

Paris, le 1^{er} décembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-164

La Défenseure 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;

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

Saisie par Monsieur X d'une réclamation au sujet d'un refus d'embauche à un poste d'assistant(e) médical(e) au sein du cabinet dentaire de Monsieur Y qu'il estime fondé sur son sexe.

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 Monsieur Y, et consistent : à avoir subordonné une offre d'emploi à une condition fondée sur le sexe et à avoir refusé d'embaucher Monsieur X en raison de ce même critère.

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

Claire HÉDON

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 d'une réclamation de Monsieur X au sujet du refus d'embauche à un poste d'assistant(e) médical(e) au sein du cabinet dentaire de Monsieur Y qu'il estime fondé sur son sexe.

FAITS :

2. En décembre 2018, Monsieur X est à la recherche d'un emploi en tant qu'assistant dentaire.
3. Monsieur Y, chirurgien-dentiste à Z, publie une offre d'emploi sur le site internet XY. Il s'agit d'un site de petites annonces s'adressant aux professionnels du monde de la santé dentaire : praticien(e)s, équipes de soins, laboratoires de prothèse, établissements de santé et entreprises mettant en relation des internautes dans le domaine de l'emploi, de l'immobilier, des matériels et autres catégories.
4. Cette offre d'emploi est intitulée : « Recherche assistante dentaire urgent ».
5. Compte tenu des termes de l'annonce semblant confirmer l'existence marquée de stéréotypes de genre et de pratiques discriminatoires à l'encontre des hommes dans cette profession, Monsieur X décide donc, avant même d'adresser sa candidature, d'interroger le recruteur pour savoir s'il accepte le principe d'une candidature masculine.
6. Le 20 décembre 2018, Monsieur X s'adresse ainsi à Monsieur Y : « Acceptez-vous les candidatures masculines ? J'attends votre retour pour vous faire parvenir mon CV ».
7. Monsieur Y lui répond par courriel du même jour : « Bonsoir, je (ne) prends que des assistantes. Bien cordialement ».
8. Monsieur X interroge alors Monsieur Y en ces termes : « Y a-t-il une raison particulière pour laquelle une candidature masculine n'est pas en adéquation avec le poste que vous offrez ? ».
9. Faute de réponse à ce message, Monsieur X a été dissuadé d'envoyer sa candidature. Il dit de ne pas avoir été recontacté par Monsieur Y.
10. En réponse à une note récapitulative du Défenseur des droits exposant les éléments de fait et de droit qui laisseraient supposer l'existence d'une discrimination, Monsieur Y reconnaît avoir « commis l'erreur de [sa] franchise dans l'intitulé de l'annonce et dans [sa] réponse ». Il justifie son choix d'une assistante plutôt que d'un assistant par les exigences de sa clientèle et estime qu'en procédant de la sorte, il respecte le principe de parité dans son cabinet.

CADRE JURIDIQUE

11. Les discriminations fondées sur le sexe trouvent souvent leur source dans des visions schématiques et globalisantes qui attribuent et assignent des caractéristiques présentées comme biologiques et « naturelles » aux hommes et aux femmes, le cas échéant en les hiérarchisant¹.
12. De nombreux instruments internationaux, tels que la Convention n°111 de l'OIT ou la CEDH², le droit de l'Union³ ainsi que le droit français interdisent les discriminations fondées sur le sexe, notamment dans l'accès à l'emploi.
13. En droit interne, l'article 1^{er} de la Constitution française dispose que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes (...) aux responsabilités professionnelles et sociales».
14. Le droit français interdit les offres d'emploi discriminatoires en raison du sexe⁴.
15. En particulier, les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal interdisent toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur sexe en matière d'embauche et de subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'appartenance à un sexe donné.
16. La discrimination à l'embauche fondée sur le sexe constitue un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende en vertu des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. En application de l'article 225-4 du même Code, les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables de ce délit. Dans ce cas, elles encourent une amende de 225.000 euros et les peines complémentaires prévues par l'article 131-39 du Code pénal, dont une peine d'affichage.
17. La preuve de la discrimination sur le plan pénal est établie 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 une distinction fondée sur le sexe, soit des agissements discriminatoires.
18. L'article 225-3 3° du Code pénal prévoit expressément que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière d'embauche n'est pas applicable « lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
19. Conformément au droit de l'Union et au droit européen, cette exception au principe de non-discrimination doit être interprétée strictement.
20. Le Défenseur des droits a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur l'interdiction des discriminations à l'embauche en raison du sexe.

