrement et les textos constatés par voie d'huissier viennent conforter les dires du réclamant qui n'ont, par ailleurs, été ni contestés ni contredits dans le cadre de l'enquête du Défenseur des droits. Madame B a d'ailleurs reconnu les avoir tenus.
49. Subsidiairement, les échanges de textos entre Monsieur A et Madame B caractérisent, à eux-seuls, des éléments de fait qui laissent présumer l'existence d'une discrimination à son encontre, à charge pour les mis en cause de justifier que ces mêmes faits se sont basés sur des éléments objectifs et non discriminatoires et peuvent donc être expliqués par des circonstances étrangères à toute discrimination.

Application aux faits de l'espèce

✓ Les explications données par Madame B lors de son audition

50. A titre préliminaire, Madame B informe les agents du Défenseur des droits qu'elle a négocié une rupture conventionnelle avec son employeur, à la suite de sa convocation par les services du Défenseur des droits.
51. Interrogée sur les raisons pour lesquelles la collaboration avec Monsieur A a été rompue, Madame B énonce diverses raisons qui, selon Monsieur A, ne lui auraient jamais été signifiées.
52. Elle affirme que le premier jour de sa prise de poste, Monsieur A avait sollicité une pause cigarette au bout de 10 minutes de travail, alors que sa mission ne devait durer que 3 heures.
53. Madame E, responsable de la salle de spectacle Y, aurait exprimé son insatisfaction s'agissant de la prestation de Monsieur A lors d'un debriefing en sa présence dès le 4 octobre au soir. Il a néanmoins été décidé de lui donner une autre chance.
54. Or, le 2^{ème} jour de sa mission, bien qu'il était sur le site en train de fumer une cigarette avec une autre salariée, Monsieur A n'était pas à son poste à l'heure. Il n'avait signé ni son contrat de travail ni la feuille de présence. Il n'y avait que 4 agents de contrôle pour un public de 2800 personnes. Il n'était pas tolérable qu'il soit en retard.
55. En outre, Monsieur A aurait laissé rentrer deux personnes sans vérifier leurs billets et serait resté en retrait lors de la régularisation de la situation. Il n'a pas rattrapé les deux individus, n'a pas alerté le vigile et a laissé faire son formateur. Il n'a pas pris la mesure de ses responsabilités ni la gravité de son omission lorsqu'on le lui a fait remarquer.
56. Selon Madame B, « c'est pour toutes ces raisons cumulées » qu'en fait, la salle de spectacle Y n'aurait pas souhaité poursuivre la collaboration avec Monsieur A.

⁹ V. notamment les décisions du Défenseur des droits n° 2013-127 du 10 juin 2013, n° 2014-119 du 10 octobre 2014 et n° 2019-142 du 15 juillet 2019

57. Madame B reconnaît que Madame E a, en fait, reproché à Monsieur A sa « fragilité ». Elle estime que « cela ne veut rien dire » car « Monsieur A en impose physiquement ».
58. Madame B a reconnu avoir tenu les propos issus de l'enregistrement de sa conversation téléphonique avec Monsieur A et avoir échangé les textos constatés par huissier de justice. Mais elle a estimé qu'il n'y avait pas de contradiction entre ce qu'elle expliquait lors de l'audition et ce qu'elle avait expliqué à Monsieur A.
59. Interrogée sur les raisons pour lesquelles elle évoque, par téléphone et par texto, que Monsieur A a été victime d'une injustice, Madame B explique que l'« injustice » était celle de ne pas bénéficier d'une troisième journée de formation, ce qui est la procédure habituelle. Or, il avait déjà eu une expérience malheureuse dans un autre emploi dont il estimait qu'elle était en lien avec son orientation sexuelle. Il lui avait également évoqué des difficultés avec sa famille. Elle explique s'être prise d'affection pour Monsieur A qui lui apparaissait en souffrance et qui lui avait confié avoir eu des idées suicidaires.
60. Elle explique également avoir envisagé de réorienter Monsieur A auprès des hippodromes car ce type de poste requiert d'autres qualités et que « Monsieur A avait du potentiel ». Il s'agissait d'un poste sans incidence sur la sécurité où il faut aller vers les joueurs et avoir des qualités de commercial. Monsieur A n'y a toutefois jamais donné suite.

