

Paris, le 9 juillet 2020

---

**Décision du Défenseur des droits n°2020-139**

---

**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 et notamment ses articles 225-1 et 225-2 ;

Saisi par Madame A d'une réclamation concernant un refus de formation et d'embauche fondé sur son projet de grossesse prenant la forme d'un parcours PMA.

Conclut, à l'issue de son enquête, que les éléments constitutifs du délit prévu et réprimé par les articles 225-1 et 225-2 du code pénal, sont réunis.

Les infractions commises sont imputables à Madame Y, gérante de la société Z, et consistent : à avoir refusé à Madame A une formation professionnelle en entreprise en raison de son sexe, de sa situation de famille et de sa grossesse, à avoir refusé son embauche en raison des mêmes critères discriminatoires et à avoir subordonné l'accès à une formation professionnelle en entreprise à des candidats en raison de leur âge.

Conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 28 II de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits propose à Madame Y d'une part, et à Madame A, d'autre part, une transaction pénale.

Jacques TOUBON

**Proposition de transaction pénale**  
**dans le cadre de l'article 28 II de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative**  
**au Défenseur des droits**

1. Le Défenseur des droits a été saisi, le 25 juillet 2018, d'une réclamation de Madame A concernant un refus de formation et d'embauche fondé sur son désir de maternité prenant la forme d'un parcours PMA.

## **LES FAITS**

2. En 2018, Madame A est demandeur d'emploi et inscrite auprès de POLE EMPLOI de la ville de T. A l'époque des faits, elle a 40 ans.
3. Elle présente sa candidature à une annonce déposée le 13 juin 2018 sur le site de POLE EMPLOI. Il s'agit d'une offre d'emploi pour un poste d'assistant(e) administratif/ve en CDD de 6 mois puis un CDI sur une période de 24h hebdomadaires, conditionnée à un stage préalable de deux semaines et une période de formation.
4. Elle est rapidement reçue à un entretien d'embauche par Madame Y, gérante de l'agence immobilière Z, située dans la ville de V.
5. Selon les dires de Madame A, Madame Y lui aurait alors demandé si elle avait des enfants ou si elle comptait en avoir. Elle dit avoir répondu que ce n'était pas le cas pour l'instant.
6. Sa candidature est retenue par la gérante et son dossier est suivi par Monsieur D, conseiller entreprise au sein de POLE EMPLOI à T.
7. Le 11 juillet 2018, Madame A commence son stage de deux semaines dans le cadre d'une convention relative à la mise en œuvre de mise en situation dans le milieu professionnel (PMSMP) dont l'objet est de « découvrir un métier ou un secteur d'activité ».
8. Selon Madame A, Madame Y aurait considéré le stage concluant dès le jeudi 19 juillet 2018 et en aurait informé son conseiller de POLE EMPLOI afin qu'à la fin de son stage, prévue le 24 juillet 2018, elle puisse commencer une action de formation préalable au recrutement (AFPR) dès le 25 juillet 2018.
9. Le lundi 23 juillet 2018 à 14h, au moment d'établir son rapport de stage, Madame A explique avoir voulu être honnête et transparente. Elle fait alors part à Madame Y du fait qu'elle suivait un parcours PMA avec don d'ovocytes.
10. Madame Y aurait changé de ton et lui aurait dit qu'elle ne peut pas prendre de risque, qu'elle ne veut pas d'une femme enceinte.
11. Elle aurait décidé d'arrêter sur le champ tant le stage d'immersion que la formation future débouchant sur un emploi.
12. Par courriel du 24 juillet 2018 à 16h29, sa conseillère de POLE EMPLOI, s'adresse à Madame A dans les termes suivants: « Je suis (...) en contact avec Monsieur D concernant votre immersion au sein de l'agence immobilière dans le cadre d'un recrutement avec AFPR. Il m'a également informée de l'issue malheureuse du fait que

vous n'avez été finalement pas retenue pour des raisons autres que professionnelles ».

13. A la suite de ces événements, Madame A a effectué, dès le 3 septembre 2018, une formation qualifiante avec l'aide financière de POLE EMPLOI de T. Elle a alors obtenu le titre professionnel de négociatrice technico-commerciale immobilier.
14. Elle est ensuite devenue agent commercial immobilier en qualité d'auto-entrepreneure avant d'accoucher le 25 octobre 2019.

