

Emploi de travailleurs maliens sans-papiers dans le bâtiment : reconnaissance d'une discrimination systémique

Par Lola ISIDRO, Maîtresse de conférences, Université de Lorraine

PLAN

- I. Une situation banale
- II. Une décision inédite
- III. Apport et portée

Tout commence le 11 juillet 2016, date à laquelle débute un chantier important de démolition dans un quartier huppé de Paris (avenue de Breteuil). Un maître d'ouvrage, Covéa, a confié la réalisation de ce chantier à un donneur d'ordre, la société Capron, qui l'a elle-même sous-traité à une autre société, MT BAT Immeubles. Parmi les ouvriers employés par cette dernière se trouvent de nombreux Maliens en situation irrégulière sur le territoire français. Le 3 et le 6 septembre 2016, deux d'entre eux sont victimes d'un accident du travail, le second accident laissant la victime sans connaissance. Aucun des deux accidents n'est déclaré par l'employeur. Les ouvriers, avec la CGT, appellent eux-mêmes les pompiers, la police et l'inspection du travail. La société Capron décide alors de résilier le contrat de sous-traitance qui la lie à la société MT BAT. Le 7 septembre, l'accès au chantier est refusé aux ouvriers qui décident, avec l'aide de la CGT, de monter un piquet de grève et d'occuper le lieu de travail pour protester contre la situation de travail dissimulé, le non-règlement de l'ensemble des salaires, la non-communication des fiches de paie, la non-déclaration des accidents du travail et la violation de l'obligation de sécurité (notamment par l'absence de fourniture d'équipements de protection). Le 20 septembre, le Tribunal de grande instance de Paris, saisi en référé par Covéa et Capron, ordonne l'expulsion des grévistes. À la suite de l'expulsion, une transaction est conclue en novembre 2016 entre les travailleurs et les deux sociétés, ouvrant sur la régularisation et l'embauche des travailleurs par Covéa. La société MT BAT Immeubles, pourtant employeur direct des ouvriers, n'est pas partie à la transaction. Les travailleurs l'informent néanmoins qu'ils se tiennent à sa disposition pour travailler sur le chantier. En l'absence de fourniture du travail par MT BAT Immeubles, les travailleurs prennent acte de la rupture de leur contrat de travail aux torts de l'employeur, pour les mêmes motifs ayant justifié la grève. Face au silence de MT BAT Immeubles, et malgré sa mise en liquidation judiciaire en août 2017, les travailleurs et leurs conseils décident de l'assigner devant les prud'hommes. Un grief supplémentaire motive leur saisine : les discriminations multiples en raison de l'origine, de la nationalité et de l'ethnie qu'ils estiment avoir subies, situation étayée par un procès-verbal de l'inspection du travail établi à la suite des accidents du travail, des observations du Défenseur des droits (DDD), saisi au même moment, et les écrits de Nicolas Jounin, sociologue spécialiste de l'organisation du travail dans le secteur du bâtiment, sur lesquels le DDD s'est largement appuyé. Après avoir entendu les parties, l'Union départementale (UD) CGT de Paris et le DDD, comme tiers intervenants, ainsi que N. Jounin comme témoin, le CPH donne droit aux travailleurs. Dans un jugement rendu le 17 décembre 2019 (1), il condamne notamment l'employeur pour « *discrimination raciale et systémique* ».

« *Mon enquête a 15 ans, et à regarder la situation de MT BAT, on dirait que rien n'a changé – s'il ne s'y ajoutait les pratiques, contribuant à entretenir une discrimination systémique, de certains employeurs* ». À lire cet extrait du témoignage de N. Jounin, la situation qu'a eue à connaître le CPH de Paris est banale ; elle l'est, en effet (I.).

(1) CPH Paris 17 décembre 2019, n° 17/10.051, SSL n° 1893, 3 février 2020 (dossier) ; RDT 2020, p. 137, obs. F. Guiomard ; Dalloz act., 8 janvier 2020, obs. M. Peyronnet.

En concluant à l'existence d'une discrimination systémique, la juridiction parisienne a cependant rendu une décision totalement inédite (II.).

Son apport et sa portée doivent, dès lors, être discutés (III.).

I. Une situation banale

Le jugement du CPH contribue tout d'abord à mettre au jour une situation qui, sans être nécessairement connue du « grand public », n'en est pas moins banale. Cette situation, c'est celle du secteur du bâtiment-travaux publics (BTP), dont l'organisation du travail présente deux caractéristiques prédominantes : la sous-traitance en cascade, d'une part, et l'emploi de travailleurs sans-papiers, d'autre part (2).

