

DISCRIMINATION Discrimination à l'emploi ou à la promotion liée à l'origine étrangère, à la religion ou à l'origine sociale – Preuve – Recours aux statistiques d'embauche – Éléments pris dans leur ensemble et leur convergence laissant supposer une discrimination (oui) – Attribution du poste demandé et réparation des préjudices financiers et moraux.

COUR D'APPEL DE COLMAR (Ch. Soc.) 28 septembre 2017

M. X. c. MGEN (n°17/1501)

X., né le 5 juin 1959, a été engagé par la MGEN Action Sanitaire et Sociale, ci-après dénommée MGEN, le 2 novembre 1982, en qualité de plongeur auprès de l'établissement privé d'hospitalisation à but non lucratif des Trois-Épis ; il a été promu à un poste de serveur intitulé agent de services logistiques en 1994.

En 2006, X. a, dans le cadre CIF, réussi le concours d'accès à l'école d'infirmier, puis a obtenu, le 26 novembre 2009, son diplôme d'infirmier décerné par l'État.

Durant sa formation, il a, pendant ses congés, travaillé en qualité d'aide-soignant au sein de l'établissement des Trois-Épis.

Le 27 octobre 2009, cet établissement a répondu défavorablement à sa demande d'intégrer un poste d'aide-soignant dans l'attente de ses résultats d'examen finaux, puis d'infirmier au motif qu'il n'existait pas de poste vacant.

Le 21 décembre 2009, l'établissement des Trois-Épis proposait à X. un poste d'infirmier de nuit qu'il refusait, puis, le 15 février 2010, un détachement provisoire en remplacement sur un poste d'infirmier en contrat à durée déterminée, qu'il refusait également.

X. bénéficiait d'un congé sabbatique du 12 avril 2010 au 11 mars 2011, période pendant laquelle il travaillait essentiellement à l'hôpital de Ribeauvillé en contrat à durée déterminée, puis en contrat à durée indéterminée, dont il démissionnera à effet du 28 janvier 2011.

Le 21 janvier 2011, il adressait au Centre des Trois-Épis sa candidature pour un poste d'infirmier, qui était refusée par un courrier du 2 février 2011, le directeur de l'établissement lui écrivant notamment : « .../ai le regret de vous informer que nous ne vous engagerons pas en qualité d'infirmier à l'issue de votre congé sabbatique... ».

Le 12 mars 2011, X. réintérait son poste d'agent des services logistiques, affecté au pôle hôtelier du centre des Trois-Épis.

Le 12 novembre 2011, X. déposait plainte auprès du Procureur de la République de Colmar pour discrimination à l'embauche.

Le 19 février 2012, il demandait l'intervention de l'inspecteur du travail.

Le 12 mars 2013, X. a saisi le Conseil de prud'hommes de Colmar en s'estimant victime, de la part de la MGEN, d'une discrimination en raison de son origine et de son parcours, cet organisme refusant, pour des

raisons qu'il estimait fallacieuses, d'exercer son métier dans son établissement des Trois-Épis.

Il sollicitait principalement la condamnation de la partie défenderesse à lui attribuer un poste d'infirmier dans cet établissement sous astreinte, à lui payer des rappels de salaires pour la période du 9 novembre 2010 au 31 décembre 2013 et les congés payés y afférents, subsidiairement, à lui payer des dommages et intérêts pour perte de salaire et accessoires de salaire sur la même période, des dommages et intérêts pour préjudice moral, des dommages et intérêts pour préjudice fiscal, des dommages-intérêts pour perte de droits à la retraite, ainsi qu'une indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par jugement de départage, rendu le 19 décembre 2014, le conseil de prud'hommes a considéré qu'il n'y avait pas eu discrimination et il a débouté le requérant de l'intégralité de ses demandes.

[...]

SUR QUOI, LA COUR,

[...]

