
Décision du Défenseur des droits n°2022-125

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 civil ;

Vu le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Monsieur X et Monsieur Y qui estiment avoir subi un refus d'embauche discriminatoire fondé sur leurs activités syndicales de la part de la société Z ;

Constate que la société Z n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le refus d'embaucher Monsieur X et Monsieur Y est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de leurs activités syndicales, et conclut que Monsieur X et Monsieur Y ont fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire ;

Recommande à la société Z de se rapprocher de Monsieur X et Monsieur Y en vue de réparer leur préjudice ;

Recommande à la société Z de modifier ses pratiques de recrutement afin de garantir le principe de non-discrimination, au besoin après consultation du Guide « Pour un recrutement sans discrimination »¹, ci-après annexé et de faire dispenser régulièrement des formations sur les discriminations à son personnel chargé du recrutement ;

¹ Défenseur des droits, « Pour un recrutement sans discrimination », Guide, 2019 ;
<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-recrutssdiscri-access-03.07.19.pdf>

Demande à la société Z de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

À défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente qui serait saisie.

Claire HÉDON

Recommandations

1. Le 1^{er} novembre 2019, le Défenseur des droits a été saisi par Messieurs Y et X d'une réclamation relative à un refus d'embauche qu'ils estiment discriminatoire en raison de leurs activités syndicales.

RAPPEL DES FAITS :

2. Monsieur Y et Monsieur X ont été engagés par la société A, respectivement en 2001 et 2002, en qualité d'afficheur publicitaire, au sein d'un établissement situé près de B.
3. Ils exerçaient l'un et l'autre des mandats de représentants du personnel, Monsieur Y en qualité de délégué du personnel et délégué syndical CGT, Monsieur X, en qualité de délégué du personnel FLAG.
4. Depuis 2001, la société A bénéficiait d'une concession de la ville de B l'autorisant à procéder à des affichages dans la ville. En juillet 2017, la société a perdu cette concession au bénéfice de la société Z, à la suite d'un appel d'offre.
5. Dans le cadre de la passation de marché, la société Z s'était engagée auprès de la ville de B à reprendre prioritairement les salariés de la société A. Le périmètre ne concernait que les ouvriers et employés chargés de l'affichage, à l'exclusion du personnel encadrant.
6. Au mois de septembre 2017, les afficheurs de l'établissement ont été contactés et invités à passer des entretiens.
7. Douze salariés de la société A auraient passé l'entretien :
 - deux managers ;
 - un monteur ;
 - neuf afficheurs, dont les réclamants.
8. Toutes les candidatures d'afficheurs ont fait l'objet d'une proposition d'embauche, à l'exclusion des deux réclamants.
9. Or, Messieurs Y et X étaient les seuls candidats disposant de mandats de représentants du personnel.
10. Les deux managers ont également été écartés du recrutement en l'absence de poste d'encadrant disponible au sein de la société Z.
11. En outre, Monsieur C, monteur au sein de la société A, qui était initialement candidat, a finalement opté pour une mobilité interne.
12. Parmi les sept salariés afficheurs ayant reçu des propositions d'embauche, deux d'entre eux, Messieurs D et E, ont décliné l'offre pour des motifs personnels.
13. Messieurs Y et X estiment que le refus d'embauche dont ils ont fait l'objet de la part de la société Z serait discriminatoire car fondé sur l'exercice de leurs activités syndicales.

Enquête du Défenseur des droits :

14. Au vu des éléments communiqués par les réclamants et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a décidé d'engager

une enquête auprès de la société Z mise en cause, afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués, ainsi qu'un certain nombre d'éléments nécessaires à l'examen de la réclamation portée à sa connaissance.

15. Un courrier lui a été adressé en ce sens le 12 février 2020.

16. La société Z a répondu au Défenseur des droits par courrier en date du 13 mars 2020.

17. Dans le cadre de l'enquête, un délégué syndical CGT de la société Z, Monsieur F a également témoigné.

18. Après analyse des éléments de réponse la société Z, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier 27 juillet 2021, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et l'invitant à présenter tout élément nouveau sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête.