¹ Haut Conseil à l'égalité entre femmes et hommes, Rapport relatif à la lutte contre les stéréotypes, 2014, http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_hce-2014-1020-ster-013-3.pdf ; « Pour une communication publique sans stéréotype de sexe », 2016 http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/guide_pour_une_communication_publicque_sans_stereotype_de_sexe_vf_2016_11_02.compressed.pdf; Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, Le sexisme dans le monde du travail, entre déni et réalité, 2015, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000174.pdf>

² V. également la CEDH, CEDH 2 décembre 2014 *Emel BOYRAZ c. Turquie*, n°61960/08 au sujet du licenciement d'une agente de sécurité discriminatoire

³ L'article 14-1 a) de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (directive refonte) prohibe toute discrimination fondée sur le sexe « dans les secteurs public ou privé, (...), en ce qui concerne (...) les conditions d'accès à l'emploi (...), y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ».

⁴ V. notamment en ce sens l'article L. 1142-1 du Code du travail et loi 2008-496 du 27 mai 2008.

21. Par exemple, il a considéré comme discriminatoire le refus d'embauche à un poste de conducteur de travaux/chargé d'études opposé à une femme au motif qu'il s'agissait d'un métier d'hommes sans autre élément d'explication ou de justification (décision n°2018-194 du 2 octobre 2018).
22. Le Défenseur des droits a également qualifié de discriminatoire la pratique d'une société d'intérimaire visant à diffuser des offres d'emploi féminisées concernant la recherche d'hôtes/hôtesse dans sa décision n°2016-178 du 13 septembre 2016.
23. La féminisation d'une offre d'emploi caractérise le délit de subordination d'une offre d'emploi à un critère tenant au sexe du candidat dès lors que sa rédaction exclusivement au féminin, confirme l'existence matérielle d'une telle subordination et son intentionnalité (HALDE, délibération n° 2010-197 du 13 décembre 2010).

APPRECIATION DES FAITS

Sur l'élément matériel et intentionnel des infractions consistant à subordonner une offre d'emploi en raison du sexe et à refuser l'embauche de Monsieur X en raison de son appartenance au sexe masculin

24. En l'espèce, l'intitulé de l'offre d'emploi « recherche assistantee dentaire » déposé par Monsieur Y est univoque. L'offre indique expressément que seule la candidature d'une personne de sexe féminin ne sera retenue.
25. Interpelé à ce sujet, Monsieur Y dit expressément : « Je (ne) prends que des assistantes » et manifeste donc son refus de prendre en compte la candidature de Monsieur X du fait qu'il est un homme, malgré l'intérêt exprimé pour le poste proposé.
26. Les propos sans équivoque de Monsieur Y démontrent qu'il entendait ne recruter qu'une personne de sexe féminin.
27. D'ailleurs, en réponse à l'enquête du Défenseur des droits, Monsieur Y ne nie pas les faits et explique : « Depuis toujours, j'ai eu pour assistant des assistantes dentaires comme il est habituel dans cette profession exercée en très grande majorité par des femmes ». « En embauchant une personne de sexe féminin, il m'est apparu qu'au sein de ma structure professionnelle, je respectais au surplus le principe de parité homme/femme ».
28. Monsieur Y reconnaît ainsi expressément qu'il recherchait une assistante et non un assistant.
29. En l'espèce et de manière cohérente avec la rédaction de son offre d'emploi, Monsieur Y n'a pas souhaité étudier la candidature de Monsieur X du seul fait qu'il était un homme.
30. Or, 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'exclusion⁵.
31. L'intention d'exclure de l'emploi les candidats de sexe masculin apparaît caractérisée par les termes mêmes de l'offre d'emploi qui sont confortés par les propos de Monsieur Y dans son courriel du 20 décembre 2018 mais également dans sa réponse à l'enquête du Défenseur des droits.