2. Sur la discrimination :

Si la mutuelle employeur disposait de la plus grande liberté dans la sélection des candidats aux postes à pourvoir dans son établissement, comme elle le souligne, elle était tenue par les dispositions de l'article L.1132-1 du Code du travail de n'écarter aucune personne d'une procédure de recrutement, ni d'exercer une mesure discriminatoire en matière de promotion professionnelle, notamment à raison de l'origine ou à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, à une nation ou à une race, ou encore à raison des convictions religieuses.

En application de l'article L. 1134-1 du Code du travail, il appartient au salarié demandeur de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence de la discrimination qu'il allègue, à charge pour la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Or le salarié X. établit la matérialité de six éléments.

En premier lieu, le salarié établit le brusque refus de le nommer à un poste d'aide-soignant ou d'infirmier, qu'au terme de son congé individuel de formation la mutuelle employeur lui a notifié, par lettre du 27 octobre 2009, alors même que, selon une lettre du cadre infirmier Christine K. au directeur de

l'établissement, X. était attendu pour exercer des fonctions d'aide-soignant à partir du début du mois de novembre 2009.

En deuxième lieu, le salarié se réfère au registre du personnel de l'établissement des Trois-Epis pour montrer que son employeur a procédé, à la même période, à plusieurs embauches d'aides-soignants et d'infirmiers.

En troisième lieu, le salarié établit le second refus que son employeur lui a opposé à une promotion à un poste d'infirmier au terme du congé sabbatique qu'il avait observé du 12 avril 2010 au 11 mars 2011.

Par lettre du 2 février 2011, la mutuelle employeur lui a notifié qu'à l'issue du congé sabbatique, elle ne l'engagerait pas en qualité d'infirmier, alors même que le congé sabbatique lui avait été conseillé par l'employeur, comme l'a attesté le délégué du personnel Marc S. et comme l'a confirmé le directeur-adjoint Jean-Jacques P.

En quatrième lieu, le salarié montre que l'établissement des Trois-Epis a procédé à l'embauche d'une trentaine d'infirmiers entre février 2011 et juillet 2014, alors qu'il était toujours candidat à une promotion.

En cinquième lieu, le salarié produit les notes manuscrites prises par feu Monique M., déléguée locale de la Ligue des droits de l'Homme, lors d'un entretien avec le directeur d'établissement Bernard H., lesquelles font apparaître que les refus de promotion de X. étaient notamment motivés à raison de son passé de serveur dans le même établissement et de sa pratique de la religion musulmane.

En sixième lieu, le salarié X., qui est né en Tunisie, présente une analyse du registre du personnel de l'établissement des Trois-Epis qui démontre que, du 4 mai 2009 au 6 mars 2016 :

- concernant les infirmiers diplômés d'État, son employeur a embauché 40 personnes d'origine européenne en contrat à durée indéterminée pour une seule personne d'origine extra-européenne, 486 personnes d'origine européenne en contrat à durée déterminée pour deux personnes d'origine extra-européenne et 166 personnes d'origine européenne en stage pour trois personnes d'origine extra-européenne ;

- concernant les postes d'aides-soignants, son employeur a procédé à 611 embauches de personnes d'origine européenne par contrats à durée indéterminée pour huit embauches de personnes d'origine extra-européenne, à 126 embauches de personnes d'origine européenne à durée déterminée pour 27 embauches de personnes d'origine extra-européenne et à l'emploi de 60 stagiaires d'origine européenne sans admettre aucun stagiaire d'origine extra-européenne.

Ces six éléments matériellement établis par le salarié, pris dans leur ensemble, et leur convergence, font suspecter la discrimination alléguée tant à raison de son origine extra-européenne que de ses convictions

religieuses et de l'origine de son embauche en qualité de plongeur au service de restauration de l'établissement.

Il incombe dès lors à l'employeur de justifier ses refus de promotion de X. par des motifs étrangers à la discrimination présumée.

Au premier chef, la mutuelle employeur tente de se prévaloir de l'opposition que, par lettre collective du 18 novembre 2009, ses responsables infirmiers Christine K., Marianne M., Chantal J. et Michel M. lui ont exprimé voir X... intégrer les équipes de soins.

