Paris, le 25 novembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-163

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 et notamment les articles 225-1 et 225-2 ;

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

Le Défenseur des droits s'est saisi d'office suite à la publication d'une annonce de recrutement, sur le site internet www.Y, contenant des termes discriminatoires.

La Défenseure des droits 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.

L'infraction commise pour le compte de la société X par ses représentants consiste à avoir subordonné une offre d'emploi à des conditions de sexe, d'âge, d'apparence physique et d'origine.

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 la société X 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. Par une décision n° 2020-183, le Défenseur des droits s'est saisi d'office après que son attention a été appelée sur les termes d'une annonce de recrutement n° 1702 publiée sur le site internet Y à l'adresse suivante :

   https://www.Y/casting/television-radio/recherche-hotesses-d-accueil-au-sein-d-un-prestigieux-groupe-radio?c=5ETMzMTM

2. L'annonce intitulée « *RECHERCHE HOTESSES D'ACCUEIL AU SEIN D'UN PRESTIGIEUX GROUPE RADIO* » proposait des postes d'hôtesse aux conditions suivantes :

   « *Recherche hôtesses afin d'assurer une prestation d'accueil au sein du siège d'un prestigieux groupe de Radio / Audiovisuel, situé dans le Z arrondissement de Paris.*

   Les profils recherchés sont les suivants :

   - *Femmes*
   - *Entre 22 et 30 ans*
   - *Taille de vêtement entre 36 et 38*
   - *Cheveux blonds longs ou mi-longs*

   Vous serez en charge de l'accueil physique et téléphonique et d'autres tâches administratives diverses.

   3 postes à pourvoir en CDI TC et TP, avec une nécessité d'être disponible sur une amplitude 08h00/20h00, du lundi au vendredi.

   Pour postuler, merci d'envoyer par email CV et lettre de motivation. ».

3. Y est un opérateur de plateforme en ligne qui propose un service d'annonces de casting et de diffusion de *books* artistiques en ligne.

4. Un opérateur de plateforme est défini par l'article L. 111-7 du code de la consommation comme « *toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers, ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou d'un partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ».

5. La société X est une entreprise spécialisée dans les postes d'accueil. Elle embauche du personnel qu'elle met ensuite à disposition de ses clients dans le cadre de conventions de prestations de services. Elle intervient notamment dans le secteur de l'accueil en entreprise et dans l'évènementiel.

L'ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS

6. Par courrier en date du 28 août 2018, le Défenseur des droits demandait des explications à la société A qui gère le site internet Y. Par courriel du 17 septembre 2018, celle-ci communiquait les coordonnées du recruteur : X représentée par Madame B.

7. Par courrier du 18 octobre 2018, le Défenseur des droits demandait à la société X de lui communiquer ses observations ainsi que les pièces nécessaires à l'instruction du dossier. Il joignait la capture d'écran de l'annonce.

8. Par courrier du 19 novembre 2018, la société X transmettait les éléments demandés.

CADRE JURIDIQUE

L'interdiction des discriminations en matière d'embauche

9. Selon l'article 225-1 du code pénal, constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement notamment de leur sexe, de leur origine, de leur apparence physique et de leur âge.

10. Dans sa décision-cadre n° 2019-205 du 2 octobre 2019 relative aux discriminations dans l'emploi fondées sur l'apparence physique, le Défenseur des droits précisait que l'apparence physique peut être définie « *comme l'ensemble des caractéristiques physiques et des attributs visibles propres à une personne, qui relèvent tant de son intégrité physique et corporelle (morphologie, taille, poids, traits du visage, phénotype, stigmates etc.) que d'éléments liés à l'expression de sa personnalité (tenues et accessoires vestimentaires, coiffure, barbe, piercings, tatouages, maquillage, etc.)* ».

11. L'article 225-2 3° interdit la discrimination lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher une personne.

12. L'article 225-2 5° du code pénal interdit la discrimination lorsqu'elle consiste à subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur un critère de discrimination visé à l'article 225-1 du même code.

13. En outre, s'agissant d'une offre d'emploi, les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Elles doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles du candidat[1].

14. 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* ».

[1] Article L. 1221-6 du code du travail.

15. L'infraction de discrimination est établie lorsque les éléments constitutifs du délit sont réunis : d'une part, l'élément matériel, à savoir la distinction ou la différence de traitement opérée entre les personnes physiques à raison d'un ou plusieurs des critères visés à l'article 225-1 du code pénal, d'autre part, l'élément intentionnel, c'est-à-dire la volonté de l'auteur de réaliser la situation infractionnelle décrite par l'incrimination. Enfin, l'auteur du délit doit être identifié.

16. 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 effets[2].

17. L'article 225-3 3° du code pénal prévoit que les dispositions de l'article 225-2 du même code, en matière d'embauche, ne sont pas applicables aux discriminations fondées sur un motif mentionné à l'article 225-1, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

18. Le législateur n'a pas précisé les éléments de nature à constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante ni établi une liste d'activités spécifiques nommément désignées qui pourraient justifier des différences de traitement.

19. Les directives de l'Union européenne relatives à la lutte contre les discriminations précisent qu'une exigence professionnelle essentielle et déterminante peut être opposée « *en raison de la nature d'une activité professionnelle particulière ou des conditions de son exercice* [3] ». Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, les circonstances dans lesquelles une différence de traitement peut être justifiée sont précisées par le législateur[4].

