

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 décembre 2011

Airbus opération contre L., Fédération CGT de la Métallurgie et a. (pourvoi n° 10-15.873)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 19 février 2010), que M. L., employé par la société Airbus France par des contrats de travail temporaire, du 2 octobre 2000 au 28 septembre 2001, en tant que "fraiseur commandes numériques", puis du 10 janvier 2005 au 7 juillet 2006, comme affûteur, s'est porté candidat à un emploi à durée indéterminée ; que l'employeur ayant choisi d'engager en octobre 2005 M. F., qui travaillait comme fraiseur depuis le mois de janvier précédent, M. L., soutenant que ce choix procédait d'une discrimination liée à son origine et à son nom de famille, a saisi la juridiction prud'homale de demandes tendant notamment au paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Airbus opération, venant aux droits de la société Airbus France, fait grief à l'arrêt de la condamner au paiement de dommages-intérêts pour discrimination, alors selon le moyen, que la détention par le candidat recruté, d'un diplôme ou d'un niveau de formation supérieur à celui présenté par le candidat alléguant une discrimination à son encontre, constitue une justification objective et pertinente du choix effectué, dès lors que ce diplôme ou ce niveau de formation sont utiles à l'exercice des fonctions en vue desquelles le recrutement a été effectué ; qu'en estimant que le niveau bac professionnel du candidat retenu ne constituait pas un élément objectif au motif qu'aucun élément ne faisait apparaître qu'avant qu'il soit procédé à l'embauche le niveau bac professionnel était considéré comme une exigence indispensable pour l'occupation du poste d'affûteur commandes numériques, qu'une partie des candidats embauchés à des postes commandes numériques n'étaient pas titulaires d'un bac professionnel et qu'il n'y avait pas eu de définition préalable des exigences requises pour occuper le poste considéré, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du Code du travail ;

Mais attendu que l'arrêt qui, après avoir retenu que M. L. présentait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination à l'embauche, a constaté que l'employeur ne justifiait pas que son choix d'un autre candidat avait été déterminé par la prise en compte du diplôme dont bénéficiait celui-ci ou de l'expérience professionnelle qu'il avait acquise, a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Bailly, f.f. prés. et rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Lyon- Caen et Thiriez, SCP Didier et Pinet, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Note.

Si les discriminations pratiquées à raison de l'origine (1) sont fréquentes, elles restent peu visibles (2) et la faiblesse du contentieux est frappante. L'arrêt rapporté en présente d'autant plus d'intérêt (3). Un salarié employé par plusieurs contrats de travail temporaires en qualité de fraiseur d'octobre 2000 à septembre 2001, puis comme affûteur de janvier 2005 à juillet 2006, s'était porté candidat à un emploi à durée indéterminée, mais sa candidature n'avait pas été retenue, l'employeur ayant engagé un fraiseur travaillant sous contrat de travail temporaire depuis début 2005. Le candidat recalé, Français d'origine algérienne, soutenant que le choix de l'employeur procédait d'une discrimination liée à son origine et à son nom de famille, avait alors saisi la juridiction prud'homale.

Condamné par la Cour d'appel de Toulouse à payer au salarié des dommages-intérêts pour discrimination (4), l'employeur faisait valoir que la personne recrutée avait un niveau de formation plus élevé que le candidat alléguant une discrimination (5). Selon le pourvoi formé par l'employeur, la différence relative au diplôme détenu constitue une « justification objective et pertinente du choix effectué, dès lors que ce diplôme ou ce niveau de formation sont utiles à l'exercice des fonctions en vue desquelles le recrutement a été effectué » (ci-dessus).

Deux questions retiennent l'attention. Le candidat recalé a-t-il été victime d'une discrimination à raison de son origine ? L'employeur a-t-il justifié son choix de recruter un autre candidat ?

La Chambre sociale de la Cour de cassation confirme l'analyse des juges du fond. Après avoir relevé que le salarié « présentait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination à l'embauche », la Cour d'appel, qui a constaté que « l'employeur ne justifiait pas que son choix d'un autre candidat avait été déterminé par la prise en compte du diplôme dont bénéficiait celui-ci ou de l'expérience professionnelle qu'il avait acquise », a légalement justifié sa décision.

La présente décision invite à envisager la reconnaissance d'une discrimination à l'embauche à raison de l'origine et du patronyme (I), puis la preuve de celle-ci (II).

(1) Voir « Perception des discriminations par les salariés et pratiques des entreprises en matière de prévention », *JCP S*, n° 16 février 2010, act. 90. L'origine est perçue comme le principal critère de discrimination.

