

Paris, le 18 mars 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-074

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 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 ;

Vu le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche en contrat à durée indéterminée (CDI) qu'elle estime discriminatoire car en lien avec son origine et/ou sa nationalité.

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Y saisi du litige.

Claire HÉDON

Observations devant le Conseil de prud'hommes de Y dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. La Défenseure des droits a été saisie d'une réclamation de Madame X relative à un refus d'embauche en contrat à durée indéterminée (CDI) par Z, qu'elle estime discriminatoire car en lien avec son origine et/ou sa nationalité.

RAPPEL DES FAITS

2. Madame X est embauchée le 17 mai 2021 sous contrat à durée déterminée (CDD) de remplacement de 4 mois, renouvelable une fois, par une société tierce, en qualité de rédactrice juridique, avec une période d'essai de 14 jours.
3. En parallèle de sa période d'essai en cours, elle candidate le 20 mai 2021 sur le site A, pour un poste en CDI de juriste en dommage corporel junior, au sein de Z.
4. Madame X, de nationalité marocaine, est titulaire d'une carte de résident de 10 ans l'autorisant à travailler.
5. Elle est contactée le lendemain par Z en vue d'un entretien d'embauche, qui a lieu le 25 mai 2021.
6. Son embauche lui est confirmée par courriel de Madame B, responsable du service dommage corporel au sein de Z, le 26 mai 2021. La prise de poste est prévue le 1^{er} juin 2021. Une pièce d'identité lui est demandée afin d'établir le contrat de travail. Madame X l'envoie par courriel du 27 mai 2021.
7. Le 26 mai 2021, la réclamante rompt sa période d'essai en cours avec son autre employeur, par courriel.
8. Le 28 mai 2021, Madame B lui aurait finalement annoncé par téléphone qu'en raison de la crise sanitaire, elle n'aurait pas de CDI mais un CDD de 12 mois, ce que Madame X aurait refusé.
9. Le lendemain, Madame X constate que l'offre en CDI de Z est de nouveau diffusée sur le site C. Elle communique une copie d'écran aux services du Défenseur des droits, indiquant la date de publication de l'offre au 29 mai 2021.
10. Madame X a saisi le conseil de prud'hommes de Y pour discrimination à l'embauche et rupture discriminatoire des pourparlers. Une audience de jugement est prévue le 7 avril 2022.

INSTRUCTION DU DÉFENSEUR DES DROITS

11. Par courrier et courriel du 28 janvier 2022, le Défenseur des droits a adressé à Z une note récapitulante, en droit et en fait, la situation de Madame X et demandant à Z de présenter, dans un délai d'un mois, les éléments de fait, pièces et observations concernant cette réclamation.
12. Z y a répondu le 3 mars 2020, en transmettant ses conclusions aux services du Défenseur des droits.

CADRE JURIDIQUE

13. La directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique prévoit qu'« *une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ».
14. Cette directive est transposée à l'article L. 1132-1 du code du travail aux termes duquel « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er 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, (...) en raison de son origine, (...) de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race* ».
15. Cet article fait référence à 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, dont l'article 1^{er} indique que « *constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».
16. L'article L. 1134-1 du code du travail définit le principe de l'aménagement de la charge de la preuve applicable en matière de discrimination. En vertu de ce principe, le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
17. Il convient de rappeler que la discrimination peut être constituée en matière civile indépendamment de la volonté de son auteur.
18. L'article L. 1132-4 du code du travail sanctionne par la nullité tout acte ou mesure pris à l'encontre d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination.
19. Selon l'article L. 1221-6 du code du travail, l'ensemble des informations demandées aux candidats à un recrutement ne peuvent avoir pour objectif que de mesurer leurs capacités et leurs aptitudes professionnelles pour occuper le poste proposé.
20. La chambre sociale de la Cour de cassation, dans une affaire où la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité - HALDE (dont les attributions ont été reprises par le Défenseur des droits) est intervenue, et concernant un refus d'embauche en CDI d'un salarié intérimaire, juge que l'employeur qui ne justifie pas son choix de recrutement par des éléments objectifs, comme le diplôme ou l'expérience professionnelle, ne renverse pas la présomption de discrimination¹.
21. La HALDE, puis le Défenseur des droits, ont constaté des discriminations à l'embauche en lien avec l'origine du candidat dans de nombreuses délibérations et décisions².

¹ Cass. Soc., 15 décembre 2011, n° 10-15.873.