Mais cet avis défavorable du 18 novembre 2009 ne peut justifier *a posteriori* le refus que l'employeur avait déjà notifié, par lettre du 27 octobre 2009, de nommer X. à un poste d'aide-soignant ou d'infirmier au terme de son congé individuel de formation.

Au surplus, l'avis défavorable du 18 novembre 2009 n'est pas le motif retenu par la mutuelle employeur à l'appui de ses refus, puisqu'elle prétend que, nonobstant l'opposition de ses responsables infirmiers, elle a ultérieurement proposé deux postes d'infirmiers à X.

Au deuxième chef, la mutuelle employeur affirme avoir proposé un poste d'infirmier de nuit le 21 décembre 2009 et que X. a décliné l'offre le 24 décembre 2009.

D'une part, la mutuelle employeur verse aux débats la reproduction d'une lettre du 21 décembre 2009, par laquelle elle prétend avoir interrogé X. sur son intérêt pour un poste d'infirmier de nuit, alors seul vacant. Mais le salarié conteste avoir reçu la lettre et rien n'atteste que la proposition lui a été faite.

D'autre part, la mutuelle employeur présente la reproduction d'une lettre du 24 décembre 2009, par laquelle X. aurait décliné l'offre d'un emploi d'infirmier de nuit. Mais le document ne porte aucune signature.

Au troisième chef, la mutuelle employeur se prévaut d'une seconde proposition, présentée le 15 février 2010 et précisée le 3 mars 2010, au vu du remplacement temporaire d'une infirmière jusqu'au 4 juillet 2010.

Mais cette proposition a été formulée en même temps qu'une offre de congé sabbatique. Dès lors qu'une option était ouverte à X., son choix d'un congé sabbatique par lettre du 9 mars 2010 ne peut être interprété comme un refus d'occuper un poste d'infirmier.

En tout cas, le choix du 9 mars 2010 ne justifie pas le refus de promouvoir X. à un poste d'infirmier que la mutuelle employeur a maintenu au terme du congé sabbatique.

Au quatrième et dernier chef, la mutuelle employeur tente de se prévaloir des mauvais renseignements que lui a communiqués l'hôpital de Ribeauvillé, au service duquel X. s'est employé en qualité d'infirmier pendant le congé sabbatique qu'elle lui avait accordé.

Mais la mutuelle employeur se réfère à sa pièce annexe 20 qui, comme il est dit *supra*, doit être écartée des débats.

Il en résulte qu'en définitive, la mutuelle employeur ne parvient pas à justifier, par des éléments dénués de discrimination, ses refus successifs de promouvoir X. à des fonctions d'aide-soignant, puis d'infirmier diplômé d'État, alors même que son établissement disposait de postes vacants.

Par conséquent, l'existence de la discrimination présumée doit être retenue.

3. Sur le harcèlement :

En application de l'article L.1154-1 du Code du travail, il appartient au salarié demandeur d'établir la matérialité de faits précis et concordants constituant, selon lui, le harcèlement moral dont il se dit victime. Si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence du harcèlement allégué, il incombera à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement ou que ces décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Premièrement, le salarié invoque la discrimination dont il a fait l'objet et dont l'existence doit être retenue, comme il est dit ci-dessus.

Deuxièmement, le salarié se plaint de pressions exercées sur lui pour qu'il quitte l'établissement en invoquant huit faits :

- le salarié affirme avoir été humilié par la proposition qui lui a été faite d'une formation aux tâches de ménage ; mais il se réfère à une lettre du 8 avril 2010 qui est relative à son congé sabbatique et qui ne contient aucune proposition de formation au ménage ;
- le salarié prétend qu'en mars 2010, il a été le seul agent des services logistiques auquel il a été demandé de balayer la salle à manger ; mais il se réfère à une lettre du 8 mars 2011 par laquelle son employeur a pris note de son souhait de réintégrer son poste des services logistiques ; si la lettre mentionne que des heures de ménage sont comprises dans les attributions des agents affectés à la salle à manger, rien n'étaye l'assertion du salarié ;
- le salarié reproche à son employeur de lui avoir suggéré de quitter l'établissement ; mais il se réfère à une lettre du 14 février 2011 dans laquelle son employeur a seulement supposé qu'il ne souhaitait pas réintégrer son poste à l'issue de son congé sabbatique ;
- le salarié affirme que, pour le rabaisser, le directeur de l'établissement lui a indiqué que des tâches de ménage entreraient dans la planification ; mais il se réfère à la même lettre du 8 mars 2011 sans établir l'intention vexatoire qu'il prête au directeur de l'établissement des Trois-Épis ;
- le salarié prétend que le directeur a voulu faire naître l'idée qu'il n'avait plus sa place dans l'établissement ; mais il se réfère à la lettre du 14 février 2011 qui ne

