

Paris, le 4 mai 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-101

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

Vu les articles L.1132-1, L.1142-1 et L. 1146-1 du Code du travail ;

Saisi par Madame X au sujet d'un refus d'embauche en contrat à durée indéterminée qu'elle estime discriminatoire en raison de sa grossesse.

Décide de recommander à la SAS Y :

- de mettre un terme à ses pratiques discriminatoires, notamment par la formation de ses dirigeants à l'interdiction des discriminations ;
- d'indemniser intégralement Madame X de son préjudice.

Le Défenseur des droits demande à SAS 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° 2011-333 du 29 mars 2011

1. Le Défenseur des droits a été saisi, le 10 avril 2018, d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche en contrat à durée indéterminée et qu'elle estime discriminatoire en raison de sa grossesse.

FAITS :

2. Madame X, salariée intérimaire, répond à une offre d'emploi déposée le 15 juin 2017 en qualité d'aide comptable pour un magasin spécialisé dans le matériel de construction. Cette offre indique « début en intérim débouchant sur un CDI, prise de poste rapide ».
3. Madame X entre en poste et est mise à disposition de la société familiale Y, par contrat du 10 juillet 2017, en tant qu'aide comptable. Lors de son embauche, il lui aurait été confirmé que le poste pourrait conduire à une embauche en CDI. Madame X travaillera ensuite au sein de la SAS Y de manière cumulée pendant 8 mois dans le cadre de 31 contrats courts (d'environ une semaine chacun) jusqu'au 30 mars 2018.
4. Le 4 décembre 2017, Madame X pose la question de savoir si son poste pourrait déboucher sur un poste durable. Il lui est répondu par courriel : « On voit ça très rapidement et on vous redit ».
5. Le 23 février 2018 à 15h51, Madame W, responsable de la société, lui écrit sur la messagerie interne de l'entreprise : « j'ai eu l'agence [*l'agence d'intérim qui met Madame X à disposition*] pour vous, donc encore 2 semaines et on revoie ensuite suite à votre message pour votre avenir quand mes parents et ma sœur [*travaillant également dans l'entreprise*] seront rentrés de congé ».
6. Le 9 mars 2018 à 9h06, elle lui écrit : « Nous sommes en train d'étudier. Je viens vous voir ce jour ou ce début de semaine ».
7. Le 22 mars 2018, Madame W lui aurait proposé oralement de l'embaucher par contrat à durée indéterminée.
8. Le 23 mars 2018, Madame X dit avoir accepté cette offre d'emploi. Madame W lui écrit : « ok donc je passe vous voir début de semaine, voir si des questions de votre côté et on commencerait à compter du 01/04 ». Madame X lui répond : « OK, pas de problème ».
9. Le 27 mars 2018, Madame W lui indique qu'elle va passer sur le site [*où travaille Madame X*].
10. Le même jour, Madame X fait un examen gynécologique confirmant qu'elle est enceinte. Son médecin gynécologue lui établit une déclaration de grossesse.
11. Lors de leur rencontre le 28 mars 2018, Madame X dit avoir annoncé oralement sa grossesse à Madame W. Elle lui aurait expliqué qu'elle n'avait pas l'intention de piéger son employeur mais qu'elle avait attendu la fin des trois premiers mois de grossesse pour le mettre au courant. Elle dit avoir cherché à rassurer Madame W sur le fait que

cela n'affecterait pas son travail et qu'elle ne comptait pas s'arrêter avant son congé maternité.

12. Mais le 30 mars 2018, Madame W aurait eu une conversation avec Madame X selon laquelle finalement, elle ne souhaitait pas l'embaucher en contrat à durée indéterminée compte tenu de sa grossesse.
13. Elle le lui aurait confirmé après en avoir discuté avec sa famille qui travaille également dans cette entreprise dans un message daté du 30 mars 2018 (à 16h30) : « Donc, suite à notre conversation, nous n'allons pas vous garder, désolée, merci de me redire ce que vous comptez faire, si encore intérim quelques semaines ».