(2) L'origine et l'appartenance ethno-raciale sont exclues de la liste des données objectives pouvant être recensées pour les besoins d'études consacrées à la diversité des origines ou aux discriminations. Voir C. const. déc. n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*. C. Willmann, « Statistiques ethniques

en entreprise : le Conseil constitutionnel pose de nouvelles conditions », *Dr. soc.* 2008, p.166. Lire « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances », guide publié par le Défenseur des droits et la CNIL, 2012.

(3) « Discrimination dans l'emploi et patronyme : une avancée ? », *RDT* 2012, p.291, commentaire J. Bouton.

(4) CA Toulouse 19 février 2010, 4^e Ch., 2^e sect.

(5) Le candidat recruté était titulaire du baccalauréat, le candidat recalé avait un niveau BEP.

I. La reconnaissance d'une discrimination à l'embauche à raison de l'origine et du patronyme

A. La discrimination : une notion à préciser

Bien que la liberté pour les chefs d'entreprise de choisir leurs collaborateurs ait été érigée au rang de valeur constitutionnelle (6), certaines limites d'origine légale ou conventionnelle s'imposent. Multiples sont les textes prohibant les discriminations, tant en droit international (7), européen (8), communautaire (9), qu'en droit interne (10).

Dans le langage courant, la discrimination est envisagée comme une « distinction, acceptable ou condamnable » (11). C'est une acception plutôt « négative » de la discrimination qui est retenue en droit interne, celle-ci s'analysant comme une « différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques (...), ou au détriment de personnes morales » (12). Procédant de la prise en compte de traits distinctifs attachés à la personne (13), la discrimination entretient donc des liens étroits avec la notion d'égalité (14), sans pour autant se confondre avec cette dernière (15).

Si la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a contribué à un élargissement de la notion de discrimination (16), celle-ci n'a été définie que récemment par le législateur (17). Ainsi, la loi n° 2008-96 du 27 mai 2008

portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (18), définit la discrimination directe comme la « situation » dans laquelle une personne est « traitée de manière moins favorable qu'une autre » se trouvant « dans une situation comparable », sur le fondement d'éléments parmi lesquels figurent notamment l'âge, le handicap, l'appartenance réelle ou supposée à une ethnie ou à une race (19). Le législateur a également défini la discrimination indirecte, dans laquelle l'auteur de celle-ci prend soin de « masquer » ses motivations (20). En dépit de cet effort définitoire, il demeure toutefois délicat d'identifier le type de discrimination en cause.

B. Discrimination directe ou discrimination indirecte : quelques incertitudes

En l'espèce, le candidat recalé invoquait une discrimination à l'embauche en raison de son origine et de son patronyme, éléments figurant tous deux à l'article

L. 1132-1 du Code du travail. Mais, dans sa décision, la Cour de cassation ne fait référence à aucun d'entre eux.

Peut-être doit-on considérer que « l'origine », dotée d'un périmètre plus large, englobe certains éléments relatifs à la personne tels que la religion ou le nom de famille (21). Ces difficultés relatives au vocabulaire employé ne sont pas rares (22) et illustrent l'imbrication difficilement saisissable des fondements d'une pratique discriminatoire.

Outre cet aspect, une incertitude se profile quant à la nature de la discrimination reconnue en l'espèce. S'agit-il

(6) C. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, Dr. soc. 1988, p. 762.

(7) Art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; art. 1^{er} de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 ; art. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

(8) Art. 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

(9) Voir notamment l'art. 12 du TCE.

(10) Cf. notamment l'article L. 1132-1 C. trav. Toutefois, l'existence d'un principe de non-discrimination n'est pas attestée en droit positif. En ce sens, voir J. Péliissier et al., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 4^e éd. 2008, p. 341.

(11) On renverra à l'étude de J. Porta, « Discrimination, égalité et égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de la non-discrimination » (1^{re} partie), *RDT* 2011, p. 290.

(12) Cf. G. Cornu et al., *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, 9^e éd. 2011.

(13) Voir M. Mercat-Bruns (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, Dalloz, 2006.

(14) Voir le Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008 *Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation disp.* sur le site de la Cour ; T. Aubert-Monpeyssen, N. Moizard, « Egalité : des exigences trop fortes ? », *RDT* 2012 p. 128.

(15) L'égalité renvoie au contenu d'un acte et non à une raison d'agir. Voir J. Péliissier et al., *Grands arrêts du droit du travail*, op. cit. p. 341. La rupture d'égalité suppose une comparaison que la discrimination ne requiert pas nécessairement. Voir notamment Cass. soc. 3 novembre 2011, n° 10-20765, inédit.