ANALYSE JURIDIQUE

20. Les agents du Défenseur des droits assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater des faits par procès-verbal [5].

21. Par procès-verbal établi en date du 22 août 2018, Madame C, agent assermenté, indique avoir consulté le site Y le 22 août 2018 à 13h29 et constaté que l'annonce de recrutement intitulée « RECHERCHE HOTESSES D'ACCUEIL AU SEIN D'UN PRESTIGIEUX GROUPE RADIO » exigeait des candidats qu'ils soient âgés de moins de 30 ans et de plus de 22 ans et d'être des femmes. Madame C a constaté également que cette annonce imposait des exigences tenant à l'apparence physique des candidats : taille de vêtement entre 36 et 38 et longueur et couleur des cheveux (cheveux blonds longs ou mi longs).

[2] Cass. Crim., 30 janvier 1990, n° 86-92.690.

[3] Voir article 4 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, article 4 § 1 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

[4] CJCE 21 mai 1985 C-248-83 ; Délibération de la Halde n° 2008-189 du 15 septembre 2008 ; Décision du DDD n° 2013-50 du 18 avril 2013.

[5] Quatrième alinéa de l'article 37 de la loi organique n° 2011-333 relative au Défenseur des droits.

22. Par conséquent, il ressort des termes exprès et incontestables de l'annonce que l'offre d'emploi d'hôtesse est subordonnée à des conditions fondées sur le sexe, l'âge, l'apparence physique et l'origine des candidats, l'exigence tenant à la blondeur d'une personne pouvant être corrélée avec le critère de l'origine. Or, conformément à l'article 225-2 5° du code pénal, il est prohibé de subordonner une offre d'emploi à ces critères.

Les explications communiquées par la société X

23. En réponse aux demandes d'explications du Défenseur des droits, la société X reconnaissait : « *Cette annonce, publiée sur un site que nous n'utilisons que très rarement, propose effectivement des critères fondés sur l'apparence physique des candidats dans le cadre de sa rédaction.* ».

24. Elle précisait : « *L'annonce, qui a été publiée par une salariée, qui a depuis quitté la société, présente en effet des critères qui n'auraient pas dû y figurer.* ».

25. La société X soulignait que « *cette publication d'annonce […] n'aurait jamais dû avoir lieu* » et précisait que les annonces liées à ce client (D) et publiées sur d'autres *jobboard* ne font « *nullement référence aux critères listés sur l'annonce publiée par le site www.Y* ». A l'appui de ses dires, elle communiquait les impressions d'écran de l'annonce D sur *Human Sourcing* (outil permettant de publier sur plusieurs *jobboard*s, notamment Indeed, Facebook, pôle-emploi.fr, etc.).

26. La société X affirmait que son client, D ne lui « *a jamais demandé le type de profil restreint, tel qu'il est présenté sur l'annonce en question.* ». Elle ajoutait : « *Notre collaboratrice, a cru bien faire en pensant que c'était le type de profils qui correspondrait le mieux à l'image d'un client comme D.* ». A l'appui de ses dires, elle communiquait les échanges par courriel avec son client, la proposition commerciale et le contrat commercial conclu avec D.

27. Il ressort de l'annexe 1 bis du contrat de service intitulée « Descriptif technique » qu'il est, à plusieurs reprises fait référence à une exigence tenant au sexe des hôtes-hôtesses par l'usage exclusif du mot « hôtesse ». L'ensemble des qualités exigées des candidats sont accordées au féminin : « élégante », « courtoise », « souriante », « mesurée ». Enfin, il est prévu la fourniture d'escarpins.

28. L'annexe 1 bis ne comporte aucune référence à l'âge des hôtesses et, s'agissant des caractéristiques ou de l'apparence physique, aucun critère de taille de vêtement ou de chevelure n'est exigé, seules l'élégance et la bonne présentation sont requises.

29. Il ressort d'un courriel daté du 12 janvier 2018 adressé par Madame D, responsable commerciale, à ses collègues de la société X qu'une exigence tenant au sexe et à l'apparence physique est posée : « *On a rdv jeudi avec D : ça se concrétise et le démarrage approche à grands pas [1er février 2018]. Il va falloir qu'on trouve de vrais CV (de jolies filles avec anglais courant)* ».

30. En l'espèce, la société X ne conteste pas le caractère discriminatoire de l'annonce publiée sur Y ni ne cherche à le justifier par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Elle ne communique en outre pas le nom et les coordonnées de la salariée qui aurait rédigé les termes de l'annonce.

31. Il est à noter que les procédures de recrutement de la société X ont déjà fait l'objet de délibérations du Collège de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (délibérations n° 2006-78 du 10 avril 2006 et n° 2006-206 du 2 octobre 2006), lequel avait décidé de porter à la connaissance des procureurs de la République de Paris et de Nantes des faits constituant des discriminations fondées sur le sexe, l'origine et l'apparence physique.

32. La publication de l'offre d'emploi comportant des conditions fondées sur le sexe, l'âge, l'apparence physique et l'origine des candidats caractérise l'élément matériel et l'élément intentionnel constitutifs de l'infraction de discrimination prohibée par l'article 225-2 5° du code pénal.

33. Au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits considère que le fait d'avoir subordonné une offre d'emploi à des conditions de sexe, d'âge, d'apparence physique et d'origine caractérise le délit de discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du code pénal.

34. 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 la société X une transaction pénale.

Claire HÉDON