comporte aucune mention susceptible d'étayer son assertion ;

- le salarié reproche à nouveau au directeur de lui avoir suggéré de quitter l'établissement ; mais il se réfère à la même lettre du 14 février 2011 qui ne contient qu'une supposition émise par le directeur de l'établissement ;

- le salarié affirme avoir été incité à démissionner et à se faire employer à l'hôpital Schweitzer ; mais il ne produit que sa propre lettre du 1^{er} août 2011 par laquelle il s'est plaint du fait sans l'établir ;

- le salarié prétend avoir été menacé de la suppression de son poste d'agent logistique ; mais il ne produit qu'une lettre du 2 février 2011 par laquelle il s'est plaint du fait sans non plus l'établir.

Troisièmement, le salarié se plaint d'avoir été ramené à sa position de subordonné. Mais il ne produit encore qu'une de ses propres lettres de doléances, laquelle est datée du 18 juin 2012, sans établir matériellement le fait qu'il dénonce.

Quatrièmement, le salarié se dit victime de vexations en invoquant trois faits :

- le salarié prétend avoir fait l'objet de reproches pour des « *broutilles* », au contraire de ses collègues ; il produit une lettre du 30 juin 2011 par laquelle son employeur l'a rappelé au respect des horaires ; mais il admet lui-même avoir commis une erreur sur ses horaires de service et, en tout cas, il n'établit pas la différence de traitement qu'il allègue ;

- le salarié prétend qu'en 2012, il était le seul dont les vacances n'avaient pas été planifiées ; mais il se limite à présenter un tableau des droits à congés payés acquis en 2011/2012 et utilisés en 2012/2013 par le personnel du service hôtelier, sans établir l'omission qu'il allègue ;

- le salarié reproche à son employeur d'avoir opéré, en octobre 2012, puis en octobre 2013, des retenues sur salaire au-delà des maxima légaux ; il produit les bulletins de paie qui mentionnent des montants nets à payer de 39,72 € et 264,32 € respectivement.

Cinquièmement, le salarié se plaint de mesures vexatoires qu'il affirme avoir perduré malgré le changement de direction en invoquant trois faits :

- le salarié considère avoir fait l'objet de reproches déplacés concernant un prétendu bavardage pendant les heures de travail ; il se réfère à un rappel à la règle que son employeur lui a notifié par lettre recommandée du 17 juillet 2014 concernant une discussion dans un autre service que le sien, et à une lettre recommandée du 28 août 2014 par laquelle l'employeur est revenu, après réclamation, sur la sanction prononcée ;

- le salarié se plaint de refus opposés à ses demandes de récupération ou de jours au titre de la réduction du temps de travail ; il produit des fiches de demandes portant la mention des refus ;

- le salarié affirme que la directrice l'évite et ne lui adresse plus la parole ; mais il ne présente aucun élément en sanction de son assertion.

En définitive, le salarié n'établit la matérialité que :

- de la discrimination dont il a fait l'objet,
- des retenues sur salaire,
- de la sanction injustifiée du 17 juillet 2014.

Ces trois seuls faits précis, pris dans leur ensemble et leur convergence, suffisent à suspecter le harcèlement allégué.

Concernant la discrimination, et comme il a été précédemment dit, l'employeur ne peut apporter de justification.