ENQUETE :

14. Le Défenseur des droits a adressé au président de la SAS Y, un premier courrier d'enquête daté du 21 décembre 2018. Faute de réponse, il lui a adressé un premier courrier de relance le 11 mars 2019 puis, face à un nouveau silence, un deuxième courrier de relance le 23 mai 2019. Bien que ce dernier courrier en recommandé ait été réceptionné, l'employeur n'y a pas répondu.
15. Le Défenseur des droits lui a alors adressé une mise en demeure le 6 août 2019. Ce courrier adressé en recommandé a également été réceptionné par son destinataire. L'employeur n'y a toujours pas répondu.
16. Le président de la SAS Y ayant confié la présidence et la direction générale de son entreprise à ses filles, Mesdames Z et W, depuis le 26 juin 2019, une nouvelle mise en demeure a également été adressée personnellement à Madame Z, actuelle présidente, le 24 septembre 2019.
17. Aucune réponse n'ayant été apportée dans les délais impartis, les services du Défenseur des droits ont cherché à joindre Madame Z par téléphone en l'informant que faute de réponse, le procureur de la République serait contacté, le cas échéant, en vue de déclencher des poursuites pour délit d'entrave, ainsi que le prévoit l'article 12 de la loi n°2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.
18. En effet, « est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait (...) de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission (...) ».
19. Madame Z a alors répondu partiellement à l'enquête, par courrier du 18 octobre 2019, en expliquant son absence de réponse aux courriers du Défenseur des droits par des difficultés d'organisation découlant du changement de direction qui aurait été effectif dès février 2019.
20. Sur le fond, elle précise qu'après la fin de collaboration avec Madame X, l'entreprise a fait appel à une autre salariée intérimaire, mise à disposition par une autre agence d'interim, pour la période du 4 avril au 7 septembre 2018, tantôt au service administratif, tantôt au service comptable.

21. Il a été convenu avec le cabinet d'expert-comptable que cette organisation n'était plus satisfaisante. Le cabinet comptable aurait relevé des erreurs notamment provenant de Madame X. Avec la montée en charge de l'activité, il a alors été décidé de créer un nouveau poste pour des tâches comptables et administratives de manière pérenne.
22. Madame S a ainsi finalement été embauchée en qualité de secrétaire comptable à temps partiel le 17 décembre 2018.
23. La SA Y explique que les raisons pour lesquelles Madame X n'a pas été embauchée ne sont pas discriminatoires.
24. Il a été fait appel à une nouvelle collaboration intérimaire à partir du 24 avril 2018 puis a été proposé un poste en CDI. Or, Madame X ne s'est présentée ni pour une nouvelle mission d'intérim ni pour le poste en CDI. Ce serait donc elle-même qui n'aurait pas souhaité prendre ce poste. L'employeur affirme également ne pas avoir eu de déclaration de grossesse.
25. Si elle reconnaît que la direction de l'époque s'interrogeait sur la nécessité de créer un poste pérenne lorsque Madame X était en poste, une embauche en CDI était prématurée.
26. De toute façon, Madame X ne présentait pas les compétences requises en terme d'autonomie et de polyvalence car le poste en CDI en création comportait des missions supplémentaires.
27. La phase de recrutement s'est terminée par une embauche en CDI qui est intervenue en décembre 2018 soit plus de 9 mois après la fin de contrat de Madame X.
28. En réponse à une note récapitulative énonçant les éléments de fait et de droit laissant présumer l'existence d'une discrimination, Madame Z réitère ses arguments. Elle réaffirme que Madame X n'avait pas les compétences pour être embauchée en CDI et fournit une attestation de son expert-comptable en ce sens. Elle explique également que sa réponse partielle à l'enquête est due au système informatique qui serait incapable de retracer les messages échangés avec Madame X du fait de leur ancienneté. Elle affirme avoir déjà transmis la copie du contrat de travail de la salariée en CDI, qui pourtant n'a pas été communiquée au Défenseur des droits, mais qu'elle transmet enfin.

Cadre juridique

29. La législation européenne et française interdit toute forme de discrimination, directe et indirecte, en lien avec la grossesse. Cette protection vise tant les femmes qui sont effectivement enceintes que celles qui manifesteraient leur souhait de l'être à courte ou longue échéance¹.