## **L'ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS**

15. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, la direction de POLE EMPLOI de T confirme la version de Madame A, dans un courrier du 4 janvier 2019.
16. La directrice de POLE EMPLOI de T, explique que « lors des négociations avec l'employeur pour la réalisation de l'action de formation préalable au recrutement, Madame A a évoqué un projet de maternité. C'est cette raison non professionnelle qu'a avancée Madame Y pour justifier l'abandon de l'AFPR avec Madame A ». Elle indique que Monsieur D, conseiller entreprise, en charge du suivi de l'offre d'emploi de cette entreprise, a bien précisé à l'employeur que ce motif était discriminatoire. Malgré cela, l'employeur n'a pas souhaité poursuivre sa collaboration.
17. Monsieur D confirme cette information au Défenseur des droits par courriel du 4 novembre 2019 : « Madame Y n'a pas souhaité conclure d'AFPR avec Madame A à la suite de son immersion professionnelle car Madame A lui avait annoncé un projet de grossesse par PMA ».
18. Il précise également que « suite à l'immersion en entreprise, Madame Y a fait un retour positif sur la mise en situation en général de Madame A. Lors d'un point téléphonique dans la journée du 23 juillet 2018 durant l'immersion de Madame A, Madame Y a fait part de son intention d'initier le dispositif AFPR pour le lendemain de la fin de la PMSMP ».
19. Toutefois, le même jour, sa décision a changé brutalement. POLE EMPLOI communique au Défenseur des droits un courriel de Madame Y daté du 23 juillet 2018 à 15h43 adressé à Monsieur D où celle-ci écrit : « J'ai décidé de ne pas faire la formation AFPR pour Madame A car celle-ci m'a annoncé cet après-midi un avenir personnel. Je continue de chercher une personne pour une formation AFPR à partir de 45 ans. Merci de m'adresser des candidatures (...) ».
20. Ce courriel est accompagné du bilan de la période de mise en situation en milieu professionnel de Madame A daté du jour-même (23 juillet 2018) dont l'objectif consistait à évaluer ses compétences pour occuper le poste d'assistante administrative et que lui a transmis Madame Y.
21. Ce bilan décrit les activités et compétences associées, d'une part, et d'autre part, l'évaluation qui en est faite selon trois catégories, à savoir : « ne connaît pas », « sait faire », « maîtrise ».
22. En réponse à une note récapitulative du Défenseur des droits rappelant les éléments de fait et de droit qui laisseraient présumer l'existence d'une discrimination, Madame Y a formellement contesté l'analyse du Défenseur des droits par courrier du 23

décembre 2019. Elle considère que cette analyse est fondée sur « des suspicions, malentendus, mauvaises interprétations ».

## **CADRE JURIDIQUE**

### ***La période de mise en situation dans le milieu professionnel (PMSMP)***

23. La période de mise en situation en milieu professionnel, prévue par les articles L.5135-1 et suivants du Code du travail, a pour objet de permettre à un travailleur, privé ou non d'emploi, ou à un demandeur d'emploi de découvrir un métier ou un secteur d'activité, de confirmer un projet professionnel ou d'initier une démarche de recrutement.
24. Elle fait partie des mesures d'accompagnement au recrutement choisie par l'employeur. Elle permet à l'employeur et au salarié de sécuriser leur choix d'initier ou non une action de formation préalable au recrutement mais ne constitue pas un préalable obligatoire.

### ***L'Action de Formation Préable au Recrutement (AFPR)***

25. L'action de formation préalable au recrutement (AFPR), prévue par les articles L.6326-1 et suivants du Code du travail, a pour finalité de permettre au demandeur d'emploi d'acquérir les compétences professionnelles requises pour occuper l'emploi correspondant à l'offre déposée par une entreprise auprès de POLE EMPLOI.
26. Elle est prescrite par POLE EMPLOI à des demandeurs d'emploi qui deviennent alors des stagiaires de la formation professionnelle rémunérés<sup>1</sup> pendant la durée de la formation (fixée à un maximum de 400 heures).
27. Une aide au financement de la formation est versée à l'employeur après embauche effective du stagiaire en CDD pour une durée comprise entre 6 et 12 mois<sup>2</sup>.