19. Par courrier du 27 septembre 2021, la société Z y a répondu.

CADRE JURIDIQUE :

➤ Sur l'interdiction des discriminations fondées sur l'exercice d'activités syndicales

20. La liberté syndicale est un droit fondamental des salariés protégés par les alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lesquels « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhère au syndicat de son choix* », « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* »².

21. Cette liberté fondamentale de valeur constitutionnelle³ est également reconnue dans diverses conventions internationales telles que les conventions n°87, 98 et 135 de l'OIT⁴.

22. En particulier, la Convention de l'OIT n°98 de 1949 sur le droit d'organisation et de négociation collective énonce, en son article 1^{er}, que « *les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous actes de discrimination tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi.* »

23. Cette liberté et l'interdiction des discriminations syndicales sont également consacrées par les articles 11 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'interdiction de porter atteinte à la liberté syndicale implique que les Etats assurent, par leur législation, une « *protection réelle et effective* » contre la discrimination syndicale⁵.

24. En droit interne, les mesures discriminatoires prises à l'égard des salariés au motif de leurs activités syndicales sont sanctionnées par deux types de dispositions : les textes généraux d'interdiction des discriminations et les textes spécifiques visant les seules discriminations syndicales.

² Cass. Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-40.628 et Cass. Soc., 28 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.387

³ Voir la décision du Conseil constitutionnel n° 89-257 DC du 25 juillet 1989

⁴ V. Cass. Soc., 13 février 2019, n°18-17.042 sur l'effet direct des conventions de l'OIT

⁵ CEDH 30 juillet 2009, Req. n° 673336/01, aff. Danilenkov et autres c. Russie

25. S'agissant des dispositions générales d'interdiction des discriminations, il ressort de l'article L. 1132-1 du code du travail qu' « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) en raison de (...) ses activités syndicales ».
26. Aux fins de définir la notion de discrimination telle qu'elle est prohibée dans les relations professionnelles, l'article L. 1132-1 du Code du travail renvoie à l'article 1^{er} 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, qui dispose que « la discrimination inclut tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés [tels que les activités syndicales], subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant humiliant ou offensant ».
27. S'agissant des dispositions spécifiques, il ressort de l'article L. 2141-5 du code du travail qu' « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement... » .
28. L'article L. 2141-8 du même code ajoute que « les dispositions des articles L. 2141-5 à L. 2141-7 sont d'ordre public. Toute mesure prise par l'employeur contrairement à ces dispositions est considérée comme abusive et donne lieu à des dommages et intérêts. »

➤ **Sur le régime probatoire des discriminations**

29. Transposant le principe d'aménagement de la charge de la preuve posé par les directives européennes 2000/43, 2000/78 et 2006/54 relatives à la lutte contre les discriminations, l'article 4 de loi du 27 mai 2008 et l'article L.1134-1 du code du travail prévoient que lorsqu'un salarié présente des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, il revient à la partie défenderesse de démontrer que ses décisions reposent sur des éléments objectifs étrangers à la discrimination alléguée.
30. Ainsi, le salarié qui s'estime victime d'une discrimination doit présenter des éléments de nature à créer un faisceau d'indices convergents laissant supposer l'existence d'une discrimination. Il n'est pas demandé au salarié de rapporter une preuve incontestable de la discrimination qu'il allègue, mais seulement de faire naître un doute raisonnable, une présomption quant à son existence.
31. Au regard des éléments présentés laissant présumer une discrimination, il appartient à la partie mise en cause d'apporter la preuve, soit que les éléments laissant supposer la discrimination ne sont pas établis, soit que la situation dénoncée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Si elle ne parvient pas à rapporter une telle preuve, la discrimination est établie.