(16) En admettant la discrimination « par association » et en l'absence de victime identifiable. T. Aubert-Monpeyssen, « La notion de victime d'une discrimination et le droit communautaire », *JCP E* n° 15, 9 avril 2009, 1383. Voir CJUE 17 juillet 2008, aff. C-3003-06 *Coleman* ; CJUE 10 juillet 2008, aff. C-54/07, *Feryn*, D. 2008, p. 3038, n. F. Muller, M. Schmitt.

(17) Sous l'impulsion du droit communautaire qui est vu comme un « moteur essentiel » dans l'évolution du droit des discriminations. Cf. Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2008 préc.

(18) M. Miné, « Discriminations : une transposition laborieuse... », *RDT* 2008 p. 532.

(19) Article 1^{er}, alinéa 1^{er}.

(20) Article 1^{er}, alinéa 2. « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

(21) Rappr. Cass. soc. 10 novembre 2008. T. Aubert-Monpeyssen, « Vous avez dit « Laurent » ? », *RDT* 2010 p. 169.

(22) Cass. soc. 18 janvier 2012, n° 10-16.926, Dr. Ouv. 2012 p. 327, n. M. Cohen. L'origine maghrébine d'une personne a pu être retenue pour caractériser une « discrimination raciale ».

d'une discrimination directe ou indirecte ? Dans certains cas, le caractère « direct » ne fait pas de doute (23). Mais, dans le cas d'espèce, l'origine du candidat recalé n'avait ni été mentionnée, ni fait l'objet de déclaration intempestive (24).

Le refus d'embaucher ce dernier procédait donc d'une pratique neutre en apparence, l'employeur faisant valoir que le niveau de diplôme des candidats avait été le critère de recrutement. Pourtant, cette pratique a eu pour effet de constituer un obstacle à l'embauche pour le candidat recalé, d'où l'idée que la discrimination en cause présenterait un caractère indirect. Mais la condition relative au niveau de diplôme exigé n'avait pas été définie en amont (25). Ne s'agit-il pas plutôt d'une tentative de dissimulation d'une discrimination directe à raison de l'origine ? La présente décision suscite la réflexion concernant l'articulation entre discrimination directe et indirecte (26). Sans doute, la discrimination en cause emprunte-t-elle des éléments inhérents aux deux types. L'arrêt incite également à mesurer la difficulté d'établir la preuve d'une telle discrimination.

II. La preuve délicate de la discrimination à l'embauche à raison de l'origine et du patronyme

A. L'établissement d'une présomption de discrimination

Si l'initiative de la preuve de la discrimination appartient toujours au demandeur, c'est-à-dire à la victime ou au syndicat agissant en son lieu et place, il suffit, dans un premier temps, de présenter au juge des faits permettant d'en présumer l'existence (27). Cet aménagement de la charge de la preuve (28) marque un pas supplémentaire en faveur des victimes de pratiques discriminatoires (29).

Dans le cas d'espèce, le candidat alléguant une discrimination avait mis en évidence son expérience plus importante que le candidat recruté et rapporté la preuve de ses capacités professionnelles à occuper le poste à pourvoir (30), l'entreprise le lui ayant déjà confié précédemment. Dans ses observations, la Halde avait constaté que, parmi les 288 personnes recrutées dans l'entreprise entre 2000 et 2006, seules deux avaient un patronyme d'origine maghrébine. De surcroît, aucun des agents embauchés en contrat à durée indéterminée n'avait un patronyme d'origine maghrébine, ce qui a pesé en faveur de la présomption de discrimination. Celle-ci aurait été plus difficile à établir si le demandeur n'avait pas travaillé auparavant dans l'entreprise (31).

B. L'absence de justification objective du refus d'embauche

Au vu des éléments présentés par le demandeur, il appartenait à l'employeur de prouver que son choix d'embaucher un autre salarié que celui qui alléguait une discrimination était justifié par un élément objectif étranger à toute discrimination (32). L'argumentation de l'employeur, suivant laquelle le choix du candidat recruté avait été déterminé par sa détention du baccalauréat, n'a pas emporté la conviction (33).

A ce sujet, la Halde avait pointé le caractère artificiel de l'exigence de ce diplôme, de nombreux salariés embauchés sur ces fonctions ne le détenant pas (34). Surtout, l'entreprise avait fait savoir qu'elle « *pourrait être amenée à prendre en considération des niveaux CAP ou BEP* » pour les personnes « *ayant des expériences professionnelles spécifiques liées à l'activité du secteur* » (35). L'exigence du baccalauréat n'était donc pas une « *condition essentielle et déterminante* » pour occuper le poste en cause, ce qui a permis à la Halde d'en conclure

(23) CJUE 10 juillet 2008 C-54/07 *Feryn*. Un employeur avait annoncé qu'il n'embaucherait pas de travailleurs marocains.

