

Paris, le 9 décembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-214

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 la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ;

Vu la Convention de l'OIT n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession) ;

Vu 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 ;

Vu 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) ;

Vu l'article L. 1132-1 du Code du travail ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisie par Madame X au sujet d'un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire notamment en raison de ses convictions religieuses.

Décide de recommander au groupe Y de changer ses pratiques en formant et en sensibilisant ses personnels à l'interdiction de toutes les formes de discriminations et des discriminations à l'encontre des femmes musulmanes en particulier.

Décide de recommander au groupe Y d'indemniser Madame X de son entier préjudice.

Le Défenseur des droits demande à 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.

Claire HÉDON

**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 de la réclamation de Madame X au sujet d'un refus d'embauche qu'elle estime discriminatoire notamment en raison de ses convictions religieuses.
2. Madame X est musulmane et porte le foulard. Elle est titulaire d'une licence en gestion RH et a déjà eu une expérience professionnelle d'assistante administrative au Royaume-Uni.
3. Le 1 avril 2019, Madame X postule à une offre d'embauche au poste d'assistante administrative, publiée sur le site XY, auprès d'une agence d'interim, l'agence Y. Il s'agit d'un poste d'une durée de deux mois à temps partiel (avec une évolution vers un temps plein et une possibilité de renouvellement). Il s'avèrera qu'il s'agit d'une offre pour le compte de la société Z, une entreprise de toiture, située à A (désormais nommée B).
4. Le 17 avril 2019, Madame X est contactée par C, stagiaire auprès de Y, pour un entretien téléphonique. Elle est convoquée par courriel du même jour à passer un entretien physique auprès de l'agence dans la journée.
5. A 15h, elle se rend à l'agence en portant le foulard. Elle est reçue par Madame D, chargée de recrutement, en présence de Madame C.
6. Cet entretien a fait l'objet d'un enregistrement constaté par un huissier (constat du 3 juin 2019).
7. Avant même d'évoquer le profil de poste recherché ou d'interroger Madame X sur son parcours, Madame D commence immédiatement par demander à Madame X si elle compte garder son voile en entreprise. Elle lui indique à titre préliminaire : « ce n'est pas autorisé chez tous nos clients », « on travaille avec beaucoup, beaucoup de clients et il n'y en a aucun qui accepte, aujourd'hui en tout cas, quelque signe que ce soit au niveau de la religion ». Elle précise : « ce n'est pas notre décision, ce n'est pas notre faute, (...) je vous dis quelle est la réalité ».
8. Madame X demande alors si l'entreprise cliente accepte ou non le voile. Madame D lui propose de se renseigner auprès de sa responsable pour s'assurer que l'entreprise cliente interdit bien le voile avant de réaliser l'entretien. Mais elle lui indique : « même si on travaille beaucoup avec du téléconseil, de la téléprospection, j'ai rencontré beaucoup de femmes qui portent le voile, c'est pas autorisé. Et c'est le cas dans une dizaine de structures donc c'est pas propre à cette société-là (...) ».
9. Interpelée par Madame X sur le caractère discriminatoire d'une telle interdiction, Madame D dit « avoir conscience » que le voile n'est pas interdit en entreprise, qu'elle n'a pas de jugement à apporter sur la situation, qu'elle a un MASTER en RH et a bien étudié le droit. Elle ajoute : « maintenant la réalité de mes clients aujourd'hui est celle-ci ». « L'objectif ce n'est pas de vous mettre vous dans une situation qui est inconfortable parce que quand vous arrivez, ils [les clients] n'autorisent pas [le voile] (...) et moi je dois faire en sorte que (...) quand vous êtes en poste, ce soit conforme à ce qu'ils attendent en tout cas ».
10. Madame D s'absente quelques instants pour se renseigner sur l'autorisation ou non du port du voile par l'entreprise cliente. Pendant ce temps, Madame X s'entretient avec Madame C qui lui confie que Y n'a jamais travaillé avec ce client et n'a donc pas connaissance de sa politique à ce sujet.