➤ **Sur le droit à réparation intégrale du préjudice subi**

32. L'article 18 de la directive 2006/54/CE relatif à l'indemnisation ou la réparation dispose :

« Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour veiller à ce que le préjudice subi par une personne lésée du fait d'une discrimination fondée sur le sexe soit effectivement réparé ou indemnisé selon des modalités qu'ils fixent, de manière dissuasive et proportionnée par rapport au dommage subi. Une telle compensation ou réparation ne peut être a priori limitée par un plafond maximal, sauf dans les cas où l'employeur peut prouver que le seul

dommage subi par un demandeur comme à la suite d'une discrimination au sens de la présente directive est le refus de prendre en considération sa demande d'emploi ».

33. Dans l'affaire Helen Marshall portée devant la Cour de justice de l'Union européenne (affaire C-271/91), l'avocat général a soutenu que « *les diverses composantes essentielles du dommage traditionnellement envisagées par les législations relatives à la responsabilité doivent être prises en compte. Il en va notamment ainsi de la « perte d'actifs matériels (damnum emergens), du manque à gagner (lucrum cessans), du dommage moral et du dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée* ».
34. L'article 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 vise « *la responsabilité de la partie défenderesse en cas de préjudice causé à la personne victime de discrimination* ».
35. Conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif, telle une discrimination, a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale du préjudice subi⁶ qui oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu.

ANALYSE JURIDIQUE :

36. En l'espèce, à la suite de l'attribution du marché des mobiliers urbains de la ville de B au profit de la société Z, et au détriment de la société A, auparavant attributaire du marché, la société Z a engagé un processus de recrutement.
37. À cet égard, la société Z indique avoir formulé des propositions d'embauche à sept salariés de la société A, afin de respecter l'engagement pris auprès de la ville de B de reprendre prioritairement ces derniers.
38. Les sept propositions visaient tous les afficheurs candidats, hormis les réclamants, Messieurs Y et X.
39. Il ressort des éléments de l'enquête qu'un faisceau d'indices permet de laisser présumer l'existence d'une discrimination à l'embauche en lien avec l'appartenance syndicale des réclamants (I), qui n'est pas objectivement justifiée par la société Z (II).

I. Sur la présomption de discrimination à l'embauche des réclamants en raison de leurs activités syndicales

40. Plusieurs éléments de fait et de preuve laissent présumer l'existence d'une discrimination à l'embauche de la part de la société Z à l'encontre de Messieurs Y et X, fondée sur leurs activités syndicales.
- **Sur l'exclusion des seuls réclamants parmi les candidats de la société A « afficheurs »**
41. Ainsi que cela a été exposé, parmi les neuf salariés afficheurs de la société A ayant présenté leur candidature en vue d'une embauche au sein de la société Z, seuls les deux réclamants ont été écartés du processus de recrutement.
42. Or, les entretiens annuels d'évaluation de Messieurs Y et X démontrent qu'ils étaient des salariés expérimentés, donnant entière satisfaction à leur ancien employeur. En ce sens,

⁶ Cass. soc, 23 novembre 2005, n° 03-40826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225

les entretiens annuels d'évaluation de 2014, 2015 et 2016 de Monsieur Y, ainsi que les entretiens annuels d'évaluation de 2012 et 2013 de Monsieur X portent la mention « *répond aux attentes* ».

43. Cela résulte encore d'un courriel du 24 mars 2010 de Monsieur G, coordinateur du développement de produits pour l'Europe du Sud chez A, dans lequel il expliquait que le directeur des opérations italiennes l'avait appelé pour « *lui expliquer combien la prestation de Y a été efficace et constructive et qu'ils avaient eu à faire avec un vrai pro* ». Il s'agissait, dans ce courriel, d'une mission demandée par H, pour laquelle il était demandé à A un afficheur expérimenté. Monsieur Y avait été sélectionné pour l'effectuer.
44. En outre, Messieurs Y et X soutiennent qu'ils exerçaient depuis des années le même travail et les mêmes tâches que leurs collègues engagés chez Z.
45. Ainsi, Messieurs Y et X, malgré leur profil expérimenté, ont été les seuls salariés afficheurs n'ayant pas reçu de proposition d'embauche, ce qui laisse présumer l'existence d'une discrimination en raison de leurs activités syndicales.

