

Paris, le 19 juin 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-042

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 pénal ;

Saisi par le procureur de la République près le Tribunal de grande Instance de T, à la suite d'une plainte déposée pour discrimination par la Société X.

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité.

Le Défenseur des droits décide de rendre l'avis suivant au titre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Jacques TOUBON

Avis au -procureur de la République de T dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le procureur de la République de T a sollicité l'avis du Défenseur des droits sur la plainte déposée auprès de ses services par la Société X pour des faits de discrimination à l'embauche en raison de différents critères qui auraient été commis par sa cliente la Société W dans le traitement des candidatures qu'elle lui a présentées.

I. FAITS ET PROCEDURE :

2. La Société X a déposé plainte le 13 juillet 2018 pour pratiques discriminatoires contre la Société W au Tribunal de grande instance de T.
3. La Société X est un cabinet de recrutement spécialisé dans les fonctions commerciales et de la distribution. Sa cliente, la Société W, est un cabinet de management de transition, spécialisé en direction financière opérationnelle.
4. Le 6 avril 2016, la Société W ayant pour gérant Monsieur Y, représentant légal de la société selon le Kbis, a conclu une première convention de recrutement avec la Société X. Cette convention prévoyait que la Société X assurait la présentation de candidats à la Société W pour le recrutement de deux responsables business développement et deux chargés business développement.
5. Le 1^{er} Septembre 2016, une deuxième convention de recrutement a été conclue entre les deux sociétés relative au recrutement d'un chargé de relation clients.
6. Les conventions de recrutement prévoyaient que la Société X était en charge de rechercher des candidats, les contacter puis les rencontrer avant de soumettre leurs candidatures à son client, la Société W.
7. L'article 3 des conditions générales de la convention de recrutement stipulait que « *le client s'engage à [...] ne sélectionner les candidats H/F présentés par le Cabinet que sur la base de critères professionnels non discriminatoires et pertinents au regard du profil de poste validé par les parties* ».
8. Monsieur Y en sa qualité de gérant, ainsi que la directrice de la relation clients, étaient les deux responsables du recrutement de la Société W.
9. Dès le mois d'octobre 2016, un mois après la signature de la dernière convention de recrutement, Monsieur Z en sa qualité de consultant manager, a débuté la présentation de divers profils à son client W pour les trois profils de poste décrits dans les conventions de recrutement.
10. Le 13 octobre 2016, Monsieur Y a répondu aux différents profils présentés par Monsieur Z, en charge du recrutement au sein de la Société X.
11. Premièrement, s'agissant de Monsieur A candidat sélectionné par le cabinet de recrutement, Monsieur Y, gérant de la Société a refusé sa candidature en écrivant « *look : voir sa photo/style : nous avons des DG/DAF en face pas des responsables de formation* ».

12. Deuxièmement, Monsieur Y a commenté son entretien avec la candidate Madame B : « *pas de commentaire à faire sur le profil de la candidate dans la cible [...] nous méritons mieux que de lui faire 3 bulletins de salaires pour son projet nous avons déjà eu une expérience comme cela par le passé avec un jeune qui du jour où il est propriétaire a changé d'attitude* ». Madame B aurait laissé sous-entendre à Monsieur Y son projet d'achat immobilier.
13. Le 12 décembre 2016, Monsieur Y a continué de manifester ses réticences envers certains candidats présentés par la Société X en arguant de critères discriminatoires. Ainsi, concernant Madame C, il a refusé de la rencontrer sous prétexte qu'elle « *a trop bougé [dans son parcours professionnel] et j'aime pas trop ses yeux* ».
14. Concernant le candidat Monsieur D, il a refusé également de le rencontrer en entretien car « *ça doit être un bon gars mais nous avons déjà fait l'expérience avec des profils de jeunes venant de province : niet* ».
15. Pour conclure son mail ce jour-là, Monsieur Y précise avoir refusé de rencontrer Madame E du fait que « *La Leila : cela paraît (les papiers) compliqué avant de commencer* ».
16. Enfin, le 3 février 2017, Monsieur Y a refusé de recevoir Monsieur F en raison de son âge en écrivant « *nous venons de prendre un gars de 52 ans. Ça va pour l'instant mais pour le prochain nous ambitionnons de rajeunir les cadres... en plus il a travaillé dans un secteur de « molaçons »* ».
17. Ainsi, Monsieur Z a proposé divers candidats pour le compte de la Société W, comme prévu par les conventions de recrutement. Monsieur Y a de manière catégorique et explicite refusé de poursuivre le processus d'embauche de candidats répondant aux exigences de la fiche de poste en raison de critères qui semblent discriminatoires.