¹ CJUE 26 février 2008 *Mayr*, aff. C-506/06 interdisant le licenciement d'une femme qui se trouve à un stade avancé d'un traitement de fécondation in vitro, à savoir entre la ponction folliculaire et le transfert immédiat des ovules fécondés in vitro dans l'utérus de cette travailleuse, pour autant qu'il est démontré que ce licenciement est fondé essentiellement sur le fait que l'intéressée a subi un tel traitement

30. La directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) codifiant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne énonce que tout « traitement défavorable lié à la grossesse ou à la maternité infligé à une femme constitue une discrimination directe fondée sur le sexe » (considérant 23).
31. Selon une jurisprudence constante, bien que la disponibilité d'une salariée soit une condition essentielle à la bonne exécution du travail, cette protection « ne saurait dépendre du point de savoir si sa présence, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise où elle est employée. Une interprétation contraire priverait les dispositions de la directive de leur effet utile »².
32. L'article L.1132-1 du Code du travail prévoit qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse.
33. Les articles L.1142-1 2° et 3° interdisent de « refuser d'embaucher une personne (...) en considération du sexe, de la situation de famille ou de la grossesse sur la base de critères de choix différents selon le sexe, la situation de famille ou la grossesse » ou encore de « prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière de (...) promotion professionnelle ou de mutation ».
34. L'article L. 1146-1 du Code du travail prévoit expressément que « nul ne peut (...) prendre en considération du sexe ou de la grossesse toute mesure, notamment en matière d'embauche, sous peine d'un an d'emprisonnement, d'une amende de 3 750 euros et éventuellement l'affichage ou la publication du jugement de condamnation.
35. S'agissant du régime de la preuve, l'article L.1134-1 du Code du travail prévoit que « 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 ». Les éléments de fait présentés par le salarié doivent être appréciés de manière globale³.
36. S'il n'y a pas un droit spécifique en faveur d'une personne qui s'estime victime de discrimination d'accéder à des informations lui permettant d'établir une présomption de discrimination, le refus de l'employeur de fournir toute information, dans le cadre de l'établissement de tels faits, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par les dispositions interdisant les discriminations en matière d'emploi et, notamment, de priver ces mesures de leur effet utile⁴.
37. Ainsi, selon une jurisprudence constante, l'absence de transparence d'un employeur sur ses pratiques notamment de recrutement fait naître une présomption de discrimination⁵. Le refus de tout accès à l'information de la part de l'employeur peut ainsi constituer l'un

² CJCE 14 juillet 1994 Webb, aff. C-32/93 ; v. également CJCE 3 février 2000 Mayr, aff C-207/98

³ Cass. Soc. 29 juin 2011, n°10-14067

⁴ CJUE 21 juillet 2011 Kelly, aff. C-104/10

⁵ CJCE 30 juin 1988 *Commission des Communautés Européennes c. République française*, C-318/86 ; CJUE 19 avril 2012 *Meister*, aff. C-415/1

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 indirecte⁶.