### ***L'interdiction des discriminations en lien avec le sexe, la situation de famille, la grossesse et l'âge dans l'accès à une formation ou un emploi***

28. 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 sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, [...], de leur âge, [...] ».
29. L'article 225-2 du Code pénal incrimine la discrimination lorsqu'elle consiste notamment à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise (4°) à une condition fondée sur un des éléments visés à l'article 225-1 ou à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L.412-8 du code de la sécurité sociale (6°) sur les mêmes conditions.
30. La discrimination à l'égard d'une personne physique ou morale est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. L'alinéa 2 de cet article précise que les peines sont de cinq ans d'emprisonnement.

---

<sup>1</sup> Il perçoit l'allocation d'aide au retour à l'emploi formation (AREF) ou à défaut, la rémunération de formation Pôle emploi (RFPE). Cette rémunération peut être modulée pour répondre à des difficultés territoriales de recrutement ou de retour à l'emploi. Il peut percevoir, sous conditions, l'aide à la mobilité (déplacements, repas, hébergement) ou l'aide à la garde d'enfants pour parent isolé (AGEPI).

<sup>2</sup> Cela peut être également par le biais d'un contrat de professionnalisation de moins de 12 mois ou un contrat de travail temporaire d'au moins 6 mois au cours des 9 mois suivant la formation (si les missions prévues sont en lien étroit avec l'AFPR).

31. En application de l'article 121-4 du Code pénal, l'auteur de l'infraction est la personne qui commet les faits incriminés et qui, selon l'article 225-2 du Code pénal, a refusé une formation professionnelle ou une embauche pour des motifs discriminatoires ou a subordonné une formation ou une offre d'emploi à des conditions discriminatoires.
32. 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 ».
33. 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.
34. 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.
35. Les personnes morales déclarées pénalement responsables encourent une amende de 225 000 euros<sup>3</sup> ainsi que les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du Code pénal, dont une peine d'affichage.
36. 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 victime<sup>4</sup>.
37. La discrimination prohibée par les dispositions précitées du Code pénal est prouvée dès lors que les éléments constitutifs du délit sont caractérisés à savoir :
  - d'une part, l'élément matériel, c'est-à-dire la différence de traitement fondée sur un critère prohibé et
  - d'autre part, l'élément intentionnel, c'est-à-dire la conscience de l'auteur de se livrer à des agissements discriminatoires.

## **ANALYSE JURIDIQUE**

### ***Sur l'élément matériel du délit de discrimination***

38. En réponse aux éléments de l'enquête portés à sa connaissance et à leur qualification juridique, Madame Y se défend de toute discrimination dans ses courriers adressés au Défenseur des droits du 18 décembre 2018, puis du 5 juin et du 23 décembre 2019.
39. Elle explique qu'elle a refusé l'entrée en formation débouchant sur une embauche non pas en raison du « besoin naturel de Madame A de fonder une famille » mais en raison de facteurs objectifs, tenant à sa perte de motivation et à l'absence des compétences « intellectuelles et commerciales » requises.
40. Selon Madame Y, Madame A « paraissait de moins en moins sûre d'elle et perdait tous ses moyens » au cours de son stage.

---

<sup>3</sup> Article 131-38 code pénal.

<sup>4</sup> Cass, crim, 14 juin 2000 n° 99-81.108 ; Cass, crim, 15 janvier 2008 n°07-82.380