✓ **Les explications de la société Z dans ses courriers du 4 octobre et du 19 décembre 2018**

61. Egalement interrogée par le Défenseur des droits, la responsable RH de la société Z complète la liste des griefs à l'encontre de Monsieur A.
62. Dès le premier jour de formation, Monsieur A n'aurait cessé de se plaindre et de soupirer face au flux important de personnes à contrôler et aurait immédiatement demandé une pause cigarette dès sa prise de poste. Il aurait, en outre, effectué « de nombreuses erreurs de placement ».
63. Monsieur A aurait été informé de l'appréciation de sa prestation concernant l'orientation du public, la gestion du flux et la nécessité de parler plus fort pour être entendu par le public.
64. Le deuxième jour de formation, Monsieur A aurait de nouveau commis des erreurs de placement et serait arrivé en retard. La responsable RH communique une feuille de présence indiquant que Monsieur A serait arrivé à 18h05 et attesté dans un courriel du 7 octobre 2017 indiquant également que Monsieur A conteste ce retard.
65. Selon la responsable RH, c'est le fait que Monsieur A aurait laissé entrer deux personnes qui ne détenaient pas de billets qui a définitivement convaincu Madame E et le formateur de ne pas poursuivre la collaboration.
66. Afin d'étayer ces propos, la société Z fournit 3 attestations établies en mai 2018 dont celle de Madame B qui reprend en substance ce qu'elle a dit lors de son audition¹⁰ et

¹⁰ Madame B atteste le 25 mai 2018 évoque l'attitude nonchalante de Monsieur A (souhait d'une pause cigarette peu après sa prise de poste, remarque sur l'importance du flux de personnes, volonté de faire une autre pause cigarette le deuxième jour alors qu'il fallait être en poste) voire carrément négligente (il aurait laissé entrer deux personnes qui n'auraient pas présenté leurs billets sans toutefois l'avoir constaté elle-même). Monsieur A serait resté « très en retrait » alors qu'il devait contrôler les billets des spectateurs d'un concert de rap le 2ème soir avec une clientèle « véhémente » et n'« était plus du tout dans sa formation ». Toutefois, elle ne fait pas état du retard de A le deuxième jour de formation.

celle datée du 24 mai 2018, de la responsable clientèle événementiel et spectacle, mais qui n'était pas sur les lieux à la salle de spectacle Y au moment des faits¹¹.

67. Dans une attestation du 20 mai 2018, le contrôleur formateur de Monsieur A et toujours en poste auprès de la société Z et de la salle de spectacle Y, évoque le manque de sérieux de Monsieur A qui aurait pris la formation « comme un jeu ». Il n'aurait pas envoyé les personnes au bon endroit pour les placer correctement en salle et cela, à plusieurs reprises. Il se plaignait et soupirait face au flux de personnes. Il lui aurait également demandé au bout de 20 minutes une pause cigarette. C'était donc « mal parti » mais à la suite du debriefing, il a été convenu avec Mesdames E et B de lui accorder une seconde chance. Le deuxième jour, Monsieur A aurait commis les mêmes erreurs et le concert étant plus difficile, il n'aurait « clairement pas été à son aise » et « se serait laissé déborder ». Puis, il a fait l'erreur qui a « scellé son sort » de faire entrer des personnes non munies de billets. Il conclut que Monsieur A n'a pas été retenu pour toutes ces raisons, qu'il a été jugé sur son travail et son comportement.