II. CADRE ET ANALYSE JURIDIQUES :

18. En matière pénale, l'infraction de discrimination est caractérisée lorsque la preuve de l'élément matériel et de l'élément intentionnel du délit est rapportée.
19. Aux termes de l'article 225-1 du code pénal : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, [...], de leur apparence physique, [...], de leur lieu de résidence, [...], de leur âge [...]* ».
20. L'article 225-2 du code pénal incrimine la discrimination lorsqu'elle consiste notamment à refuser d'embaucher une personne [...] ou à subordonner une offre d'emploi à l'un des éléments visés à l'article 225-1 du code pénal.
21. Aux termes de l'article 225-2 du code pénal, la discrimination à l'égard d'une personne physique ou morale est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende¹. Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables et encourrent une amende de 225 000 euros² ainsi que les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du code pénal, dont une peine d'affichage.

¹ Article 225-2 du code pénal.

² Article 131-38 code pénal.

22. Le refus d'embauche est l'une des premières formes de discrimination dans l'emploi visées par l'article 225-2, 3°. Il peut être soit explicitement formulé par l'employeur³, soit découler implicitement d'un prétexte fallacieux ou d'une absence de motif légitime⁴.
23. La subordination d'une offre d'emploi à un motif discriminatoire visé par l'article 225-2, 5° du code pénal peut, de la même manière être explicite ou implicite. La jurisprudence a ainsi estimé que la discrimination est caractérisée lorsque les stipulations de l'employeur expriment une préférence procédant du même esprit qu'une condition discriminatoire relevant de la qualification de subordination⁵.
24. Enfin, l'élément intentionnel résulte, quant à lui, du fait que le mis en cause a eu conscience de prendre en considération un critère de discrimination prohibé pour arrêter sa décision.
25. Ainsi, lorsque le refus d'embauche ou la subordination est établi et qu'il apparaît qu'il ne peut s'expliquer que par la prise en compte d'un critère de discrimination, le juge pénal peut considérer que le délit est caractérisé dans tous ses éléments⁶.
26. En application de l'article 121-4 du code pénal, l'auteur de l'infraction est la personne qui commet les faits incriminés. Ainsi, l'auteur de l'infraction de discrimination incriminée à l'article 225-2 du code pénal est la personne qui a subordonné l'embauche d'un candidat à des conditions discriminatoires.
27. L'article 225-4 du code pénal dispose que « les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à l'article 225-2 ».
28. En application de l'article 121-2 du code pénal, les personnes morales ne peuvent être déclarées pénalement responsables que s'il est établi que l'infraction a été commise pour leur compte par leurs organes ou représentants.
29. De ce fait, lorsque le représentant légal ou le représentant de la société commet un délit dans l'exercice de ses fonctions et pour le compte de la personne morale, il engage sa responsabilité pénale personnelle et celle de la personne morale qu'il représente.
30. Enfin, il convient de rappeler 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 victime⁷.

SUR L'ELEMENT MATERIEL : les différents refus exprimés par Monsieur Y

31. Monsieur Z a communiqué à Monsieur Y la candidature de Monsieur A pour le poste de Responsable Business Développement, en précisant qu'il n'avait pas mis de photo sur son curriculum vitae mais qu'elle était disponible sur sa page professionnelle LinkedIn.
32. Monsieur Y par courriel le 13 octobre 2016 a refusé la candidature de Monsieur A aux motifs que deux de ses compétences telles que « la mise en place de la stratégie commerciale » et

³ Cass, crim, 14 octobre 1986, bull.crim n°287.