- **Sur le profil des salariés recrutés ultérieurement au sein de l'établissement**

46. Après une étude des CV fournis par la société Z, il apparaît que les salariés issus de A ayant été retenus pour les postes proposés par la société Z ont des profils similaires à ceux de Messieurs Y et X.
47. L'enquête du Défenseur des droits révèle que les personnes embauchées par la société Z depuis le refus d'embauche adressé à Messieurs Y et X en 2017, ont une expérience professionnelle inférieure à la leur.
48. En ce sens, selon les informations recueillies par Monsieur Y, les salariés embauchés par la société Z, à la suite de la perte de marché, ont, soit aucune expérience dans le domaine, soit une expérience moindre :
 - Monsieur I embauché le 1^{er} avril 2018, Monsieur J, embauché le 5 mars 2018 et Monsieur K embauché en juin 2018 : précédemment salariés dans la société L, pour laquelle ils auraient été uniquement en charge de l'entretien des vélos en libre-service.
 - Monsieur M, contrat d'insertion embauché en CDI le 1^{er} février 2019, sans aucune expérience, *a priori*, dans le domaine de l'affichage.
 - Madame N, embauchée en intérim puis en CDI au printemps 2019, Monsieur O, embauché en 2019, ainsi que Monsieur P embauché en 2019, ne proviendraient pas du secteur de l'affichage.

- **Sur le contexte social tendu au sein de l'établissement entre le syndicat CGT et la direction**

49. Dans le cadre de l'enquête, le Défenseur des droits a interrogé Monsieur F, délégué syndical CGT de la société Z. Dans son courriel du 1^{er} avril 2021, Monsieur F a fait part d'un climat social tendu entre la directrice technique en poste à B en 2017 et leur organisation syndicale CGT.
50. En effet, Monsieur F précise les éléments de faits suivants : « *Pour chaque embauche, l'avis des cadres et des managers de proximité est pris en compte par le responsable ressources humaines qui signe les contrats de travail chez Z. Des actions communes ayant été menées par les syndicats de A et de Z pour le maintien de l'emploi dans le cadre du changement d'opérateur du mobilier urbain à B, il me semble donc tout à fait improbable*

que la direction de Z ait pu ignorer l'appartenance syndicale et l'action militante des élus A à B. »

51. Monsieur F relate également le refus de licenciement par l'inspection du travail de deux salariés protégés car élus CGT suite à un contexte de grève sur le site d'Q en 2016.
52. Monsieur F fait donc part d'un climat social tendu entre la directrice technique régionale en poste à B en 2017, Madame Y, et leur organisation syndicale CGT.
53. Madame Y aurait été congédiée fin 2018.
54. La Défenseure des droits constate donc l'existence d'un climat social potentiellement tendu, lors de cette période, entre les représentants du personnel et la direction de Z.
55. En outre, dans sa réponse à la note récapitulative, la société Z a communiqué un courriel de Madame Y en date du 13 septembre 2017 adressé à Monsieur S, DRH de la société Z. Il est fait état d'une « *menace qui pèserait sur [les] deux sociétés* », en cas de PSE et si aucune solution de transfert n'était trouvée, qui serait susceptible de « *générer un conflit social* ». Ces propos démontrent que l'attribution du marché au profit de Z, au détriment de la société A, avait également entraîné des tensions sociales au sein de la société Z.