11. Madame D revient et affirme : « Effectivement, le voile n'est pas autorisé dans cette entreprise et aujourd'hui on n'a pas de clients pour qui c'est le cas ». Elle conclut : « je n'ai pas de solution, c'est pas moi qui décide, c'est pas ma responsable, c'est même pas Y, c'est les clients ».
12. Madame X répond qu'elle comprend, qu'elle n'a pas trop le choix et que cela va donc s'arrêter là. L'entretien d'embauche se termine dans le calme. Madame X remercie ses interlocutrices, les saluent et leur a souhaitent une bonne journée.
13. Par courrier du 18 avril 2019, Madame X s'adresse au directeur général de Y, Monsieur E, et lui fait part de la situation qu'elle a vécue la veille ainsi que d'un « job dating » organisé par la même agence d'intérim le 5 février 2019. En effet, à cette occasion, une chargée de recrutement de Y lui aurait déjà demandé si elle était prête à retirer son voile en précisant que le port du voile était interdit pour des raisons d'hygiène et de sécurité. Elle interpelle Monsieur E dans son courrier comme suit: « Si aujourd'hui Y accepte que leurs clients refusent uniquement le voile, c'est tout simplement qu'elle cautionne cette prise de position. Est-ce l'éthique de votre groupe ? ».
14. Par courrier du 30 avril 2019, Monsieur E reconnaît que lors du « job dating », la question du port du voile a été évoquée sous l'angle de la sécurité. « Certains des postes que nous avons à pourvoir, tertiaires soient-ils, sont à réaliser à proximité de machines ».
15. S'agissant de la candidature de Madame X en avril 2019, il reconnaît que le poste ne comprenait aucun risque relatif à la sécurité et que son agence envisageait un détachement, avec ou sans voile. Toutefois, comme le poste était un contrat court, « nous avons profité de nos échanges en agence pour envisager une relation de travail plus pérenne, en envoyant votre candidature à d'autres de nos clients. Certains d'entre eux exerçant dans le domaine de l'industrie, le port du voile y est parfois interdit à proximité des machines dangereuses (...).
16. C'est ainsi, en prévision d'un éventuel prochain détachement dans un tel domaine, que nous vous avons demandé si vous acceptiez d'ôter ponctuellement votre voile lors de votre travail. Vous vous êtes alors tout à fait emportée, adoptant un ton des plus discourtois et menaçants et quittant l'agence en claquant la porte. Et dès le lendemain, vous nous avez adressé le courrier nous accusant de discrimination (...) sans même attendre de connaître l'issue du recrutement auquel nous procédions alors ».
17. Il ajoute : « Nous tenons à vous le répéter : notre demande relative à votre port du voile avait pour seul but de garantir votre sécurité au temps et lieu de travail. Vous n'avez aucunement été écartée du process de recrutement pour refus de l'ôter (d'ailleurs vous n'avez pas répondu à notre questionnement à ce sujet avant votre départ à l'agence ce 17 avril) ».
18. Il affirme qu'« il est tout à fait erroné de dire (...) que tous les clients de Y refusent le port du voile » et il informe Madame X que le poste pour lequel elle avait candidaté a finalement été pourvu en interne de sorte qu'aucun candidat n'a été favorisé par rapport à elle.
19. Madame X adresse également un courrier à Monsieur F, gérant de la société Z, le 19 avril 2019, afin d'expliquer le déroulement des faits auprès de Y, de lui demander des éclaircissements sur sa prise de position concernant l'interdiction du port du voile dans sa propre entreprise. Elle dit n'avoir eu aucun retour à ce sujet.
20. Madame X a contacté par téléphone, le 19 avril 2019, l'entreprise cliente qui lui aurait indiqué que l'offre d'emploi était en fait momentanément « suspendue ».