41. Madame Y apporte le témoignage des deux salariées présentes au moment des faits qui confirment respectivement d'une part, que Madame A aurait indiqué avoir eu rendez-vous médical début septembre 2018 et qu'elle « ne semblait plus être sûre de pouvoir honorer sa formation »<sup>5</sup> et d'autre part, que Madame A apparaissait « de moins en moins motivée avec une impression de non-dit »<sup>6</sup>.
42. Madame Y transmet également au Défenseur des droits un bilan de la période de mise en situation en milieu professionnel de Madame A daté du 24 juillet 2018 où sur l'ensemble des compétences du métier, elle a coché la case « ne connaît pas » en ajoutant « toutes les tâches [sont] non acquises » et ajoute en commentaires : « pas de confiance en elle, difficulté d'assimilation, manque de concentration, perd ses moyens, n'arrive pas à communiquer par téléphone, n'arrive pas à dire 'bonjour La société Z', manque de confiance en elle, pas de connaissance suffisante en informatique, excell, word, et surtout pas de sens commercial, manque de réactivité (n'est pas crédible pour ce poste) ». Ce bilan se conclut par la mention selon laquelle la stagiaire ne peut pas se présenter à un poste d'assistante commerciale.
43. Madame Y soutient que Madame A a signé ce document, qui comporte la mention « Madame A me confirme ne pas pouvoir honorer cette formation ».
44. Par ailleurs, Madame Y fait valoir qu'elle a embauché trois salariées, Madame F, aujourd'hui âgée de 37 ans et mère d'un enfant, Madame G, âgée de 23 ans en union libre et plus récemment Madame H, âgée de 40 ans qui a également deux enfants<sup>7</sup>. Elle relève qu'elles peuvent à tout moment lui annoncer une grossesse.
45. Les trois salariées en poste attestent que Madame Y est « compréhensive par rapport à des imprévus familiaux »<sup>8</sup> ainsi qu'à « des impératifs et des problèmes personnels »<sup>9</sup>. Madame H explique qu'« étant maman de 2 enfants de 15 ans et 11 ans, (...) cela n'a jamais posé aucun souci à Madame Y de changer un jour de repos ou de partir plus tôt »<sup>10</sup>. Madame G affirme que son employeur « n'a jamais évoqué de problème avec une future grossesse. Au contraire, nous pouvons en parler ouvertement ».
46. A titre préliminaire, il convient de relever que si les salariées actuelles de Madame Y sont toutes des femmes et que rien n'exclut, en théorie, qu'elles puissent elles aussi avoir un désir de grossesse et être enceintes<sup>11</sup>, cette éventualité ne permet pas non plus d'exclure que Madame A ait été traitée de manière discriminatoire pour avoir annoncé son parcours PMA juste avant d'entrer en formation.
47. A cet égard, Madame Y reconnaît expressément que Madame A lui a fait part d'un parcours PMA le dernier jour de son stage. Elle ne conteste pas, à ce sujet, avoir écrit au conseiller de POLE EMPLOI un courriel le 23 juillet 2018 par lequel elle lui fait part de son souhait de rompre la formation de Madame A qu'elle attribue à la seule et unique évocation par celle-ci d'un « avenir personnel », qui en l'espèce ne peut être que son parcours de PMA.

---

<sup>5</sup> Attestation de Madame F précitée

<sup>6</sup> Attestation de Madame G précitée

<sup>7</sup> Madame H a été embauchée au cours de l'enquête du Défenseur des droits du 13 mars au 11 juin 2019 en CDD. Son contrat aurait été renouvelé pour une nouvelle période de trois mois avant d'être embauchée en CDI le 1er janvier 2020.

<sup>8</sup> Attestation de Madame F du 13 décembre 2019

<sup>9</sup> Attestation de Madame G du 14 décembre 2019

<sup>10</sup> Attestation de Madame H du 14 décembre 2019

<sup>11</sup> Les deux autres salariées embauchées avaient déjà une charge de famille au moment de leur embauche. Quant à Madame G, elle dit avoir effectué de nombreux stages avec Madame Y lors de sa scolarité. A la suite de [son] dernier stage à l'été 2015, elle a commencé un BTS négociation relation client en alternance auprès d'elle à l'âge de 19 ans et ce, pendant deux ans, avant d'être finalement embauchée.