II. Sur les éléments de justification du refus d'embauche présentés par la société Z

• Sur l'absence de motivation alléguée des deux réclamants

56. Dans le courrier de réponse du 13 mars 2020 à la Défenseure des droits, Monsieur S, directeur des ressources humaines France et projets RH Internationaux de la société Z, a indiqué que les postes qui étaient proposés n'étaient pas exactement adaptés aux profils des salariés de la société A pour deux raisons :
 - la société Z proposait des postes d' « *Agent d'exploitation Secteur technique* » qui impliquaient de maîtriser à la fois l'affichage, la maintenance et l'entretien des mobiliers urbains, tandis que l'organisation de A entraînait davantage de spécialisation en affichage ou en maintenance/entretien.
 - La société Z proposait aussi des postes d'« *Agent de maintenance intervention* » qui incluaient dans leur périmètre l'entretien et la maintenance de sanitaires, à la différence de ceux de A.
57. Par conséquent, la société Z estime que dans la mesure où les postes qu'elle proposait impliquaient une forte remise en cause de la part des futurs salariés, ils étaient « *particulièrement exigeants quant à la qualité des profils rencontrés, et attentifs à la motivation exprimée par les salariés A à la perspective de rejoindre Z* ».
58. Monsieur S indique donc qu'il n'est pas apparu, au terme de l'entretien, que Messieurs Y et X « *étaient particulièrement enthousiastes à l'idée d'intégrer Z* ». En effet, « *d'après le souvenir des personnes ayant mené les entretiens, Messieurs Y et X ressentaient de manière négative le changement de prestataire et n'envisageaient pas une embauche par Z comme une perspective motivante* ».
59. Dans sa réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, la société Z confirme que, selon elle, seul le défaut de motivation de Messieurs Y et X aurait conduit la société à

écarter leur candidature. La société Z soutient qu'à l'inverse, les candidats retenus auraient fait preuve d'une réelle motivation en envoyant pour la plupart d'entre eux au préalable leur candidature et leur CV mais également en relançant régulièrement téléphoniquement.

60. À cet égard, le Défenseur des droits constate d'une part, que le manque de motivation des réclamants lors de l'entretien d'embauche, n'est pas démontré par la société Z et, d'autre part, que la particulière motivation des candidats retenus n'est pas plus établie.
61. S'agissant du manque de motivation des réclamants, la société Z se contente d'affirmer que les réclamants aurait fait preuve d'un manque de motivation, sans que cela ne soit corroboré par aucun élément objectif.
62. En particulier, la société Z n'a pas communiqué les comptes rendus écrits d'entretiens qui avaient pourtant été sollicités dans le cadre de l'enquête.
63. Dans sa réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, la société Z indique avoir détruit ces données à caractère personnel en fin d'année 2019, conformément à la réglementation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
64. Néanmoins, la société Z aurait pu s'efforcer de démontrer cette allégation relative au comportement des réclamants par d'autres éléments de preuve, tels que des courriels ou attestations des personnes ayant mené les entretiens de recrutement. Or, il n'en est rien.
65. Ainsi, le manque de motivation des deux réclamants allégué par la société Z n'est pas démontré, de sorte que cela ne saurait constituer une raison objective étrangère à toute discrimination, justifiant le rejet des candidatures de Messieurs Y et X, qui étaient tous deux des salariés expérimentés.
66. S'agissant de la particulière motivation des salariés ayant reçu des propositions d'embauche, celle-ci n'est pas plus démontrée par la société Z.
67. D'abord, la société mise en cause ne démontre pas que ces derniers auraient envoyé « *pour la plupart d'entre eux au préalable leur candidature et leur CV* ».
68. En effet, parmi les sept candidats ayant reçu une proposition d'embauche, seuls deux d'entre eux paraissent avoir présenté une candidature spontanée, à savoir Monsieur T et Monsieur U, tous deux anciens salariés de la société Z.
69. S'agissant de ces deux salariés, le courriel du 25 septembre 2017 de Madame V à madame R fait effectivement référence à leur candidature spontanée et indique que ces derniers étaient « *très motivé[s]* ».
70. Néanmoins, les cinq autres salariés désignés dans ce même courriel comme étant les candidats *a priori* retenus, ne présentent aucun commentaire attestant d'une quelconque candidature spontanée, ni d'une particulière motivation.
71. Ainsi, l'on peut en déduire *a contrario* que ces cinq autres salariés retenus n'avaient pas fait preuve d'une particulière motivation lors des entretiens d'embauche, ni « *candidaté au préalable* ».
72. Ensuite, la société Z n'établit pas les relances téléphoniques alléguées de la part des sept candidats retenus.