⁴ Corr, Pau, 10 octobre 1991 ; Cass .crim. 20 janvier 2009 n°08-83710.

⁵ Corr, Paris, 21 janvier 1988 ; Cass, crim, 14 novembre 1989.

⁶ Cass. crim, 29 janvier 2008.

⁷ Cass, crim, 14 juin 2000 ; Cass, crim, 15 janvier 2008

le « déploiement de la stratégie commerciale » étaient « *inutiles* » pour le poste de Responsable Business Développement au sein de la Société W. Monsieur Y a ensuite justifié son refus de le recevoir en entretien par son « *look : voir sa photo / style : nous avons des DG / DAF en face : pas des responsables de formation* ». Monsieur Y, sans même avoir reçu en entretien physique Monsieur A et au simple visionnement de sa photo professionnelle sur son profil LinkedIn, a refusé sa candidature.

33. Monsieur Y n'a fourni aucune autre justification relative au profil de Monsieur A et n'a pas souhaité le rencontrer en entretien. En subordonnant le refus d'embauche de ce candidat notamment à son apparence physique, Monsieur Y a pris en compte un critère prohibé. Au regard de l'article 225-2-5°, précité, l'élément matériel de l'infraction est donc caractérisé.
34. Madame B, candidate présentée par Monsieur Z pour le poste de chargé de relations clients a été reçue en entretien par Monsieur Y. Cependant, il n'a pas souhaité poursuivre le processus de recrutement en raison de son âge en lien avec son projet immobilier: « *pas de commentaire à faire sur le profil de la candidate dans la cible [...] nous méritons mieux que de lui faire 3 bulletins de salaires pour son projet nous avons déjà eu une expérience comme cela par le passé avec un jeune qui du jour où il est propriétaire a changé d'attitude* ».
35. Ainsi, Monsieur Y évalue la situation de Madame B au regard d'un jugement sur sa jeunesse en comparant non pas son attitude mais sa situation à une situation vécue par plusieurs jeunes salariés, et ce en se référant à un ancien salarié décrit comme « un jeune », dans le but de l'exclure.
36. Le 9 décembre 2016, Monsieur Z a présenté la candidature de Madame C pour le poste de Responsable business développement. Monsieur Y a refusé la recevoir en entretien car elle « *a trop bougé et j'aime pas trop ses yeux* ».
37. Si au regard du curriculum vitae de Madame C, Monsieur Y dénonce une mobilité importante sur différents postes dans des différentes structures, cette appréciation est une fin de non-recevoir à un entretien où il aurait pu recevoir des explications parce qu'il n'apprécie pas une de ses caractéristiques physiques, à savoir ses yeux. En refusant de la rencontrer en entretien en raison d'une appréciation physique, Monsieur Y a refusé d'embaucher la candidate en raison de son apparence physique.
38. Aux termes de l'article 225-1 et 225-2 du code pénal, l'élément matériel de l'infraction est donc caractérisé et Monsieur Y a commis une discrimination en raison de l'apparence physique de la candidate.
39. Ensuite, la candidature de Monsieur D a été présentée par Monsieur Z à Monsieur Y en ces termes. Monsieur D « *réside actuellement à V avec le souhait de venir s'installer sur T où il peut être logé* ».
40. Le 12 décembre 2016, Monsieur Y, gérant de la Société W, a motivé, par mail, à Monsieur Z, son refus de recevoir en entretien Monsieur D en utilisant les termes suivants : « *doit être un bon gars mais nous avons déjà fait l'expérience avec des profils de jeunes venant de province : niet* ».
41. L'emploi du terme « niet » exprime explicitement le refus du gérant de recevoir le candidat Monsieur D en arguant son lieu de résidence comme critère de refus.