Appréciation des faits

38. Il ressort de l'enquête menée par le Défenseur des droits que la SAS Y n'a répondu au Défenseur des droits qu'au bout de dix mois et de maints courriers de relance, envoyés en recommandé et dont la société a accusé réception.
39. Or, conformément à l'article 18 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 que « les personnes physiques ou morales mises en cause doivent faciliter l'accomplissement de la mission du Défenseur des droits », notamment dans le cadre de ses enquêtes. En particulier, « elles sont tenues d'autoriser leurs agents et préposés à répondre à ses demandes. Ceux-ci sont tenus de répondre aux demandes d'explications qu'il leur adresse ».
40. Or, bien qu'ayant pris connaissance des cinq courriers d'enquête de la part du Défenseur des droits dont deux courriers de relance et deux courriers de mise en demeure, la SAS Y n'a pas répondu aux services du Défenseur des droits dans les délais qui lui étaient impartis.
41. Elle n'a pas non plus cherché à contacter la personne en charge de l'enquête dont l'adresse mail et le contact téléphonique figuraient sur les courriers pour demander un report de délai ou éventuellement pour expliquer les raisons pour lesquelles elle n'était pas en mesure d'apporter des réponses dans les délais fixés.
42. Ce n'est qu'après avoir été contactée par téléphone par un agent du Défenseur des droits lui rappelant que son silence prolongé lui faisait prendre le risque d'être poursuivie pour délit d'entrave, que l'actuelle présidente de la SA Y a finalement répondu à l'enquête du Défenseur des droits.
43. Il est rappelé que le premier courrier d'enquête du Défenseur des droits a été adressé à la société dès décembre 2018, soit bien avant le changement de direction de l'entreprise, qu'il ait été effectif le 1^{er} février 2019 ou le 26 juin 2019 ainsi que les publications officielles disponibles sur internet l'indiquent. En outre, la SAS Y est une entreprise familiale où les nouvelles dirigeantes travaillaient déjà dans l'entreprise et y occupaient déjà des postes à responsabilité. Les explications données par la SAS Y relatives au changement de direction pour expliquer le retard dans ses réponses apparaissent dès lors peu convaincantes.
44. En outre, il convient de relever qu'après dix mois, la SAS Y n'avait répondu que partiellement à l'enquête du Défenseur des droits. En particulier, elle n'a pas transmis les copies de l'intégralité des courriels échangés avec Madame X et en particulier des courriels indiquant les discussions en vue d'une éventuelle embauche, ni le contrat de travail de la personne finalement embauchée en CDI alors que ces éléments lui ont été demandés à cinq reprises. Ce n'est qu'en réponse à un sixième courrier du Défenseur des droits qu'elle a enfin expliqué ne plus être en possession de ces messages du fait de leur ancienneté et que la copie du contrat de travail demandé a finalement été envoyée.

⁶ Cass. Soc., 19 décembre 2012, n°10-20526 ; Cass. Soc., 30 avril 2009, n°07-40527 ; Cass. Soc., 6 juin 2012, n°10-27694

45. Ainsi, à tout le moins, la SA Y semble avoir fait preuve d'un comportement négligent à l'égard des services du Défenseur des droits en rendant difficile voire impossible l'exercice de leur pouvoir d'enquête. Ce défaut de coopération démontre un manque de transparence de l'employeur quant à ses pratiques qui constitue un élément laissant présumer l'existence d'une discrimination.
46. Cette présomption est également renforcée par les échanges de courriels entre Madame W et Madame X. Ces messages - dont la SAS Y ne conteste d'ailleurs ni l'existence ni l'authenticité - démontrent l'existence de pourparlers concernant l'avenir professionnel de la réclamante au sein de l'entreprise et la décision de ne finalement pas l'embaucher après une conversation qui s'est tenue dans la période critique où Madame W a fait établir une déclaration de grossesse.
47. Face à un faisceau d'indices laissant supposer l'existence d'une discrimination à l'encontre de Madame X, il revient alors à la SAS Y de démontrer qu'elle a agi de manière objective et non-discriminatoire.
48. Les explications données par la SAS Y à la non-embauche de Madame X en CDI sont les suivantes :
49. Premièrement, selon la SAS Y, Madame X n'a pas postulé pour continuer à travailler en qualité d'intérimaire ni au poste en CDI qui a été ouvert par la suite.
50. Madame X explique qu'après avoir eu l'espérance légitime d'être embauchée en CDI et s'être vu opposer un refus qui lui paraissait illégal et arbitraire, elle n'a effectivement plus souhaité continuer à travailler pour cet employeur, même en intérim. En outre, si Madame X n'a pas postulé à l'offre d'emploi en CDI, c'est qu'elle aurait été fortement dissuadée de le faire. En effet, dans le message du 30 mars 2018, l'actuelle directrice générale lui annonce expressément son intention de ne pas l'embaucher.
51. Or, la jurisprudence a reconnu que le fait pour un employeur de déclarer qu'il ne recrutera pas de salariés sur la base de critères discriminatoires est de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et constitue une discrimination directe à l'embauche. L'existence d'une discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination⁷.
52. En conséquence, le fait que Madame X n'ait pas postulé à un poste en CDI n'exclut pas que la SAS Y ait eu une pratique d'embauche discriminatoire.
53. Deuxièmement, la SAS Y explique que si elle n'a pas embauché Madame X, c'est parce que cette dernière aurait commis des erreurs.
54. Or, d'une part, la société ne donne aucune précision à ce sujet et n'étaye pas ses allégations relatives aux éventuelles insuffisances et erreurs commises par Madame X lorsqu'elle était en poste en qualité d'intérimaire. D'autre part, ses prétendues erreurs n'ont pas empêché l'employeur de renouveler sa mission d'intérim dans le cadre de 31 contrats. En tout état de cause, elles ne semblaient pas non plus l'empêcher de réfléchir à son avenir dans l'entreprise ni de lui proposer de continuer à travailler en intérim au-delà du 30 mars 2018, ainsi qu'en attestent les échanges de courriels.