(24) Voir K. Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », RDT 2010 p. 635.

(25) Comp. avec Cass. crim. 20 janvier 2009, n°08-83710, Dr. Ouv. 2009 p. 452, où une offre d'emploi comportait l'obligation pour les postulants de présenter leur carte d'électeur.

(26) Pour N. Moizard, « Égalité : des exigences trop fortes », art. préc., la « frontière » entre ces deux types de discrimination n'est pas « clairement fixée ».

(27) Art. L. 1134-1 C. trav.

(28) C'est en premier lieu l'œuvre de la jurisprudence. Voir CJUE 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, 170/84, Rec. C/CE p. 1607 ; Cass. soc. 28 mars 2000, Dr. soc. 2000, note M.-T. Lanquetin, Dr. Ouv. 2000 p. 176, n. F. Saramito. Cet aménagement a été consacré par la loi du 16 novembre 2001 pour les régimes de discrimination existants, puis généralisé par la loi du 27 mai 2008 à l'ensemble des discriminations visées par la loi dans les domaines extra-professionnels.

(29) En pratique, la responsabilité des entreprises demeure difficile à engager. En ce sens, K. Berthou, « La preuve des discriminations à l'embauche en raison de l'origine. Réflexions à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 », art. préc.

(30) Selon les observations de la Halde, délib. 2008-135 du 16 juin 2008 (point 15), le candidat recalé avait un profil qui « *intéressait particulièrement l'entreprise* ».

(31) Le salarié recalé aurait-il pu demander à l'employeur des éléments concernant l'expérience du candidat recruté ? Comp. avec CJUE, 19 avril 2012 aff. 415/10, RJS 07/2012 n°664, chron. J.-Ph. Lhernould, p. 523. Selon l'auteur, cette décision sonne comme un « avertissement » pour les employeurs car s'ils ne sont pas tenus de fournir des informations concernant l'issue d'un recrutement, le refus de communiquer sur ce point peut contribuer à établir une présomption de discrimination.

(32) Cf. art. 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

(33) Voir aussi Cass. soc. 7 février 2012, n° 10-19505. L'employeur n'apportait pas de raison objective pour expliquer le retard important d'un salarié dans le déroulement de sa carrière par rapport à l'ensemble des salariés se trouvant dans une situation comparable. Les juges en ont déduit que ce retard n'était pas étranger à la discrimination ethnique invoquée par le salarié.

(34) Voir les observations de la Halde, point 32. Sur 22 salariés embauchés, 11 ne possédaient qu'un CAP/BEP.

(35) Obs. de la Halde, point 21.

que l'origine du salarié semblait « être la seule justification au traitement défavorable dont il a fait l'objet ».

Cette décision pointe la question du « moment » de la détermination des exigences requises pour occuper un emploi à pourvoir et, par là-même, de l'objectivité des pratiques de recrutement. En l'espèce, la condition de détention du baccalauréat n'avait pas été posée avant que s'engage la procédure de sélection des candidats. Précisément, l'emploi en cause n'avait pas été précédé d'une offre d'emploi publique, ce qui n'a pas permis d'avoir connaissance des exigences requises pour l'occuper. Cela ménageait, à première vue, toute latitude à l'employeur pour concevoir *a posteriori* une justification au refus d'embaucher un candidat. C'est d'ail-

leurs de cette opportunité dont il s'est saisi pour tenter d'apporter, sans succès, une coloration objective à ce refus d'embauche. Cette décision devrait donc inciter les employeurs à définir en amont les exigences requises pour occuper un poste à pourvoir.

Plus généralement, elle invite à revisiter l'épineuse question des critères de sélection dans les procédures de recrutement. En pratique, la place de choix accordée aux canaux de proximité les rend souvent opaques (36).

Reste à espérer que ce signal envoyé par les juges se traduira par une appréciation plus objective des compétences des candidats à l'embauche.

Valérie Pontif, Docteur en Droit privé,
Université Paris-Ouest - Nanterre La Défense (IRERP).

(36) Même si les efforts pour éradiquer les pratiques discriminatoires méritent d'être relevés. Voir les propositions de R. Fauroux, « La lutte contre les discriminations ethniques dans le domaine de l'emploi », La Documentation française, 2005. Voir J.-F. Amadieu, « CV anonymes et questions des entreprises aux candidats : où en est-on ? », Observatoire des discriminations, 2009.