42. Or, les critères de l'origine et du lieu de résidence au sens de l'article 225-1 du code pénal sont des motifs discriminatoires engageant la responsabilité pénale des auteurs lorsque l'élément matériel du délit est constaté.
43. Au sens de l'article 225-2-3° le refus d'embauche explicitement prononcé constitue l'élément matériel de l'infraction pénale commise par Monsieur Y. En refusant de le rencontrer aux motifs que « *les jeunes venant de provinces : niet* », Monsieur Y a discriminé ce candidat en raison de son origine et de son lieu de résidence.
44. La Société W n'a justifié ce refus par aucun autre élément objectif étranger à toute discrimination.
45. Monsieur Y a refusé également de rencontrer en entretien Madame E. Cette candidate recommandée par Monsieur Z pour le poste de chargé de relation clients, n'ayant pas la nationalité française et « *titulaire d'un titre de séjour étudiant se transformant en VISA lors de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée en France* », a été reçue en entretien par la Société X.
46. Le cabinet de recrutement a pu constater qu'elle répondait au profil recherché et a, donc, envoyé sa candidature à Monsieur Y.
47. Toutefois, dans un courriel en date du 12 décembre 2016, Monsieur Y a refusé de la rencontrer en raison de sa nationalité : « *La Leila : cela paraît (les papiers) compliqué avant de commencer* ». Aucune autre justification étrangère à toute discrimination n'a été émise par Monsieur Y.
48. Refuser l'embauche d'une candidate en prétextant que la procédure de recrutement sera « *compliquée* » car celle-ci ne dispose pas de papiers apparaît être un prétexte fallacieux, au regard de la jurisprudence⁸. Le Collège de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a pu considérer dans une délibération n°2007-153 du 4 juin 2007 que l'utilisation d'un critère de recrutement tel que « l'autorisation permanente pour travailler en France » constitue une discrimination indirecte en raison de la nationalité du candidat. Le Défenseur des droits a maintenu cette analyse juridique et l'a rappelée aux termes de plusieurs décisions telles que MLD n°2012-69 et LCD n°2011-58. En effet, motiver le refus d'embauche d'un candidat étudiant étranger par l'obligation légale d'effectuer des démarches administratives prévues notamment à l'article L.5221-9 du code du travail doit être considéré comme une différence de traitement en raison de la nationalité du candidat. Ainsi, lorsque « seule la nationalité a présidé au rejet de la candidature, compte tenu des démarches administratives à accomplir »⁹ le Défenseur des droits a pu estimer qu'il s'agissait d'un refus d'embauche discriminatoire en raison de la nationalité au regard des articles 225-1 et 225-2-3° du code pénal.
49. De ce fait, ce refus implicite au seul motif que la candidate n'a pas la nationalité française mais dispose d'un visa étudiant est discriminatoire aux termes de l'article 225-2 du code pénal.
50. Monsieur Z a soumis la candidature de Monsieur F à Monsieur Y pour le poste de responsable business développement le 3 février 2017 par mail.

⁸ Corr, Pau, 10 octobre 1991

⁹ Décision LCD 2011-58 §16.