✓ **Les explications de Madame E lors de son audition du 12 décembre 2018**

68. Madame E affirme qu'elle n'était pas présente sur le site le 4 octobre 2017 car elle était remplacée par une autre personne et n'a rencontré Monsieur A que le 6 octobre 2017.
69. Selon elle, Monsieur A était présent et à l'heure pour le brief le 6 octobre à 18h20 même s'il était arrivé avec 5 minutes de retard sur l'heure normalement prévue, soit à 18h05 au lieu de 18h00.
70. Elle explique qu'en tout état de cause, ce n'est pas le léger retard de Monsieur A qui est à l'origine de la rupture de sa mission, ni le fait de se tromper dans l'orientation du public.
71. Ce qui lui a été reproché, c'est son attitude à l'égard du public : « Il était complètement en retrait ». Elle ajoute également : « Je ne suis pas en mesure de vous dire ce qui s'est passé mais Monsieur A a laissé entrer deux personnes sans les contrôler ». Vérification faite, ces personnes détenaient leur billet. Toutefois, Monsieur A semble avoir été « débordé » et ne pas mesurer la gravité de la situation au regard de la sécurité.
72. Elle confirme avoir évoqué la « fragilité » de Monsieur A pour rompre la collaboration mais qu'elle n'avait pas d'« arrière-pensée » en utilisant ce terme. Elle voulait dire par là qu'il était « déstabilisé, craintif, mal à l'aise ».

✓ **La version de Monsieur A**

73. Monsieur A réitère que la seule chose qui lui a été expressément reprochée par son formateur était qu'il n'était pas suffisamment directif et qu'il n'élevait pas suffisamment la voix pour diriger les personnes contrôlées.
74. Il conteste formellement le fait d'avoir rencontré Madame E et débriefé avec elle le 4 octobre 2017 contrairement aux dires de Madame B et de la responsable RH de la société Z. Il dit ne l'avoir rencontrée que le 6 octobre 2017.
75. Il conteste également le fait d'avoir demandé une pause cigarette le 1^{er} soir de sa formation. Il affirme que ceci ne fait pas sens car le public arrive en masse et qu'il faut

¹¹ Elle explique que Monsieur A n'a pas été retenu compte tenu de son retard le 2^{ème} jour de formation, des prises de pause sans prévenir son référent, de la mauvaise direction des spectateurs et de son appréhension face à la foule.

alors procéder au contrôle. Il dit n'être resté sur place que jusqu'à 21h, soit une demi-heure après le début du spectacle. Il reconnaît avoir fumé une cigarette le 2^{ème} soir une fois que le public était entré dans la salle car cela est toléré.

76. Monsieur A reconnaît avoir eu un très léger retard pour rencontrer Madame B le 6 octobre 2017 mais affirme qu'il était en tenue à l'heure dans le bureau de Madame E pour le brief à 18h20.
77. Il précise qu'il n'y a eu aucun problème de contrôle et que matériellement et physiquement, il n'est pas possible de laisser passer des personnes sans contrôler leurs billets, à moins de le faire délibérément.

✓ **Les observations de la salle de spectacle Y et de la société Z en réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits**

78. En réponse à une note récapitulative adressée par le Défenseur des droits, les directeurs généraux de la salle de spectacle Y, ont répondu par courriers du 5 juin et 1^{er} juillet 2019. Après avoir demandé communication des pièces du dossier ainsi qu'une réunion avec les agents du Défenseur des droits qu'ils ont également invités à se rendre sur place, ils ont confirmé que la formation de Monsieur A avait été interrompue du fait d'éléments objectifs constatés par plusieurs personnes : prises de pauses en dépit des consignes, mauvais placement des spectateurs, retard de 5 minutes, absence de contrôle de deux personnes, refus de tenir compte des conseils donnés par les référents. Selon eux, les échanges privés entre Monsieur A et Madame B « ne font état que de l'interprétation personnelle subjective et biaisée par un contexte d'empathie quasi-maternelle de cette dernière ». La fragilité de Monsieur A a été évoquée par Madame E dans un « souci de transparence » et avec « des mots plus quotidiens et moins professionnels », afin de lui faire comprendre qu'en réalité son profil était inadéquat compte tenu de son « appréhension de la foule ».
79. En réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, la responsable RH de la société Z, dit s'étonner que Madame E ait pu avoir connaissance de l'orientation sexuelle de Monsieur A. Il a été reproché à ce dernier le fait de n'avoir pas « osé » contrôler deux personnes. Elle estime que compte tenu des idées suicidaires de Monsieur A, de ses difficultés familiales et professionnelles, Madame B n'aurait pas voulu dénigrer la qualité du travail de Monsieur A et a ainsi évoqué une « injustice » à son encontre.
80. Concernant les pauses cigarette, les demandes auraient été faites tant auprès de Madame B que du contrôleur formateur de Monsieur A. Par ailleurs, tous les témoignages évoquent le fait que Monsieur A n'a pas contrôlé deux personnes, peu importe qu'elles aient ou non détenu un billet d'entrée. Il est possible de laisser passer des personnes puisque le contrôle de billets n'est pas automatisé. Des cordons de sécurité ont en principe vocation à éviter ce type d'incident. Mais si le contrôleur n'intervient pas, les spectateurs peuvent accéder à la salle de spectacle sans difficulté, faute de porte automatisée. La responsable RH de la société Z ajoute également qu'il n'y a pas de contradiction à proposer un autre poste aux hippodromes dans la mesure où ce type de poste centré sur l'aspect commercial n'implique aucun contrôle de sécurité. Elle réitère néanmoins que Monsieur A ne semblait pas à l'aise avec le public et était en retrait.
81. La société Z et la salle de spectacle Y ne contestent pas avoir rompu la collaboration avec Monsieur A en relevant en particulier sa « fragilité ».