73. En outre, il résulte des pièces communiquées que Monsieur E, salariés afficheurs de la société A, dont la candidature avait été retenue par la société mise en cause, avait au contraire exprimé son absence de motivation.
74. Cela résulte notamment d'un courrier du 18 octobre 2017 de Monsieur E à destination de Monsieur AA, directeur de la région de B A, qui laisse apparaître que, lors de son entretien d'embauche, Monsieur E avait explicitement évoqué sa volonté de ne pas intégrer la société Z.
75. En effet, dans ce courrier, Monsieur E précise les propos qu'il tenus lors de son entretien d'embauche avec Z : « *Mon discours auprès d'eux s'est voulu très clair : redire mon attachement à mon entreprise et de ce fait, exprimer mon refus de la quitter* ».
76. Pour autant, Monsieur E, qui n'a pas d'engagement syndical, s'est vu proposer une offre d'embauche au sein de la société Z bien, qu'il ait lui-même exprimé son manque de motivation à faire partie de la société ayant remporté le marché.
77. À cet égard, la société Z conteste le manque de motivation affiché de Monsieur E lors de son entretien de recrutement. Elle entend démontrer cela en indiquant que s'il avait fait preuve d'un manque de motivation, cela serait inscrit en commentaire dans le tableau récapitulatif des candidats retenus en date du 25 septembre 2019.
78. Néanmoins, ainsi que cela a été exposé, l'absence de commentaire relatif à la motivation de certains candidats retenus, tandis que d'autres présentent la mention « *très motivé* », apparaît davantage de nature à laisser présumer l'absence d'une particulière motivation de ces derniers plutôt que l'inverse.
79. En ce sens, s'agissant de la candidature de Monsieur E, le tableau récapitulatif ne comporte aucune mention sur la motivation de ce dernier, mais indique simplement qu'il « *souhaite évoluer vers des fonctions de maintenance* ».
80. Ainsi, l'engouement allégué de Monsieur E à l'idée de rejoindre les effectifs de la société Z n'est pas démontré.
81. Le Défenseur des droits constate donc que la société Z ne s'est pas fondée sur le seul critère de la motivation pour la sélection des candidats.
- **Sur le profil des candidats recrutés à la suite du refus d'embauche opposé aux réclamants**
82. En réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, la société Z affirme avoir priorisé le recrutement :
- de salariés déjà en poste au sein de la société Z, ou au sein d'une autre société du groupe, telle que la société L ;
 - de salariés en contrat d'insertion.
83. La société mise en cause justifie ainsi du recrutement de certains salariés ayant pourtant une expérience moindre que les réclamants. Tel est le cas de :
- Monsieur W, ancien salarié de la société L ;
 - Monsieur M, embauché en CDI en 2019, à la suite de « *plusieurs contrats temporaires dans le cadre de [leur] clause d'insertion* ».
84. La société mise en cause indique ensuite que les embauches en date de 2019, plus d'un an après les entretiens des réclamants, ne sauraient être utilement prises en compte.

85. Toutefois, les sept candidats salariés de la société A ayant reçu une proposition d'embauche n'étant ni salariés d'une société du groupe Z, ni liés par une clause d'insertion, ces observations ne sont pas de nature à démontrer que la sélection opérée au sein des candidats salariés de la société A, aurait été réalisée en fonction de critères objectifs étrangers à toute discrimination.

- **Sur l'ignorance des activités syndicales des réclamants lors de la procédure de recrutement**

86. Dans le courrier de réponse du 13 mars 2020 à la Défenseure des droits, Monsieur S, indique que la société Z ignorait les activités syndicales de Messieurs Y et X.