⁷ CJUE 10 juillet 2008 Feryn, aff. C-54/07

55. Troisièmement, la SAS Y affirme que le poste finalement ouvert en CDI comportait des missions plus larges que celui occupé précédemment par Madame X. Selon son expert-comptable, la salariée qui a été embauchée en CDI a « une formation et une expérience plus importante ». Elle s'occuperait de « la mise à jour des écritures de bas, de la révision et justification des comptes et des travaux préparatoires à l'établissement du bilan », sous le contrôle de son cabinet. Madame X avait pour mission de mettre à jour les écritures de base afin de rattraper le retard de l'entreprise dans ses enregistrements comptables.
56. Or, d'une part, l'offre d'emploi du poste en CDI ne donne aucun détail quant au contenu du poste et d'éventuelles responsabilités et/ou fonctions supplémentaires par rapport à celles occupées par Madame W.
57. D'autre part, selon la fiche de paie et le contrat de travail de Madame S, la salariée finalement embauchée en CDI, elle occupe le poste de « secrétaire comptable » et ses fonctions consistent à « assurer un accueil téléphonique, enregistrer des opérations comptables, réaliser un suivi de trésorerie, établir un rapprochement bancaire, saisir des documents numériques et effectuer des relances client ». Madame X occupait le poste d'« aide comptable » consistant à effectuer en particulier des fonctions de saisie informatique, de comptabilité client et donc fournisseur, de saisie achat et de caisse banque. Les deux postes apparaissent donc, sur le papier tout du moins, très similaires. Le contrat de travail de Madame S ne lui confie aucune tâche en lien avec la préparation du bilan contrairement à ce qu'affirme l'expert-comptable.
58. Enfin, la SAS Y n'apporte aucun élément concret selon lequel la salariée finalement embauchée en CDI avait effectivement plus d'expérience et une meilleure formation que Madame X. Il n'a par exemple pas fourni son CV au Défenseur des droits.
59. Il n'apparaît donc pas que la SAS Y ait prouvé en quoi le profil de Madame X ne convenait pas pour occuper un poste de secrétaire comptable en CDI.
60. En tout état de cause, 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'exclusion⁸.
61. Enfin, l'employeur se prévaut du fait que le recrutement en CDI serait intervenu plusieurs mois après le départ de Madame X sans toutefois indiquer à quel moment le processus d'embauche a lui-même été initié. Il n'a pas précisé à quelle date cette offre a été faite. Alors même qu'il a été interpellé sur ce point, l'employeur n'a apporté aucune réponse.
62. Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits conclut que le refus d'embauche opposé à Madame X est discriminatoire en raison de son sexe et sa grossesse et contraire aux articles L.1132-1, L.1142-1 et L.1142-1 du Code du travail.
63. Il décide de recommander à la SAS Y :
 - de mettre un terme à ses pratiques discriminatoires, notamment par la formation de ses dirigeants à l'interdiction des discriminations ;
 - d'indemniser intégralement Madame X de son préjudice.

Jacques TOUBON

⁸ Cass. Crim. 15 janvier 2008 n°07-82380 ; Cass. Crim. 14 juin 2000 n°99-81108