⁵ Cass. Crim. 15 janvier 2008 n° 07-82.380 ; Cass. Crim. 14 juin 2000 n°99-81.108

32. En outre, le délit de discrimination prévu à l'article 225-2 5° du Code pénal est consommé par la seule offre d'emploi discriminatoire quels qu'en soient les effets⁶.

Sur l'inapplicabilité de l'exception prévue par les articles 225- 3 3° du Code pénal

33. Monsieur Y assume qu'il procède à une sélection à l'embauche basée sur l'appartenance au sexe féminin. Il estime toutefois que cette approche se justifie par les attentes de sa patientèle et qu'elle n'est donc pas discriminatoire. En outre, il estime que son approche est conforme à un principe de parité des sexes.

34. Le législateur a prévu une exception identique au droit de la non-discrimination en matière pénale et civile.

35. Ainsi, tant l'article 225-3 3° du Code pénal que l'article 2-2 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 ou encore l'article L. 1133-1 du Code du travail prévoient que l'interdiction des discriminations ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur le sexe « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

36. Au plan du droit civil, le législateur a décidé d'encadrer strictement⁷ la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante, cette liste devant être révisée périodiquement. Le métier d'assistant(e) dentaire ne figure pas parmi la liste limitative de professions et activités professionnelles prévue à l'article R. 1142-1 du Code du travail⁸.

37. Si le cadre pénal ne prévoit pas une liste équivalente de professions qui pourraient bénéficier d'une telle exception, il appartient au mis en cause de justifier que l'appartenance au sexe féminin apparaît comme une condition essentielle et déterminante pour exercer les fonctions d'assistant(e) dentaire.

38. En l'espèce, Monsieur Y explique que tous ses confrères masculins ont des assistantes et rares sont ceux qui ont des assistants. Selon lui, « le motif principal de cette situation » est que les patients, homme, femme ou enfant (...) préfèrent une présence féminine plutôt que masculine, plus rassurante, moins stressante, que celle de deux hommes penchés sur eux. (...) une présence féminine rassure, apaise et atténue le climat anxigène qui y règne ». « Nous devons tenir compte des desideratas, pour ne pas dire des exigences de nos patients qui sont très attachés à cette présence féminine, pour ne pas prendre le risque de les perdre ». Compte tenu du fait que les femmes et les enfants représentent 70% de sa patientèle, il estime qu'« il ne peut être nié qu'un sentiment de fragilité, de vulnérabilité existe (...) et qu'une présence féminine sera une aide essentielle ».

39. Il convient de relever que si la profession de chirurgien-dentiste figure parmi les branches médicales qui a le plus de difficultés à se féminiser⁹, la profession d'assistant dentaire est effectivement presque exclusivement composée de femmes¹⁰.

⁶ Cass. Crim., 30 janvier 1990, n°86-92.690

⁷ « En l'état actuel du droit, la dérogation n'est applicable que dans ce cadre » ; MINE (M.), Le grand livre du droit du travail en pratique, Eyrolles, Paris, 2020, 822 p. p. 92 ; voir également en ce sens, la délibération de la HALDE du 26 janvier 2009

⁸ Il s'agit des emplois d'artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin, de mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires et de modèles masculins et féminins.

⁹ Il s'agit d'une profession « plutôt âgée, avec un âge moyen de 48 ans en 2015, soit trois ans de plus qu'en 2001, et majoritairement masculine avec 58 % d'hommes (...). Les femmes représentent (...) 54 % des chirurgiens-dentistes de moins de 45 ans » ; Panorama de DRESS, Portrait des professionnels de santé http://www.ordre-chirurgiens-dentistes.fr/fileadmin/user_upload/pdf/news/DOC_2.pdf ; V. également Observatoire National de la Démographie des Professions de Santé, Analyse des professions Chirurgien-dentiste, les métiers de la périnatalité, Rapport 2006-2007, https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_ONDPS_-_2006_2007_-_tome3.pdf