87. Cette allégation est confirmée par le courrier de réponse à la note récapitulative en date du 27 septembre 2021.

88. Néanmoins, selon le témoignage de Monsieur F, « *Des actions communes ayant été menées par les syndicats de A et de Z pour le maintien de l'emploi dans le cadre du changement d'opérateur du mobilier urbain à B, il me semble donc tout à fait improbable que la direction de Z ait pu ignorer l'appartenance syndicale et l'action militante des élus A à B.* »

89. En effet, ainsi que cela a été exposé, l'attribution du marché au profit de Z, au détriment de la société A, avait engendré des tensions sociales au sein des deux sociétés, face à la crainte d'un PSE au sein de la société A en l'absence de reprise d'une partie de son personnel par Z, susceptible de « *générer un conflit social* », tel que cela ressort notamment du courriel de Madame R en date du 13 septembre 2017 adressé à Monsieur S, DRH de la société Z.

90. Le Défenseur des droits en déduit que la société Z ne pouvait ignorer l'exercice des activités syndicales des deux réclamants lors de la procédure de recrutement.

- **Sur l'absence de traitement défavorable et la valorisation des parcours syndicaux au sein de la société Z**

91. La société Z précise en outre qu'elle accorde une importance toute particulière au dialogue social et à la représentation du personnel. Néanmoins, cette seule allégation n'est pas de nature à justifier le refus d'embauche par des raisons objectives étrangères à toute discrimination.

92. Elle allègue encore que le refus d'embauche n'aurait entraîné aucun traitement défavorable puisque les réclamants auraient poursuivi leur carrière au sein de la société A et aurait conservé leur mandat de représentants du personnel.

93. Toutefois, la société Z méconnaît ici la définition même de la discrimination, dès lors que le refus d'embauche constitue à lui seul un traitement défavorable, peu important la suite de leur carrière.

94. La société Z propose enfin de recevoir de nouveau les réclamants dans le cadre d'un entretien « *afin d'étudier les pistes d'embauche au sein du groupe Z* » et considère qu'en cas de refus des réclamants, cela confirmerait leur absence d'intérêts pour la poursuite d'une carrière au sein du groupe.

95. Si le Défenseur des droits prend acte de cette proposition, formulée plus de quatre années après le refus d'embauche litigieux et sans même présenter une offre d'emploi susceptible de correspondre aux compétences des réclamants, le Défenseur des droits constate néanmoins que cette proposition ne saurait permettre de renverser la présomption de discrimination relative au refus d'embauche intervenu en 2017.

96. Au regard de ce qui précède et alors que Messieurs Y et X présentent des éléments de fait et de preuve qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination, la société Z, qui ne pouvait ignorer l'activité syndicales des deux réclamants eu égard à la publicité donnée par ces derniers à leurs revendications, ne rapporte pas de justifications objectives à leur refus d'embauche.

97. En définitive, la Défenseure des droits, conclut à l'existence d'un refus d'embauche discriminatoire fondé sur l'activité syndicale de Messieurs Y et X.

98. **En conséquence**, et au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits :

- Constate que la société Z n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le refus d'embaucher Monsieur X et Monsieur Y est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de leurs activités syndicales, et conclut que Monsieur X et Monsieur Y ont fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire ;
- Recommande à la société Z de se rapprocher de Monsieur X et Monsieur Y en vue de réparer leur préjudice ;
- Recommande à la société Z de modifier ses pratiques de recrutement afin de garantir le principe de non-discrimination, au besoin après consultation du Guide « Pour un recrutement sans discrimination »⁷, ci-après annexé et de faire dispenser régulièrement des formations sur les discriminations à son personnel chargé du recrutement ;
- Demande à la société Z de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;
- À défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente qui serait saisie.

Claire HÉDON

⁷ Défenseur des droits, « Pour un recrutement sans discrimination », Guide, 2019 ; <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-recrutssdiscri-access-03.07.19.pdf>