Concernant les retenus sur salaire, l'employeur se limite à affirmer qu'il a naturellement déduit le montant d'indemnités journalières de Sécurité sociale perçues directement par le salarié. Il n'en justifie pas pour autant et, surtout, il n'apporte aucune justification ni du montant, ni même du principe des retenues qu'il a opérées, selon les mentions des bulletins de salaire, au titre de loyers et de consommation d'eau.

Concernant la sanction du 17 juillet 2014, l'employeur ne fournit pas de justification.

Il s'ensuit que, faute pour l'employeur de présenter des éléments justificatifs exempts de harcèlement, et même s'il souligne que le salarié n'a formulé aucune doléance, ni au temps des faits, ni lors des entretiens annuels d'évaluation, l'existence du harcèlement moral présumé doit être retenue.

4. Sur les demandes de réparation des préjudices :

Les manquements commis par l'employeur engage sa responsabilité pour les préjudices qu'en a subis le salarié, qui est fondé à en obtenir la réparation intégrale.

La réparation intégrale des dommages oblige à placer celui qui les a subis dans la situation où il se serait trouvé si les comportements dommageables n'avaient pas eu lieu (Cass. Soc. 23 novembre 2005, n° 03-40826).

Il s'ensuit, d'une part, concernant le préjudice matériel causé par les refus discriminatoires des promotions de X., que ce salarié est fondé à se voir attribuer la qualité d'aide-soignant à compter du 9 novembre 2009 et la qualité d'infirmier à compter du 1^{er} décembre 2009 au service de l'association MGEN Action Sociale et Sanitaire dans son établissement des Trois-Épis, sans qu'il y ait lieu à condamnation sous astreinte.

Consécutivement, le salarié appelant est fondé à obtenir les rémunérations y afférents.

À titre principal, le salarié appelant réclame la communication avant-dire droit de la grille des salaires appliquée dans l'entreprise, le registre du personnel de l'établissement des Trois-Épis et les fiches de salaire du personnel infirmier depuis le mois de décembre 2009.

Mais il ne peut être fait droit à une demande qui est motivée par d'éventuelles prétentions au bénéfice d'augmentations qui seraient accordées

dans l'entreprise périodiquement, ou en fonction de l'ancienneté ou de l'expérience, et dont l'existence reste conjecturale.

À titre subsidiaire, le salarié appelant est mieux fondé en sa prétention au paiement d'un reliquat de salaires que, sans être critiqué en ses calculs, il chiffre exactement sur la base de la grille des rémunérations de la convention collective nationale de la Fédération des établissements privés non lucratifs hospitaliers et d'aide à la personne.

Il sera fait droit à sa prétention pour la période du 9 novembre 2009 au 30 avril 2017, avec une indemnité compensatrice des congés payés y afférents et y compris les cotisations sociales, en particulier au titre de l'assurance-vieillesse, ainsi qu'à la demande de délivrance des bulletins de paie correspondants.

Pour la période postérieure, le salarié appelant est fondé à entendre fixer sa rémunération mensuelle, comprenant le salaire de base, la prime d'ancienneté et la prime décentralisée, à 3.058 € bruts à compter du 1^{er} mai 2017.

D'autre part, concernant le préjudice moral causé tant par la discrimination que par le harcèlement, au vu des éléments produits aux débats, une exacte appréciation conduit la Cour à fixer à 10.000 € le montant des dommages et intérêts qui indemniseront exactement X.

PAR CES MOTIFS

LA COUR, statuant par mise à disposition au greffe, par arrêt contradictoire et en dernier ressort, après en avoir délibéré conformément à la loi,

DÉCLARE recevable l'appel interjeté,

ECARTE des débats l'annexe n° 20 présentée par l'association MGEN Action Sociale et Sanitaire,

DIT que X. doit se voir attribuer, dans sa relation de travail au service de l'association MGEN Action Sociale et Sanitaire dans l'établissement des Trois-Épis, la qualité d'aide-soignant du 9 au 30 novembre 2009, puis la qualité d'infirmier à compter du 1^{er} décembre 2009,