21. Le 29 mai 2019, l'avocat de Madame X, Maître G, adresse un courrier à Monsieur E en vue d'un règlement amiable de l'affaire, tout en contestant sa version des faits.
22. En réponse, Madame H, juriste du groupe Y, reprend les mêmes arguments que Monsieur E dans un courrier du 6 juin 2019. Elle indique en outre que la chargée de recrutement a consulté sa responsable qui est la seule à disposer de l'ensemble des offres et en particulier ceux qui ne se situent pas dans le domaine industriel. Elle ajoute que Madame X faisait partie des dernières personnes en lice pour le poste d'assistant administratif. Elle insiste notamment sur le fait que Madame X a eu un comportement « discourtois et anti-professionnel, haussant le ton et en faisant de grands gestes ». Elle ajoute que la commande de l'entreprise cliente a finalement été annulée.
23. En réponse, Maître G relève, par courrier du 20 juin 2019, que Madame X n'a jamais adopté une telle attitude, ce que confirme l'enregistrement de l'entretien, et qu'il n'a jamais été question pour Madame X de postuler à des postes en atelier ou en contact avec des machines. Il indique rechercher une solution à l'amiable tout en se gardant le droit de déposer plainte.
24. Le 4 juillet 2019, Madame H lui répond qu'aucune solution concertée ne pourrait mettre fin à l'action publique en cas de dépôt de plainte et que Y n'a commis aucune discrimination.

ENQUETE

25. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, le directeur d'établissement de la société B (qui a mis un terme à son contrat de franchise avec la société Z depuis juillet 2019), Monsieur I, explique, dans un courrier du 9 janvier 2020, qu'il n'a jamais évoqué avec le Groupe Y la question du port du voile. Il affirme n'avoir « jamais indiqué refuser les signes religieux », ni interdit le port du voile s'agissant d'éventuels candidats présentés par Y.
26. Il précise également que Y ne lui a jamais demandé communication du règlement intérieur applicable à son établissement qui, par ailleurs, ne comporte aucune mention relative au port de signes religieux et à leur éventuelle interdiction.
27. Il ajoute que l'assistant administratif (H/F) recherché aurait, de facto, eu des contacts avec le public dans la mesure où il était prévu que son poste de travail soit situé dans le même bureau que celui de l'assistante de direction.
28. Comme cette dernière aurait fait part de son souhait de quitter l'entreprise, il a finalement été décidé de la remplacer contrairement au poste d'assistant administratif qui a été « simplement et définitivement annulé ».
29. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, le directeur général du groupe Y, Monsieur E, reconnaît, par courrier du 13 janvier 2020, que B ne lui a jamais fait part d'« un refus franc et net du port de signes religieux pour ce poste » mais qu'il lui a été précisé que pour des raisons de sécurité (proximité de machines) et de contacts avec la clientèle, il pourrait s'avérer nécessaire que le candidat retenu ne puisse porter de vêtements amples (pour la partie sécurité) ou de signes religieux distinctifs (pour la partie représentation clientèle) ».
30. La restriction vestimentaire envisagée se justifierait alors « occasionnellement », conformément à l'article L. 1221-1 du Code du travail. Tout en reconnaissant qu'elle n'est pas prévue par le règlement intérieur, elle se justifierait « en raison de l'esprit même des tâches inhérentes au poste alors à pourvoir ».

31. Monsieur E indique, par ailleurs, que Madame X a obtenu diverses missions auprès de J par le passé entre 2009 et 2012 puis entre 2016 et 2017 ainsi que deux jours après l'entretien litigieux, à compter du 19 avril 2019. Madame X a travaillé en qualité d'agent d'exploitation logistique au sein de K où elle aurait enlevé son voile, ce qui semble en contradiction avec l'affirmation selon laquelle elle s'est mal conduite lors de son entretien du 17 avril 2019.
32. Madame X explique, en outre, qu'elle a pu porter son foulard sans difficulté en prenant son poste en 2019 car K aurait modifié son code vestimentaire. Elle affirme que pour effectuer des postes peu qualifiés, le port du foulard ne pose pas de difficulté contrairement aux postes qui sont en adéquation avec son diplôme et qui relèvent du secteur tertiaire.
33. Par courrier du 8 octobre 2020, Y indique n'avoir rien à ajouter en réponse à une note récapitulative énonçant les éléments de fait et de droit laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il nie avoir discriminé Madame X qu'il invite, par ailleurs, à se présenter en agence pour y obtenir un emploi.
34. Par courriel du 20 octobre 2020, Monsieur I répond également n'avoir aucune observation supplémentaire à apporter au Défenseur des droits.