82. L'utilisation de cette terminologie non factuelle et purement subjective paraît suspecte.
83. Les témoignages de Monsieur A et de Madame B, confirmés par leurs échanges de textos, laissent présumer que l'homosexualité de Monsieur A était connue.
84. Les explications recueillies lors de l'enquête auprès de Madame B, de la société Z et de Madame E sur les faits reprochés à Monsieur A sont contredites par Monsieur A, manquent de cohérence et ne sont pas matériellement justifiées.
85. Tel est le cas des attestations produites par la société Z sur la prétendue pause cigarette le premier soir : Madame B explique que Monsieur A lui aurait demandé une pause cigarette, tandis que son formateur affirme que Monsieur A le lui aurait demandé à lui. La responsable clientèle événementiel et spectacle de la société Z affirme, quant à elle, qu'il n'aurait prévenu personne. Celle-ci n'étant pas sur les lieux Y, son témoignage indirect n'a pas de valeur juridique.
86. Madame B et le formateur de la société Z ainsi que leur responsable RH affirment qu'il y a eu un debriefing le 4 octobre 2017 en présence de Madame E et de Monsieur A. Or, Madame E confirme les dires de Monsieur A : elle n'était pas présente ce soir-là.
87. Madame B reproche le retard de Monsieur A au contrôle alors que Madame E dit qu'il était à son poste à l'heure, c'est-à-dire pour le brief de 18h20 et que, de toute façon, un léger retard n'aurait pas justifié de rompre la collaboration.
88. Madame B et son employeur la société Z reconnaissent qu'ils pensaient à replacer Monsieur A sur un autre poste de commercial, qu'il était victime d'une « injustice » et qu'il avait « du potentiel ».
89. Ceci paraît incohérent compte tenu de la façon dont Monsieur A est décrit lors de l'enquête, à savoir une personne manquant de professionnalisme et de sérieux sur un poste n'exigeant aucune qualification particulière. Bien que lui reprochant d'appréhender le public et d'être en retrait, la société Z n'explique pas non plus pourquoi elle pensait lui proposer un poste de commercial qui exige justement d'aller au-devant de la clientèle.
90. La société Z affirme que Monsieur A a laissé passer deux personnes qui ne détenaient pas de billets tandis que Madame E affirme que ces spectateurs détenaient, en fait, leurs billets. Même si ces différentes versions ne sont pas de nature à exonérer la responsabilité de Monsieur A, il n'en reste pas moins qu'elles ne sont pas cohérentes.
91. Selon Madame E, la rupture de collaboration est fondée sur l'absence de contrôle de deux personnes. Elle n'est toutefois pas en mesure d'expliquer comment cela se serait produit, malgré la configuration du contrôle et la présence en continu de quatre agents de contrôle à l'entrée de la salle de spectacle Y. Madame B affirme également qu'elle n'était pas présente pour constater ce manquement dans son attestation du 25 mai 2018.
92. Bien que le Défenseur des droits relevait déjà des incohérences à ce sujet dans le cadre de sa note récapitulative, ni les directeurs généraux de la salle de spectacle Y ni la responsable RH de la société Z, ni le formateur de Monsieur A qui s'avère finalement le seul à avoir constaté ce manquement in situ n'ont apporté d'explication concrète au sujet du défaut de contrôle de deux spectateurs. Ils n'expliquent pas comment matériellement cela aurait pu arriver et dans quel type de circonstances.