FIXE la rémunération de X. à 3.058 € (trois mille cinquante huit euros) bruts par mois à compter du 1^{er} mai 2017, ce comprenant le salaire de base, la prime d'ancienneté et la prime décentralisée,

CONDAMNE l'association MGEN Action Sociale et Sanitaire à verser à X. :

- les sommes de 127.353 € (cent vingt sept mille trois cent cinquante trois euros) bruts à titre de rappel de rémunération pour la période du 9 novembre 2009 au 30 avril 2017, et de 12.735 € (douze mille sept cent trente cinq euros) bruts à titre d'indemnité compensatrice des congés payés y afférent, ainsi qu'à délivrer les bulletins de paie correspondants aux mentions des cotisations sociales obligatoires, notamment les cotisations à l'assurance-vieillesse,
- la somme de 10.000 € (dix mille euros) à titre

de dommages et intérêts pour le préjudice moral résultant de la discrimination et du harcèlement,

- la somme de 4.000 € (quatre mille euros) en contribution aux frais irrépétibles,

DÉBOUTE les parties du surplus de leurs prétentions,

CONDAMNE l'association MGEN Action Sociale et Sanitaire à verser à chacune des parties intervenantes, à savoir le syndicat Solidaires Alsace et l'Union locale des syndicats CGT de la région de Colmar :

- la somme de 2.500 € (deux mille cinq cents euros) à titre de dommages et intérêts,

- la somme de 1.800 € (mille huit cents euros) en contribution aux frais irrépétibles,

Note.

Cet arrêt de la Cour d'appel de Colmar est important, tout d'abord parce que les faits dont il s'agit sont aussi fréquents que sont rares les décisions de justice qui les concernent et le cas échéant les sanctionnent (1). Ensuite, parce que la banalité de la discrimination raciale et/ou religieuse est établie par de nombreuses études (2). Autant de raisons pour s'arrêter sur cette décision.

Les faits sont simples. Un salarié d'origine maghrébine, et apparemment de confession musulmane, est engagé en qualité de serveur au début des années 80, au sein d'un établissement hospitalier. Mû par un souhait d'évolution, le salarié réussit le concours d'accès à l'école d'infirmiers en 2006, lui ouvrant ainsi la possibilité d'exercer en qualité d'aide-soignant, puis obtient le diplôme d'infirmier en 2009.

Malgré l'existence de postes disponibles d'aide-soignants, dans un premier temps, puis d'infirmier après 2009, l'établissement refuse de le promouvoir au poste qu'il convoite, le condamnant à rester dans son poste de serveur.

C'est dans ces circonstances, après avoir saisi l'inspection du travail et le Parquet, que le salarié saisissait le Conseil de prud'hommes de Colmar, estimant qu'il était, principalement, victime d'une discrimination liée à son origine et/ou religieuse (tout en faisant référence à une différence de traitement d'origine sociale et en formulant des demandes au titre du harcèlement moral).

Concernant la discrimination, les demandes formées devant les juges étaient constituées d'une

obligation de faire (l'attribution d'un poste d'infirmier) et de réparation des préjudices financiers et moraux.

Une lecture critique de l'arrêt ne manquera pas de relever ses défauts, notamment sur la détermination du préjudice. Pour autant, il y a lieu de se réjouir de cette décision.

Tout d'abord, elle prend le contre-pied de la décision de départage qui avait débouté intégralement le salarié de ses demandes ... comme trop souvent, en la matière. En effet, dans les dossiers de discrimination, surtout lorsque le critère mobilisé est celui de l'origine ou de la religion, la justice paritaire trouve presque toujours un accord pour ne pas reconnaître la discrimination. Il est vrai que la notion même de discrimination, qui vise à protéger des « minorités » susceptibles d'être maltraitées, sied mal à l'universalisme abstrait de nos principes et a du mal à s'incarner en un universalisme vraiment... universaliste.

Ensuite, il convient également de ne pas se voiler la face... les juges sont également perméables aux tendances et aux projets discriminatoires se développant au sein de la société française. Dans la présente affaire, il faut souligner que la justice pénale avait été saisie, en premier lieu, à l'occasion d'une plainte et que le Parquet l'avait classée pour insuffisance de preuves ; comme trop souvent ... encore.