CONTEXTE

35. Diverses études démontrent que dans de nombreux pays européens¹, les femmes musulmanes et en particulier celles qui portent un foulard subissent un traitement différencié sur le marché de l'emploi. Elles mettent en évidence le caractère intersectionnel des discriminations subies par ces femmes. Ainsi que la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance le relève dans son dernier rapport d'activité (2019), « les musulmans qui portent des signes visibles de leur religion sont particulièrement vulnérables à l'intolérance (...). Dans de nombreux cas, la discrimination intersectionnelle aggrave la situation, par exemple pour (...) les musulmanes »².
36. Des opérations de testing menées en France par des universitaires ont démontré qu'à compétences égales, une femme ayant un nom à consonance étrangère et portant un foulard avait 56 fois moins de chances d'être contactée pour un entretien d'embauche, qu'une femme perçue comme étant de souche et ne présentant pas de signe religieux³. Quelles que soient leurs compétences et leur niveau de formation, les chances pour les femmes musulmanes d'entrer sur le marché de l'emploi sont ainsi sensiblement réduites compte tenu à la fois de leur origine, de leur religion ainsi que de leur genre.

CADRE JURIDIQUE

Le droit de toutes les femmes d'accéder à l'emploi, quelle que soit leur origine et/ou leur religion

37. Conformément à l'article 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, toute discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi doit être éliminée. Ainsi que le relève le Comité CEDAW dans sa recommandation n° 28 (2010), « le fait que les phénomènes de discrimination se recoupent est fondamental (...). La discrimination fondée sur le sexe ou le genre est

¹ Open Society Justice Initiative, Towards a More Inclusive Europe: Countering Restrictions on Muslim Women's Dress in the EU, 2018, <https://www.justiceinitiative.org/publications/restrictions-muslim-women-s-dress-28-eu-member-states>

² Rapport annuel sur les activités de l'ECRI couvrant la période allant du 1er janvier au 31 décembre 2019, <https://rm.coe.int/rapport-annuel-ecri-2019/16809ca6d4>

³ Tisserant P., « Discrimination à l'embauche liée au port de voile: les résultats d'un testing sur CV réalisé en France », Conférence 'The Making of Discrimination', 6 Novembre 2014.

indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, (...), l'état civil, (...). Elle peut frapper des femmes appartenant à ces groupes à des degrés différents ou autrement que les hommes. Les États parties doivent prévoir légalement ces formes superposées de discrimination et l'effet cumulé de leurs conséquences négatives pour les intéressées, et ils doivent les interdire ».

38. De nombreux autres instruments internationaux ainsi que les textes français interdisent les discriminations fondées sur le sexe, notamment dans l'accès à l'emploi.
39. L'article 1^{er} de la Convention n° 111 de l'OIT interdit toute discrimination fondée sur le sexe ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession.
40. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 interdit les discriminations fondées sur le sexe dans le cadre professionnel⁴.
41. 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 ».
42. 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 ». Tant la loi du 27 mai 2008 que les articles L. 1131-2 du Code du travail ou les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal prohibent les refus d'embauche fondés sur l'appartenance à un sexe donné.
43. Ainsi que l'a relevé le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'une femme fait le choix personnel de porter un signe religieux, le principe d'égalité des hommes et des femmes n'a pas vocation à lui être opposé pour empêcher l'exercice de sa liberté personnelle⁵.
44. Le droit au respect de la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme englobe non seulement l'intégrité physique et morale de la personne, mais aussi le droit à l'identité et à l'autodétermination personnelles⁶. Ainsi, les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir et le port de certains vêtements, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée au sens de l'article 8 de la CEDH⁷. Les signes religieux constituent d'ailleurs une partie intégrante de l'identité de ceux qui les portent⁸.

⁴ V. par ex CEDH 2 décembre 2014 Emel BOYRAZ c. Turquie, n° 61960/08 au sujet du licenciement d'une agente de sécurité discriminatoire.