93. Monsieur A explique que durant le contrôle, il était positionné en arrière-plan par rapport à son formateur qui lui montrait ainsi la marche à suivre et que tout le monde a été contrôlé.
94. Il n'est contesté par aucune des parties que les couloirs de contrôle des billets sont délimités par des barrières au bout desquels deux agents de contrôle sont positionnés de part et d'autre. Le passage laissé aux spectateurs est suffisamment étroit pour ne laisser passer qu'une personne à la fois. Cette dernière est alors encadrée par deux contrôleurs dont la mission exige que l'un d'eux scanne son billet d'entrée pour lui laisser la voie libre afin de pouvoir accéder à la salle de la salle de spectacle Y.
95. Au centre, un cordon de sécurité est placé qui n'est a priori pas franchissable, sauf à passer par-dessus de manière ostensible. Cet agencement permet de s'assurer que le contrôle des billets est filtré. Il est en principe incontournable, à moins que les deux agents de contrôle n'aient totalement quitté leur poste de leur côté en même temps. Or, il n'a pas été reproché à Monsieur A d'avoir abandonné son poste. Ce dernier était, en outre, en formation ce soir-là, ce qui signifie qu'il devait être pris en charge et supervisé par son formateur.
96. Enfin, il n'est pas contesté que la « fragilité » de Monsieur A a motivé la rupture de la collaboration avec la salle de spectacle Y et que c'est ce qui a été exposé à Monsieur A.
97. La société Z explique en substance qu'il s'agissait de ménager Monsieur A qui aurait évoqué avoir des idées suicidaires sans toutefois étayer ces éléments. Interrogé sur son état à l'époque des faits, Monsieur A dément catégoriquement cette allégation.
98. La salle de spectacle Y explique que c'est « dans un souci de transparence » et dans un langage « plus quotidien et moins professionnel » que la fragilité de Monsieur A a été évoquée. Or, précisément, la transparence aurait plutôt exigé de préciser à Monsieur A les prétendues fautes et manquements qui lui étaient reprochés car ce sont alors des faits objectifs qui peuvent être matériellement constatés.
99. 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 critère ait participé à la mesure d'exclusion¹². La Cour européenne des droits de l'homme considère également qu'une appréciation globale fondée sur un « ensemble » d'éléments dont un qui aurait un caractère illégitime a pour effet de « contaminer l'ensemble de la décision » qui apparaît ainsi discriminatoire¹³.
100. Vu l'apparence de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle découlant du motif de rupture, les échanges non contestés entre Madame B et Monsieur A, les incohérences et les contradictions concernant les explications apportées par les mis en cause, ni la salle de spectacle Y ni la société Z n'ont établi que le non-renouvellement du contrat de travail de Monsieur A était fondé sur des éléments cohérents, objectifs et matériellement vérifiables.
101. En conséquence, le Défenseur des droits conclut au fait que le non-renouvellement du contrat de travail de Monsieur A décidé par la salle de spectacle Y et exécuté par la société Z caractérisait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ce qui est prohibé par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 et l'article L. 1132-1 du Code du travail.

¹² Cass. Crim. 15 janvier 2008 n° 07-82.380 ; Cass. Crim. 14 juin 2000 n°99-81.108

¹³ CEDH 22 janvier 2008 E.B. c. France [GC], n° 43546/02

102. Il décide de recommander à la société Z et à la salle de spectacle Y de changer leurs pratiques en formant et en sensibilisant leurs personnels à l'interdiction de toutes les formes de discriminations et de l'homophobie en particulier.
103. Il recommande également à la salle de spectacle Y de sanctionner Madame E, d'une part et d'indemniser Monsieur A de son entier préjudice, d'autre part.

Jacques TOUBON