¹⁰ Selon un rapport de l'IGAS, 97% des assistants dentaires sont des femmes ; IGAS, G. DUHAMEL, Rapport sur l'opportunité et les modalités d'inscription des assistantes dentaires dans le Code de la santé publique, 2010 ; Selon les chiffres de l'Observatoire des métiers dans les professions libérales sur les cabinets dentaires en 2018, les emplois salariés de la branche

40. Selon un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) de 2010, 97% des assistants dentaires sont des femmes¹¹. Selon des chiffres plus récents de l'Observatoire des métiers dans les professions libérales sur les cabinets dentaires en 2017/2018, les emplois salariés de la branche – à savoir les assistants dentaires - sont très majoritairement des emplois féminins (96%)¹².
41. Cette profession et la formation qui y conduit font manifestement l'objet de fortes représentations stéréotypées et sexistes. Ainsi, peut-on lire sur le site internet d'une association agréée pour la formation du corps médical de France que si les hommes peuvent devenir de bons assistants dentaires, « les femmes sont plus réputées pour accomplir des tâches qui demandent beaucoup de minutie comme la stérilisation des instruments » ou encore qu'elles « ont plus d'aisance dans les relations humaines que les hommes »¹³.
42. Monsieur Y nie le fait qu'il essentialiserait la qualité d'homme ou de femme en mettant en avant des compétences ou des aptitudes en fonction du sexe ou encore de se conformer à une habitude arbitraire. Il affirme : « mon seul point de vue et le seul qui me détermine est celui de mes patients (ainsi que le font tous mes confrères) ».
43. Monsieur Y reconnaît que sa politique d'embauche est commandée par de présumées attentes de sa clientèle, à savoir un binôme « rassurant » et paritaire de professionnels, composé d'un dentiste de sexe masculin et d'une assistante de sexe féminin.
44. Or, « des références aux traditions, présumées d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné » ne devraient pas permettre de justifier une différence de traitement fondée sur le sexe »¹⁴. La répartition traditionnelle des rôles entre les sexes dans la société ne pourrait pas davantage servir à justifier l'exclusion des hommes ou des femmes à occuper certains postes¹⁵. Cette approche purement stéréotypée empêche d'évaluer les capacités de chacun de manière individualisée¹⁶.
45. Statuant sur l'application des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, les juridictions écartent l'argument tiré des attentes discriminatoires de l'environnement de travail ou des clients. Ainsi, dans un autre domaine d'activité et au sujet du critère de l'origine, un entrepreneur avait tenté de justifier le refus d'embauche opposé à un conducteur de travaux africain, en s'appuyant sur le fait que « ses salariés d'origine portugaise ne souhaitaient pas être dirigés par un noir ou un arabe ». La juridiction pénale saisie a écarté cet argument en jugeant qu'il n'y avait « même pas lieu d'évaluer la pertinence du postulat selon lequel les Portugais d'une façon générale et en particulier dans l'entreprise [concernée] n'aimeraient pas les noirs »¹⁷.

sont très majoritairement féminins (96%). Cette proportion est supérieure à la moyenne du secteur (89,8 %). V. <https://www.ompl.fr/secteurs/sante> et <https://www.ompl.fr/branches/san/cabinets-dentaires>

¹¹ IGAS, G. DUHAMEL, Rapport sur l'opportunité et les modalités d'inscription des assistantes dentaires dans le Code de la santé publique, 2010 ;

¹² Cette proportion est supérieure à la moyenne du secteur médical (89,8 %) ; V. <https://www.ompl.fr/secteurs/sante> et <https://www.ompl.fr/branches/san/cabinets-dentaires>

¹³ <http://www.formedicale.com/etre-assistant-dentaire.php>

¹⁴ CEDH 22 mars 2012 (GC) *Konstantin Markin c/ Russie*, n° 30078/06 au sujet du refus de congé parental aux hommes militaires russes et de la situation d'un militaire divorcé père de trois enfants ; V. également CEDH 2 décembre 2014 *Emel BOYRAZ c. Turquie*, n°61960/08 au sujet du licenciement d'une agent de sécurité que la Cour juge discriminatoire car le simple fait que les agents de sécurité doivent travailler de nuit dans des zones rurales et utiliser des armes à feu et la force physique en cas d'agression ne justifiant pas en soi une différence de traitement entre les hommes et les femmes.