⁵ CEDH 1er juillet 2014 SAS c/ France para. 119 précité et Etude du Conseil d'État « relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », 2010, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/etude-relative-aux-possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral>

⁶ CEDH 29 avril 2002, Pretty c/ Royaume-Uni, n° 2436/02 et CEDH, Grande chambre, 10 avril 2007, Evans c/ Royaume-Uni, n° 6339/05.

⁷ CEDH 1er juillet 2014 SAS c/ France, Req. n° 43835/11 ; v. également McFeeley et autres c/ Royaume-Uni, no 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, DR 20, p. 44, § 83, et Kara c/ Royaume-Uni, n° 36528/97, décision de la Commission du 22 octobre 1998, non publiée.

⁸ CEDH 1er juillet 2014 SAS c/ France, Req. n° 43835/11 et CDH 27 sept. 2011 Ranjit Singh c/ France (Communication n° 1876/2009).

L'interdiction des discriminations fondées sur la religion et l'apparence physique

45. Le port de signes religieux est protégé par la liberté religieuse qui est une liberté fondamentale⁹ consacrée notamment par le droit constitutionnel français.
46. L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre établi par la loi ».
47. L'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction (...) de religion ». De plus, ce même article précise que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » qui « respecte toutes les croyances ». Il garantit ainsi la neutralité de l'Etat en matière de religion et consacre le principe de la liberté religieuse des usagers.
48. La liberté religieuse et l'interdiction des discriminations religieuses sont également garanties, dans certaines limites, par les articles 9 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).
49. Conformément à l'article 9-2 de la CEDH, « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».
50. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante ». Ainsi une personne qui a fait de la religion un axe majeur de sa vie doit « pouvoir être en mesure de communiquer ses convictions à autrui »¹⁰.
51. En conséquence, dans le secteur de l'emploi, il importe de mettre en balance les intérêts de l'employeur (image commerciale, hygiène et sécurité etc) et ceux d'une personne qui sait qu'elle va devoir assumer des responsabilités ayant potentiellement des répercussions sur sa liberté de manifester sa conviction religieuse. Un juste équilibre doit être ménagé entre ces intérêts afin que les éventuelles restrictions à cette liberté soient proportionnées¹¹.
52. En droit de l'Union, la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prohibe les discriminations fondées sur la religion et les convictions dans « les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, 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 » ainsi que dans « les conditions d'emploi et de travail ».

⁹ La Cour de justice de l'Union européenne entend la notion de « religion » figurant à l'article 1er de la directive 2000/78 comme couvrant tant le forum internum, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le forum externum, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse ; CJUE 14 mars 2017 Bougnaoui, aff. C-188/15 ; Une conviction religieuse peut se manifester par « le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites » ; CEDH 15 janvier 2013 Eweida et al c/ Royaume-Uni, Req.n° 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

¹⁰ CEDH 13 août 1981, James et Webster c. Royaume-Uni, para. 63, série A n° 44 et CEDH 1er juillet 2014 S.A.S. c/ France, Req. n° 43835/11 para. 28.

¹¹ V. en ce sens, le test retenu par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts Eweida, et autres c. Royaume-Uni, (Requêtes nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10) du 15 janvier 2013.

53. Néanmoins, « les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à [la religion ou les convictions] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée » (article 4 de la directive 2000/78).
54. En droit français, l'article L. 1132-1 du Code du travail dispose qu' « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...), aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...), en raison (...) de son sexe, (...) de ses convictions religieuses, de son apparence physique, (...) ». Cet article « ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » (art. L1133-1 du Code du travail).
55. L'article 2-2° de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations prévoit également que « toute discrimination directe ou indirecte fondée sur [la religion, le sexe, l'apparence physique] est interdite en matière (...) d'accès à l'emploi, (...) ainsi que de conditions de travail (...) ». Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur [ce] motif (...) lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
56. Les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal interdisent le refus d'embauche et la subordination d'une offre d'emploi fondés sur le sexe, la religion et/ou l'apparence physique.
57. Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, le seul port du foulard ne constitue pas par lui-même un acte de pression ou de prosélytisme¹².