48. Or, dans ce message, Madame Y ne fait aucune mention d'une éventuelle démotivation ou de l'absence de compétences de Madame A.
49. Madame Y ne conteste pas non plus avoir demandé, dans ce même courriel, au conseiller de POLE EMPLOI de lui présenter de nouveaux candidats « âgés de plus de 45 ans ».
50. Bien que le Défenseur des droits lui ait expressément indiqué que cette consigne d'âge, au-delà duquel justement il paraît difficile voire impossible de procréer, pouvait avoir un caractère discriminatoire, Madame Y ne lui a apporté aucun élément d'explication ou de justification.
51. Madame A conteste formellement avoir signé le bilan de stage décrédibilisant ses compétences qui a été transmis au Défenseur des droits. Le Défenseur des droits constate que la signature qui figure sur ce document ne correspond pas à celle qui figure sur sa convention de stage. Madame A affirme qu'elle a vu Madame Y pour la dernière fois le 23 juillet 2018, jour où elle a annoncé son désir de grossesse et où son stage a été interrompu. Elle n'a donc pas pu signer ce nouveau bilan daté du lendemain.
52. A l'appui de sa version et de celle de POLE EMPLOI, le Défenseur des droits constate que Madame Y avait, en effet, fourni à POLE EMPLOI un autre bilan du stage de Madame A mais daté du 23 juillet 2018, ce que Madame Y ne conteste pas.
53. Là où le 24 juillet 2018, elle jugeait que Madame A n'était pas crédible, Madame Y avait pourtant, la veille, coché la case « sait faire » sur l'ensemble des compétences concernées (accueillir la clientèle, planifier les rendez-vous, orienter les personnes selon leur demande, classement du courrier, apprentissage de diagnostics, mandat de location, gestion du temps, organisation et efficacité etc). Madame A a été informée sur diverses compétences liés à l'emploi d'assistante, telles que réceptionner des appels téléphoniques, prendre des rendez-vous, créer des fiches acquéreurs et vendeurs etc. Enfin et surtout, Madame Y avait coché la case selon laquelle Madame A pouvait se présenter à un poste d'assistante et s'orienter vers ce métier. Ce document se conclut par : « prévoir une formation AFPR ».
54. POLE EMPLOI a informé le Défenseur des droits qu'après la rupture de stage de Madame A, une autre personne a été recrutée par Madame Y en AFPR, en l'occurrence Madame B. Cette dernière se serait plainte de mauvaises conditions de travail et d'une absence d'accompagnement dans l'entreprise. Madame Y aurait, quant à elle, souhaité mettre fin à l'action de formation en raison des compétences insuffisantes de sa stagiaire.
55. Madame B a été contactée par téléphone, le 4 septembre 2019, par les services du Défenseur des droits sur les difficultés rencontrées lors de sa formation AFPR auprès de Madame Y. Elle a signalé à cette occasion des faits qui paraissent utiles à l'enquête du Défenseur des droits.
56. Selon son attestation en justice datée du 15 septembre 2019, Madame B affirme que durant son entretien d'embauche début septembre 2018, Madame Y l'a peu questionnée sur ses compétences professionnelles dans le métier de l'immobilier. En revanche, elle affirme avoir été longuement interrogée sur sa situation familiale et sur un éventuel souhait d'avoir un deuxième enfant. Elle précise: « car si tel était le cas, elle m'a clairement dit qu'elle ne me prendrait pas, car elle ne voulait pas former

quelqu'un si c'était pour que cette personne soit en arrêt dans 6 mois ou 1 an, et pour étayer ses propos, elle m'a relaté sa précédente embauche avortée, pour la raison que cette personne essayait d'avoir un enfant par le biais de FIV. Ne voulant pas avoir d'autre enfant, elle a été rassurée à ce sujet ».

57. Madame Y affirme que l'arrêt de la formation a été décidée d'un commun accord avec Madame B. Elle dément les dires de Madame B qui « souhaiterait nuire » à son établissement et « a détourné [s]es propos ». Elle affirme lui avoir seulement exprimé sa déception découlant de ce que Madame A ne souhaitait plus faire la formation compte tenu de son projet de PMA et qu'elle n'avait pas compris pour quelles raisons elle avait fait ce stage de découverte. Sa salariée, Madame G atteste qu'elle n'aurait « jamais dit que si Madame B avait un projet de grossesse, celle-ci ne serait pas embauchée »<sup>12</sup>.
58. Le Défenseur des droits relève que contrairement aux salariées en poste et qui sont soumises à un lien de subordination, ni POLE EMPLOI, ni Madame B n'ont de tel lien. En l'occurrence, il rappelle que Mesdames A et B ne se connaissent pas. Madame A dit d'ailleurs qu'elle ignorait qu'une nouvelle AFPR avait été conclue avec une autre personne après elle.
59. Lorsque les services du Défenseur des droits ont contacté Madame B dont les coordonnées lui ont été communiquées dans le cadre de son enquête, ils l'ont informée de l'existence d'une réclamation pour des faits de discrimination et lui ont demandé si elle avait quelque chose à déclarer au sujet du déroulement de sa formation. Sans connaître les détails de la saisine de Madame A et des critères de discrimination en cause, Madame B a spontanément évoqué les questions et commentaires de Madame Y lors de son entretien d'embauche. Ces questions portaient sur sa situation personnelle et familiale, son éventuel souhait de grossesse et l'expérience vécue avec la personne qui l'avait précédée, soit Madame A. Elle a accepté de rédiger une attestation en justice qu'elle a transmise à de l'agente assermentée du Défenseur des droits à qui elle a révélé les faits litigieux.
60. Monsieur D, conseiller de POLE EMPLOI, affirme dans un courriel du 14 novembre 2019 que désormais, « il a été décidé de restreindre l'offre de service proposé à Madame Y à la seule diffusion des offres d'emploi (...). Madame Y n'a plus accès aux dispositifs complémentaires mobilisables afin de former le demandeur d'emploi en amont de son embauche et d'adapter son profil aux compétences requises pour le poste proposé par l'entreprise ».
61. Madame Y conteste formellement les dires de POLE EMPLOI. Monsieur D ne l'aurait jamais prévenue du caractère discriminatoire de son comportement vis-à-vis de Madame A et elle dit avoir été accompagnée pour la mise en place de deux autres stages PMSMP.
62. Elle explique ne pas avoir renouvelé la formule de l'AFPR car former lui « demande beaucoup de temps, d'énergie et de sacrifices ». Cela serait « trop long et trop contraignant ». Elle en veut pour preuve qu'elle n'a pas souhaité percevoir un montant de 1850 euros de la part de POLE EMPLOI pour avoir formé Madame B car elle ne fait pas « cette formation pour être rémunérée mais pour trouver un ou une collaboratrice motivé(e) et de confiance ».
63. Le Défenseur des droits relève qu'en tout état de cause, POLE EMPLOI n'a pas suivi la consigne discriminatoire de Madame Y, consistant à ne lui proposer que des