Dans ce contexte, comment est-on arrivé à une condamnation ? L'examen de l'arrêt révèle tout d'abord une mobilisation autour du salarié. Au-delà de l'avocat qui a porté le dossier, on comprend que les syndicats ne sont pas restés inactifs, notamment dans la collecte des indices susceptibles de révéler la discrimination (comptes rendus de réunion de la délégation du personnel, interpellations de la direction...). Ils sont également intervenus à la procédure. On notera également la mobilisation d'une organisation de défense des droits de l'Homme (la Ligue des droits de l'Homme). Enfin, après enquête, l'inspection du travail conclura à une discrimination au préjudice du salarié.

La preuve statistique est souvent imparable

Sur le plan de la preuve, il peut être relevé que les juges ont considéré que le salarié, dans le cadre du « *test de discrimination* » posé par l'article 1134-1 du Code du travail, apportait suffisamment d'éléments

(1) Marie Mercat-Bruns, maître de conférence, dans la revue *Droit Social* 2017, « *Racisme au travail : les nouveaux modes de détection les outils de prévention* ».

(2) Rapport de l'Institut Montaigne « *Discriminations religieuses à l'embauche : une réalité* » - étude octobre 2015 ; Études & Résultats du Défenseur des Droits, « *Résultats de l'appel à témoignages / accès à l'emploi et discrimination liées aux origines* » en date du 1^{er} septembre 2016 ; Enquête « *Trajectoires*

et Origines », INED, 2015 ; Étude DARES n°76 de décembre 2016, « *Discrimination à l'embauche selon « l'origine » : que nous apprend le testing auprès de grandes entreprises ?* » ; article du journal *Le Monde* du 13 décembre 2016, « *discriminations à l'embauche : une étude sévère pour les grandes entreprises françaises* » ; Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise du 13 mai 2015 remis le 19 mai 2015 à la ministre de la Justice.

permettant de présumer l'existence d'une discrimination liée à l'origine et/ou à sa religion supposée.

Parmi la profusion de faits, non contestés par l'entreprise, la Cour d'appel en retient six. Un mérite particulièrement notre attention : les statistiques. Il est, en effet, peu fréquent pour les salariés et leurs conseils de recourir à ce type de preuve. Il est encore moins fréquent pour les juges du travail d'en tirer des conséquences, surtout sur le critère de l'origine. En effet, il existe une croyance selon laquelle, en matière de discrimination raciale, il serait interdit de compter, sous peine de créer des statistiques ethniques et de caractériser, par la même, une infraction pénale. Dans le cadre d'un contentieux, ceci est faux.

En réalité, l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, qui interdit le traitement des dossiers sensibles (i.e. couleur de peau, origine ...), prévoit des exceptions, notamment dans le cas des débats judiciaires (3).

En l'espèce, les justifications avancées par l'entreprise pour refuser l'octroi du poste revendiqué par le salarié ne pouvaient rien contre l'évidence : la Cour d'appel relève, en effet : « *concernant les infirmiers diplômés d'État, son employeur embauchait 40 personnes d'origine européenne en contrat à durée indéterminée pour une seule personne d'origine extra-européenne, 486 personnes d'origine européenne en contrat à durée déterminée pour deux personnes d'origine extra-européenne et 166 personnes d'origine européenne en stage pour trois personnes d'origine extra-européenne ; concernant les postes d'aides-soignants, son employeur a procédé à 611 embauches de personnes d'origine européenne par contrat à durée indéterminée pour huit embauches de personnes d'origine extra-européenne, à 126 embauches de personnes d'origine européenne à durée déterminée pour 27 embauches de personnes d'origine extra-européenne et à l'emploi de 60 stagiaires d'origine européenne sans admettre aucun stagiaire d'origine extra européenne* ».

On constate ici l'importance croissante que les juges accordent à la preuve statistique.