DISCUSSION

58. Y a, dans un premier temps, rejeté la candidature de Madame X en invoquant les souhaits de sa clientèle.
59. Or, il ressort de l'enquête du Défenseur des droits que l'entreprise cliente, la société B, qui recherchait initialement à recruter une personne sur un poste d'assistant administratif (H/F) n'a donné aucune consigne à Y, l'intermédiaire de l'emploi chargé de ce recrutement, s'agissant de l'interdiction du port de signes religieux sur ce poste, en particulier et dans son entreprise, de manière générale. Elle affirme ne pas les interdire et d'ailleurs son règlement intérieur est muet à ce sujet.
60. Tout en reconnaissant que sa cliente n'a jamais refusé les signes religieux, Y explique que des restrictions occasionnelles concernant le port du foulard pourraient être justifiées « en raison de l'esprit même des tâches inhérentes au poste alors à pourvoir », à savoir la sécurité concernant l'utilisation des machines et le contact avec la clientèle.

¹² CE 27 novembre 1996 M. et Mme Jeouit; V. également en ce sens, par exemple la décision du Défenseur des droits n° MLD-2014-081 du 26 mai 2014.

61. Il est vrai que des exigences d'hygiène et de sécurité peuvent, dans certaines conditions, légitimement conduire un employeur à restreindre le port de signes religieux. Tant les juridictions¹³ que la HALDE auquel a succédé le Défenseur des droits l'ont relevé à de multiples reprises¹⁴.
62. Toutefois, dans ce cas, il appartient à l'employeur de démontrer que des restrictions à la manifestation d'une religion sont justifiées par des consignes de sécurité et que ces dernières sont effectivement appropriées et proportionnées. En l'absence d'une telle justification, les restrictions peuvent être considérées comme discriminatoires.
63. En l'espèce, l'établissement B n'avait prévu aucune restriction au port de signes religieux à ses salariés et ses prestataires qui aurait été fondée sur des motifs de sécurité, et ce, quel que soit leur poste.
64. Y n'apporte aucun élément permettant de démontrer qu'une salariée exerçant des fonctions administratives et de bureautique consistant à récupérer des données dans un logiciel, faire de la saisie informatique, du classement et de l'archivage de documents, vérifier des notes de frais, créer des tableaux de suivi, assurer le suivi de dossiers etc encourrait des risques spécifiques en termes de sécurité justifiant de retirer son foulard au sein de l'entreprise. Rien ne démontre non plus, au vu des informations communiquées au Défenseur des droits, que ses fonctions se seraient exercées à proximité directe de machines industrielles.
65. S'agissant d'une potentielle exigence de neutralité pour les salariés en contact avec la clientèle, il convient de relever que si le législateur l'a admis dans le secteur privé, il ne s'agit que d'une simple faculté qui, en outre, doit répondre à des exigences particulières et être strictement encadrée par l'employeur.
66. L'article L. 1321-2-1 du Code du travail dispose que « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché »¹⁵.
67. En revanche, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne, de simples « considérations subjectives », telles que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits particuliers de sa clientèle qui serait gênée par le port du foulard par les personnels ou encore par le fait d'être servis par des non-allochtones, ne permet pas de justifier des différences de traitement fondées sur la religion et/ou l'origine ethnique¹⁶. Elles ne figurent pas parmi les exigences essentielles et déterminantes qui peuvent permettre de faire exception au principe de non-discrimination.

¹³ Pour un exemple, CEDH 15 janvier 2013, Chaplin c. Royaume-Uni, n° 27238/95.

¹⁴ Au sujet de la rupture justifiée du contrat de travail d'une animatrice sports et loisirs portant le foulard refusant d'accompagner des enfants autistes lors de baignades (Délibération HALDE n° 2006-242 du 6 novembre 2006) ; au sujet du licenciement d'une salariée qui refuse d'enlever son foulard pour se soumettre aux règles d'hygiène imposées pour la vente d'escargots (délibération n° 2009-311 du 14 septembre 2009) ; au sujet du licenciement d'une femme voilée, agent hôtelier dans une maison de retraite, refusant les propositions alternatives faites par son employeur (délibération n° 2010-166 du 18 octobre 2010).