51. Par retour de courriel, Monsieur Y a refusé de rencontrer Monsieur F en indiquant avoir déjà embauché un profil senior : « *Nous venons de prendre un gars de 52 ans. Ça va pour l'instant mais pour le prochain nous ambitionnons de rajeunir les cadres...en plus il a travaillé dans un secteur de molaçons... »* ».
52. Bien qu'il s'avère que Monsieur Y a effectivement embauché une personne âgée d'une cinquantaine d'années au poste de Responsable business développement, cette argumentation ne constitue pas un motif légitime de refus d'embauche de Monsieur F.
53. En effet, la jurisprudence a estimé que les refus découlant d'un prétexte fallacieux ou d'une absence de motif légitime constituent implicitement un refus au titre de l'article 225-2-3° du code pénal.
54. Ainsi, lorsque Monsieur Y a refusé de rencontrer le candidat F sous prétexte qu'il souhaitait rajeunir les cadres, il a implicitement discriminé ce candidat en raison de son âge. Cette réponse envoyée par courriel par Monsieur Y constitue un refus d'embauche en raison d'un critère discriminatoire.
55. Le Défenseur des droits constate que la volonté de la Société W de « rajeunir les cadres » correspond à une politique délibérée prise en compte dans le cadre du refus de recrutement opposé à Monsieur F.
56. A cet égard, le Collège de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a pu considérer à de nombreuses reprises que l'exclusion de candidats, en raison de leur âge, des postes qui requièrent un candidat confirmé ou ayant une expérience professionnelle senior, est discriminatoire¹⁰. Le Défenseur des droits a également régulièrement rappelé cette analyse¹¹.

SUR L'ELEMENT INTENTIONNEL

57. Le Défenseur des droits constate que pour chacune des candidatures décrites dans cet avis, l'élément intentionnel du délit émane explicitement des commentaires écrits envoyés à la Société X par Monsieur Y.
58. Monsieur Y ne pouvait ignorer ou ne pas avoir eu conscience de la tenue et la portée de ses propos. Il y a lieu de caractériser l'élément intentionnel pour chacune des infractions commises à l'égard des cinq candidats dont les situations ont été relevées.
59. Monsieur Y, gérant de la Société X a intentionnellement subordonné les différents refus d'embauche à des critères discriminatoires prohibés par l'article 225-1 du code pénal. Conformément à la jurisprudence¹², le Défenseur des droits constate que la réunion de l'élément matériel et l'élément intentionnel est établie pour chaque refus d'embauche exprimé par Monsieur Y.
60. Le délit de discrimination est constitué et engage la responsabilité 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 victime¹³.

¹⁰ Délibération n°2007-306 du 26 novembre 2007

¹¹ Décision du défenseur des droits n°2017-186 du 1^{er} juin 2017

¹² Cass. crim, 29 janvier 2008.

¹³ Cass, crim, 14 juin 2000, n°99-81108, bull ; Cass, crim, 15 janvier 2008, n°07-82380.

SUR LA RESPONSABILITE PENALE

- ***Sur la responsabilité pénale personnelle de Monsieur Y***

61. Il convient de rappeler que l'auteur de l'infraction est la personne qui commet les faits incriminés.

62. Le Défenseur des droits considère qu'au regard des articles 225-1 et 2 du code pénal, Monsieur Y, qui disposait du pouvoir de recruter pour le compte de la société, est l'auteur des refus d'embauche et des courriels comportant les propos discriminatoires démontrant clairement qu'il s'agit là de sa décision et que de ce fait il a engagé sa responsabilité pénale personnelle.

- ***Sur la responsabilité pénale de la Société W***

63. La personne morale peut également engager sa responsabilité pénale lorsque les faits incriminés ont été réalisés pour son compte par ses organes représentants.

64. En l'espèce, ces actes de discrimination ont été commis par Monsieur Y dans le cadre de ses fonctions de gérant et représentant légal de la Société W qui souhaitait embaucher de nouveaux salariés.

65. Au vu du Kbis de la Société W, Monsieur Y, gérant, est le responsable légal de la Société et a le pouvoir d'engager la responsabilité pénale de la Société W. Il a ainsi signé au nom de la Société les deux conventions de recrutement avec la Société X le déléguant spécialement à l'effet du recrutement, ainsi que tous les écrits refusant les candidats en des termes qui montrent clairement qu'il s'agit là de sa décision.

66. Ainsi, la responsabilité pénale de la Société W pourrait être engagée conformément aux articles 225-4 et 121-2 du code pénal.

67. Au vu de ce qui précède, et après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, tel est l'avis que le Défenseur des droits souhaite porter à l'appréciation de Monsieur le procureur de la République près du Tribunal de grande Instance de T en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Jacques TOUBON