---

<sup>12</sup> Attestation précitée

candidats de plus de 45 ans. Madame B est née en 1981. Un autre candidat en stage d'immersion pendant deux semaines est né en 1985 et Madame H, finalement embauchée, est née en 1980.

64. Si Madame Y a établi, le 5 avril 2019, une facture de 1850 euros à l'attention de POLE EMPLOI pour la formation (inachevée) de Madame B qu'elle aurait ensuite annulée, le Défenseur des droits relève qu'elle n'a pas pu renoncer à être financée. En réalité, elle n'aurait pas eu droit à une telle aide financière.
65. Le document émanant de POLE EMPLOI et daté du 1<sup>er</sup> avril 2019 qu'elle produit au sujet de ce financement indique bien que cette prise en charge financière ne concerne qu'une formation complète et sous réserve de transmettre la copie du contrat de travail de Madame B, ce qu'elle ne pouvait matériellement pas faire faute de l'avoir embauchée.
66. Après le refus de formation opposée à Madame A et la rupture de celle de Madame B, le Défenseur des droits note que Madame Y n'a plus bénéficié d'aucune AFPR, ce qui accrédite la version de POLE EMPLOI affirmant ne plus lui avoir donné accès à ce dispositif.
67. Madame Y n'apporte aucun élément probant permettant de réfuter la version de Madame A et celle de POLE EMPLOI dont les dires sont, au contraire, étayés par les pièces matérielles du dossier. Le bilan de stage post-daté et qui n'a manifestement pas été contresigné par Madame A qui ne correspond pas à celui transmis à POLE EMPLOI n'a aucune valeur juridique et doit ainsi être écarté.
68. Il ressort de l'enquête menée par le Défenseur des droits que :

-Premièrement, Madame Y a rompu le stage de Madame A avant son terme et lui a refusé une formation devant déboucher sur son embauche en CDD puis CDI en raison de sa grossesse supposée, son sexe et/ou sa situation de famille. Au regard de l'article 225-2-3° et 6° du Code pénal, l'élément matériel de l'infraction est donc caractérisé.

-Deuxièmement, elle a conditionné l'entrée en formation préalable au recrutement à l'absence de toute grossesse qui lui paraissait probable et/ou imminente et en quelque sorte supposée. Elle a, en effet, donné pour consigne à POLE EMPLOI de lui adresser de nouveaux candidats dont elle pouvait penser qu'ils n'auraient pas de projet de maternité du fait de leur âge. Ce faisant, elle a tenté de subordonner toute formation devant donner sur une embauche à une condition fondée sur l'âge qui lui aurait permis d'évincer les candidatures de femmes en âge de procréer. Au regard de l'article 225-2-4° du Code pénal, l'élément matériel de l'infraction est donc caractérisé.