Récemment, au sujet des contrôles d'identité au faciès réalisés par les forces de l'ordre, la première Chambre civile de la Cour de cassation (4) soulignait : « *d'abord, que l'arrêt constate que les études et informations statistiques produites attestent de la fréquence de contrôles d'identité effectués, selon des motifs discriminatoires, sur une même catégorie de population appartenant aux « minorités visibles* »,

(3) « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances » – Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi – Défenseur des droits et CNIL.

(4) Cass. 1^{ère} Civ. 9 novembre 2016, *Mizius/AJE*, n° 1245 FS-P+B+R+I.

c'est-à-dire déterminée par des caractéristiques physiques résultant de son origine ethnique, réelle ou supposée ». La fréquence est telle que la preuve statistique peut suffire à « *passer le test de discrimination* » devant les juges.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme admet que « *lorsqu'il s'agit d'évaluer l'incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives, suffisent pour constituer le commencement de preuve apporté par le requérant* » (5). Dans une affaire *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009 (n° 33401/02), la CEDH a notamment relevé le caractère probant de rapports et statistiques établis par Amnesty International et le Barreau Diyarbakir en vue de démontrer la réalité de la discrimination à l'égard des femmes.

Les statistiques sont d'autant plus importantes lorsque les éléments susceptibles d'expliquer l'acte litigieux sont exclusivement en possession de l'une des parties et que le rapport liant les deux parties est asymétrique. Bien souvent, seules les statistiques, voire des études sociologiques ou d'autres sciences sociales, permettent de révéler la discrimination, notamment indirecte. Rappelons d'ailleurs que les directives « *Lutte contre les discriminations* » soulignent la pertinence et l'utilité de ces modes de preuve (6).

Il est vrai que la preuve statistique est souvent imparable. Elle est particulièrement pertinente pour révéler les discriminations institutionnelles, structurelles. Quand une disproportion est statistiquement établie, l'entreprise a le plus grand mal à convaincre de l'inexistence de pratiques, voire de politiques discriminatoires.

C'est le cas en l'espèce. Une fois constatée la forte présomption de discrimination raciale et rejeté les justifications peu probantes avancées par l'employeur, le salarié se voit attribuer le poste d'infirmier par la Cour d'appel, en sus du paiement de sommes liées aux comportements discriminatoires et harceleurs subis.

La voie judiciaire pour lutter contre les discriminations

Enfin, il est intéressant d'appréhender la présente affaire dans son contexte politique. Le précédent exécutif s'était engagé à lutter efficacement contre la discrimination à l'embauche et dans l'emploi. Pour

(5) CEDH, 13 novembre 2007, n° 57.325/00, *D.H. et a. c/ Rép. Tchèque*.

(6) Dir. 2000/43 et 2000/78, consid. 15 : « *la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques* ».

ce faire, il avait mis en place, fin 2014, un groupe de travail réunissant partenaires sociaux, entreprises et associations (7). C'est à l'évocation de l'introduction d'indicateurs susceptibles de mesurer les discriminations que les représentants du patronat ont quitté le groupe de travail ...

Aujourd'hui, aucun projet visant à lutter contre les discriminations raciales dans l'entreprise (et ailleurs !) ne semble inscrit à l'agenda du nouvel exécutif.

Ainsi, comme nous y invite l'arrêt de Colmar, il faut considérer la voie judiciaire comme LA voie crédible, actuellement, pour lutter contre les discriminations.

Il y a fort à penser que la reconnaissance de l'importance des statistiques par les juges et l'entrée en vigueur récente de l'action de groupe en matière de discrimination permettront rapidement de passer un cap concernant la réalisation de la promesse d'égalité, posée par nos principes fondateurs.

Oui, il y a définitivement lieu de se réjouir de cette décision, elle porte en elle un modèle et un espoir ; cela est précieux dans les temps que nous connaissons.

Slim Ben Achour,
Avocat au Barreau de Paris

(7) Rapport de synthèse des travaux du groupe de dialogue inter-partenaires sur la lutte contre les discriminations en entreprise du 13 mai 2015 remis le 19 mai 2015 à la ministre de la Justice.