¹⁵ Conformément à l'article L. 1321-3 du Code du travail, « le règlement intérieur ne peut contenir: 1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison (...) de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, (...) ».

¹⁶ CJUE 10 juillet 2008 Feryn, aff. C-54/07 et CJUE 14 mars 2017 Bougnaoui, aff. C-188/15.

68. La Cour européenne des droits de l'homme procède également à une balance des intérêts entre l'image de l'entreprise et les droits et libertés des salariés¹⁷.
69. La volonté légitime des employeurs de préserver l'image de leur entreprise, notamment en imposant certaines restrictions dans la façon dont les salariés en contact avec la clientèle, se présentent ne permet pas de justifier des discriminations fondées sur la religion ou le sexe.
70. Tant les juridictions pénales¹⁸ que prud'homales françaises ont également adopté cette ligne jurisprudentielle.
71. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 22 novembre 2017¹⁹, que le licenciement d'une ingénieure informatique intervenant chez les clients pour avoir refusé de respecter l'ordre oral de retirer son voile, à la suite d'une demande expresse d'un client, caractérisait une discrimination religieuse²⁰.
72. Dans son récent arrêt du 8 juillet 2020²¹, la Cour de cassation a également considéré qu'en l'absence de clause de neutralité dans l'entreprise, le fait d'interdire au salarié de porter une barbe qui montrerait ses convictions religieuses et politiques et de lui demander de la tailler de manière plus neutre constituait également une discrimination directement fondée sur ses convictions.
73. Elle a, en outre, jugé discriminatoire en raison du sexe, le licenciement d'un chef de rang auquel l'employeur avait procédé au motif que son « statut au service de la clientèle ne [lui] permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme » qu'il était²².
74. En l'espèce, le règlement intérieur de B n'avait prévu aucune clause de neutralité.
75. Compte tenu de ce qui précède, il ressort de l'enquête du Défenseur des droits que Y aurait ainsi prérequis le retrait du foulard à Madame X pour pouvoir être embauchée notamment en qualité d'assistante administrative dans une entreprise, alors même que cette dernière affirme n'imposer aucune restriction au port de signes religieux à ses collaborateurs.
76. Le fait que le poste ait ensuite été supprimé n'est pas de nature à entacher la qualification des faits.
77. En conséquence, le Défenseur des droits conclut à l'existence d'une pratique de recrutement discriminatoire fondée sur le sexe, la religion et l'apparence physique à l'encontre de l'intermédiaire de l'emploi, le groupe Y, prohibée par l'ensemble des textes susmentionnés.

¹⁷ CEDH 15 janvier 2013 Eweida c/ Royaume-Uni, Req. 48420/10 au sujet du port d'une croix copte visible par une hôtesse de British Airways.

¹⁸ 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 noir; 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.

¹⁹ Cass. Soc. 22 novembre 2017, n° 13-19.855.

²⁰ « La chambre sociale se place ainsi dans le sillage de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire Baby Loup (Cass. Soc. Ass. plén. 25 juin 2014, n° 13-28.369, Bull. Assem. plén. n° 1) qui avait admis la validité d'une clause de neutralité générale dans une association dès lors qu'elle ne concernait que le personnel en contact avec les enfants et que, s'agissant d'une association de dimension réduite employant seulement dix-huit salariées, la mesure de licenciement était légitime et proportionnée » Note explicative relative à l'arrêt de la Chambre sociale n° 2484 (13-19.855) du 22 novembre 2017.

²¹ Cass. Soc. 8 juill. 2020, n° 18-23.743.

²² Cass soc. 11 janv. 2012, n° 10-28.213, RDT 2012. 159, obs. Moizard, D. act., 8 févr. 2012, obs. Perrin, RJS 3/2012, n° 214.

78. Le Défenseur des droits décide de recommander au groupe Y :

- de changer ses pratiques en formant et en sensibilisant ses personnels à l'interdiction de toutes les formes de discriminations et des discriminations à l'encontre des femmes musulmanes en particulier ;
- d'indemniser Madame X de son entier préjudice.

Claire HÉDON