### ***Sur l'élément intentionnel du délit de discrimination***

69. Concernant l'élément moral ou intentionnel du délit de discrimination, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que « sans renverser la charge de la preuve » applicable en matière pénale, en fonction de la chronologie des faits, il appartient à la partie mise en cause d'établir la pleine justification de sa décision et l'absence de tout lien avec le critère de discrimination prohibé<sup>13</sup>.
70. Bien que Madame Y s'en défende, le témoignage des agents de POLE EMPLOI indique que le parcours de formation et d'embauche de la Madame A a été rompu en raison de son projet de grossesse par PMA, et Monsieur D affirme lui avoir rappelé que son comportement était discriminatoire, ce qui est conforme aux dispositions de

---

<sup>13</sup> Cass. crim., 23 novembre 2004, n°03-84.389 et Cass. crim., 15 janvier 2008, n°07-82.380

la Charte des intermédiaires de l'emploi que POLE EMPLOI a conclue le 7 octobre 2013.

71. En réponse au Défenseur des droits constatant l'existence de ces deux bilans, Madame Y explique qu'elle a été « très déçue » du fait que Madame A l'aurait informée d'un rendez-vous médical [en vue d'une PMA] début septembre 2018, qu'elle serait régulièrement absente et qu'elle n'était plus sûre de pouvoir honorer la formation. Il lui a semblé qu'elle n'était plus être motivée. Madame Y reconnaît avoir, de ce fait, « changé son rapport de stage » le 24 juillet 2018.
72. Or, le parcours de Madame A, à savoir la poursuite de sa formation, contredit le témoignage d'une démotivation en lien avec le projet de grossesse.
73. Le Défenseur des droits ne peut que constater que l'évaluation des compétences de Madame A, qui n'ont matériellement pas pu changer du jour au lendemain, ne correspond pas au document transmis à POLE EMPLOI le 23 juillet 2018. Cette nouvelle évaluation dont Madame Y reconnaît elle-même qu'elle est directement en lien avec la révélation du parcours PMA de Madame A, semble avoir été élaborée a posteriori pour justifier la prétendue démotivation de Madame A et la décrédibiliser sur le plan professionnel.
74. Ces éléments démontrent que les éléments apportés par Madame Y ont été construits a posteriori pour justifier la rupture du processus de formation et d'embauche et ne remettent aucunement en question l'élément intentionnel d'une décision prise en raison de l'annonce du projet de grossesse par PMA.
75. En outre, elle a également donné la consigne à POLE EMPLOI de lui présenter des candidats de plus de 45 ans afin d'éviter d'avoir à former et à embaucher une personne en âge de procréer. Si elle a accepté la candidature de Madame B âgée de moins de 40 ans, c'est après avoir pris la précaution de l'interroger sur sa vie privée et sa situation de famille et en lui signifiant qu'une entrée en formation serait incompatible avec une grossesse.
76. Elle a ultérieurement accepté de prendre en stage un homme de moins de 40 ans avant d'embaucher en CDI, au courant de l'enquête menée par le Défenseur des droits, une femme de 40 ans qui est, par ailleurs, déjà la mère de deux adolescents.
77. Cette situation vient confirmer les dires de Madame B selon lesquels Madame Y ne souhaiterait pas former et embaucher une femme qui, dans les mois suivants, devrait s'arrêter en raison d'une grossesse, impliquant un congé maternité voire un congé parental.
78. Ces éléments confirment que Madame Y a eu l'intention également de subordonner l'accès à une formation donnant lieu à une embauche à une condition d'âge. L'élément intentionnel est également caractérisé.
79. Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que :
  - Le refus opposé par Madame Y à Madame A de pouvoir accéder à un dispositif d'action de formation préalable au recrutement caractérise le délit de discrimination fondé sur son sexe, sa situation de famille et sa grossesse, délit prohibé par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. Ce faisant, Madame Y a également refusé son embauche sur les mêmes critères discriminatoires.

- Madame Y a également subordonné l'accès à une formation professionnelle en entreprise à des candidats en raison de leur âge, ce qui caractérise le délit de discrimination directement fondé sur l'âge au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal.
- Ces actes de discrimination ont été commis par Madame Y et engage donc sa responsabilité pénale personnelle.
- La responsabilité pénale de la société Z est également engagée conformément aux dispositions des articles 225-4 et 121-2 du code pénal, Madame A ayant commis ces actes de discrimination dans le cadre de ses fonctions de gérante et de représentante légale de la société Z.

80. Conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 28 II de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits propose à Madame Y d'une part, et à Madame A, d'autre part, une transaction pénale.

Jacques TOUBON