² Délibération 2010-129 du 31 mai 2010, décisions n° MLD-2015-315 du 8 janvier 2016 ; 2019-126 du 27 mai 2019 ; n° 2021-277 du 26 octobre 2021.

22. Enfin, s'agissant de la réparation du préjudice, la directive précitée prévoit que les sanctions en matière de discrimination doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ». L'article 1134-5 du code du travail dispose que « *Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée.* »

ANALYSE JURIDIQUE

23. Il ressort des éléments réunis par le Défenseur des droits que suite à l'entretien d'embauche de Madame X, Z lui a proposé le poste en CDI le 26 mai 2021, en des termes dénués de toute ambiguïté :

« J'ai le plaisir de vous confirmer que nous vous proposons le poste. Afin de nous permettre d'établir votre contrat de travail, je vous prie de bien vouloir me transmettre : (...) pièce d'identité (...). Je vous confirme que la prise de poste aura lieu le mardi 01/06/2021 (...). »

24. Après avoir reçu ce courriel, Madame X a envoyé son titre de séjour à Z. Il apparaît que Z ne lui a pas adressé de contrat de travail, renonçant à l'embaucher en CDI. Au surplus, les captures d'écran produites par Mme X montrent que Z a de nouveau publié, le 29 mai 2021, l'offre d'emploi en CDI pour laquelle elle avait candidaté. Il en ressort que le changement de position de Z ne semble s'expliquer que par l'envoi par la candidate de ce document, et permet de présumer un lien avec son origine et/ou sa nationalité étrangère.
25. La Défenseure des droits considère en effet que Madame X présente suffisamment d'éléments laissant présumer une discrimination en lien avec son origine et/ou sa nationalité.
26. En application du principe d'aménagement de la charge de la preuve précité, il incombe à l'employeur de justifier objectivement l'absence de conclusion du contrat de travail en CDI.
27. Ainsi, dans sa note récapitulative adressée le 28 janvier 2022, le Défenseur des droits invitait Z à transmettre ses pièces et explications (échanges de courriels, dossiers de candidature de Madame X et de la personne finalement recrutée...), afin de justifier objectivement le refus de conclure le contrat de travail en CDI.
28. En réponse, la société mise en cause a transmis ses conclusions, selon lesquelles, par téléphone, Z aurait proposé un CDD Madame X, par erreur. Madame D atteste l'avoir ensuite rappelée, pour rectifier cette erreur et confirmer l'embauche en CDI. Madame X se serait emportée, raison pour laquelle le poste en CDI aurait été considéré de nouveau vacant et publié en ligne.
29. Toutefois, la seule attestation de la chargée de ressources humaines en charge de ce recrutement ne peut suffire à justifier objectivement le refus d'embauche en CDI.
30. Z ajoute que les registres d'entrée et de sortie du personnel, au demeurant non communiqués au Défenseur des droits, montreraient que la société recrute des personnes d'origine étrangère. Z précise que Madame D elle-même aurait été titulaire d'un titre de séjour.

31. Sur ce point, fréquemment soulevé devant le Défenseur des droits³, il convient de souligner que chaque litige étant individuel, l'absence de discrimination à l'égard d'un salarié ne garantit pas que tel a été le cas pour un autre placé dans une situation comparable. Pour diverses raisons, ce qu'a vécu un candidat à un instant déterminé ne se reproduit pas nécessairement de manière identique pour un autre.
32. Z indique enfin appartenir à une UES, elle-même signataire depuis 2011 d'une Charte d'engagement parrainage avec des collègues, dans le cadre du plan d'action de lutte contre les discriminations à l'emploi du 19ème arrondissement de Y, ayant notamment pour objet l'accueil de collégiens dans le cadre de leur stage de troisième.
33. En dépit d'une telle initiative, et au vu de l'ensemble de ce qui précède, la Défenseure des droits constate que Z ne rapporte pas la preuve que le refus de conclure le CDI prévu avant l'envoi du titre de séjour de Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
34. Enfin, et comme précédemment rappelé, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique prévoit, en son article 15, que les sanctions en matière de discrimination doivent être « *effectives, proportionnées et dissuasives* ».
35. Or, la Défenseure des droits souligne que Madame X rapporte la preuve d'un double préjudice, dès lors qu'elle a perdu l'opportunité de travailler au sein de Z mais également son emploi en cours, dont elle a rompu la période d'essai en se fondant sur l'accord écrit de Z pour l'embaucher.

Claire HÉDON

³ Décision n° 2020-007 du 4 février 2020.