¹⁵ CEDH 22 mars 2012 (GC) *Konstantin Markin c/ Russie*, n° 30078/06 au sujet du refus de congé parental aux hommes militaires russes et de la situation d'un militaire divorcé père de trois enfants ; V. également CEDH 2 décembre 2014 *Emel BOYRAZ c. Turquie*, n°61960/08 au sujet du licenciement d'une agent de sécurité que la Cour juge discriminatoire car le simple fait que les agents de sécurité doivent travailler de nuit dans des zones rurales et utiliser des armes à feu et la force physique en cas d'agression ne justifiant pas en soi une différence de traitement entre les hommes et les femmes.

¹⁶ CEDH 25 juillet 2017 *Carvalho Pinto de Sousa Morais c/ Portugal*, précité et CEDH 20 mai 2010 *Alajos Kiss c. Hongrie*, no 38832/06, § 42

¹⁷ TGI Versailles 8 mars 2010 n° 0723480055

46. Selon une jurisprudence constante, les employeurs refusant d'embaucher des personnes d'origine étrangère à des postes en contact avec le public au motif de l'hostilité de leur clientèle commettent le délit prévu aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal¹⁸.
47. Monsieur Y tente de justifier sa politique d'embauche en faisant valoir qu'elle s'inscrit dans le cadre du régime d'exception prévu par l'article 225-3 3° du Code pénal susmentionné.
48. Le fait pour Monsieur Y de considérer que, « par nature », les femmes seraient dotées de qualités d'écoute et de douceur tandis que les hommes disposeraient des compétences techniques, participe d'une vision du monde essentialisante, stéréotypée et discriminatoire, bien qu'il s'en défende.
49. En conséquence, l'élément matériel et intentionnel des infractions consistant respectivement à subordonner une offre d'emploi à la condition d'appartenir à un sexe donné et à refuser les candidatures masculines et en l'occurrence celle de Monsieur X au sens des articles 225-2 5° et 3° du Code pénal, est caractérisé.
50. Compte tenu de ce qui précède, la Défenseure des droits considère que :
- Monsieur Y a subordonné une offre d'emploi au poste d'assistant(e) dentaire à une condition discriminatoire, à savoir l'appartenance à un sexe donné, ce qui caractérise le délit de discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal ;
 - Monsieur Y a refusé à Monsieur X l'embauche à un poste d'assistant(e) médical(e) en raison de son sexe, ce qui caractérise le délit de discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal ;
 - Ces actes de discrimination ont été commis par Monsieur Y et engage donc sa responsabilité pénale personnelle ;
 - La responsabilité pénale de sa société d'exercice libéral à responsabilité limitée (Selarl) est également engagée conformément aux dispositions des articles 225-4 et 121-2 du Code pénal, Monsieur Y ayant commis ces actes de discrimination dans le cadre de ses fonctions de représentant légal de la société.
51. Conformément aux pouvoirs que lui confère l'article 28 II de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011, la Défenseure des droits propose à Monsieur Y d'une part, et à Monsieur X, d'autre part, une transaction pénale.

Claire HÉDON

¹⁸ V. notamment T. corr. Paris, 16 octobre 2008 pour un refus d'embauche d'une boulangère noire ; T.corr. Versailles, 8 mars 2010, pour un refus d'embauche d'un chef de chantier; T.corr. Compiègne, 17 janvier 2006, pour un refus d'embauche dans une charcuterie; T.corr. Nantes, 17 Juillet 2006 pour un refus d'embauche d'une coiffeuse noire en raison de la clientèle rurale; CA Paris, 7 juin 2004, s'agissant du refus d'embauche d'une commerciale; CA Paris 17 octobre 2003, «Le moulin rouge», s'agissant d'un refus d'embauche d'un serveur.