Sous-traitance en cascade. À cet égard, le chantier de l'avenue de Breteuil ne fait pas exception. Les ouvriers ont été engagés pour travailler sur le chantier dans le cadre d'un programme immobilier de transformation d'anciens bureaux de Michelin, entrepris par le groupe mutualiste d'assurance Covéa. Le chantier nécessitait d'importants travaux de réhabilitation impliquant un curage (c'est-à-dire la destruction de l'existant). Cette opération avait été confiée par Covéa à une société de sous-traitance – la société Capron – qui avait elle-même sous-traité l'opération à une autre société ayant pour activité la construction de bâtiments et la réalisation de travaux de curage, la société MT BAT Immeubles. Cette dernière était l'employeur direct des vingt-cinq travailleurs sans-papiers.

Emploi de travailleurs sans-papiers. Le curage est une tâche particulièrement pénible et dangereuse dans le processus de démolition partielle d'un bâtiment. L'opération vise à retirer les éléments non constructifs du bâtiment, ce qui implique d'ôter des parties détériorées ou encore potentiellement contaminées, notamment par de l'amiante. Sans surprise, ce type de besogne est très mal rémunéré et trouve difficilement preneur. De manière générale,

le bâtiment fait partie de ces secteurs désertés par la main-d'œuvre (avec notamment la restauration et le nettoyage). Indispensables à la bonne marche de l'économie, ces secteurs sont fuis par les travailleurs pouvant aspirer à de meilleures conditions de travail, en particulier les travailleurs nationaux. Restent alors les travailleurs les plus fragilisés, au premier rang desquels les sans-papiers, pour exercer ces activités (3). Nonobstant l'interdiction d'emploi d'étrangers démunis d'autorisation de travail (4), on rencontre en effet une importante main-d'œuvre sans-papiers dans le secteur du BTP.

Cette main-d'œuvre se trouve ainsi confrontée aux risques d'un secteur, le BTP, où les accidents du travail sont nombreux (5). Ce sont précisément deux accidents du travail graves, intervenus à trois jours d'intervalle, qui sont à l'origine du conflit du chantier de l'avenue de Breteuil. Conflit qui, avant de se présenter devant les juges, a donné lieu à une grève avec occupation enclenchée par les travailleurs sans-papiers du chantier, avec le soutien de l'UD CGT Paris. L'arme de la grève (avec occupation (6)) est régulièrement utilisée par les travailleurs sans-papiers depuis une dizaine d'années maintenant (7), à la fois pour alerter sur leurs (très) mauvaises conditions de travail et réclamer la clé de leur amélioration, à savoir la régularisation de leur situation au regard du droit de l'immigration.

Pour tristement banale qu'ils soient, les faits de l'espèce vont, en revanche, conduire le CPH de Paris à rendre une décision inédite.

(2) Deux phénomènes documentés par N. Jounin, v. not. « L'illégalité sous-traitée ? Les conséquences du recours à des employeurs intermédiaires dans le secteur du bâtiment », Dr. Soc. 2007, p. 38, et l'ouvrage tiré de sa thèse, *Chantier interdit au public. Enquête parmi les travailleurs du bâtiment*, La Découverte, 2008.

(3) E. Terray, « Le travail des étrangers en situation irrégulière ou la délocalisation sur place », in E. Balibar et a., *Sans-papiers : l'archaïsme fatal*, La Découverte, 1999, p. 9.

(4) Art. L. 8251-1, C. trav.

(5) Le taux de fréquence dans le BTP est de près de 60 accidents par an pour 1000 salariés, quand le taux moyen, tous secteurs confondus, est de 33,4 (source : Tableaux de synthèse des statistiques nationales de la sinistralité 2017 de la branche AT-

MP du régime général, Direction des risques professionnels de la Cnam, étude 2018-175, septembre 2018). Ce chiffre ne prend, logiquement, pas en compte la sous-déclaration, assurément plus importante lorsque les victimes sont des travailleurs sans-papiers.

(6) Nous nous permettons de renvoyer à L. Isidro, « La grève des travailleurs sans-papiers. Réflexions sur l'occupation », RDT 2011, p. 636.

(7) Pour le dernier exemple en date, v. G. Kristanadjaja, « Victoire pour les travailleurs sans-papiers qui occupaient les futurs locaux du «Monde» », *Libération*, 27 février 2020.

II. Une décision inédite

La situation est à ce point banale qu'elle prend les traits du systématisme. Plus encore, les vingt-cinq travailleurs maliens ont été victimes d'une discrimination raciale systémique. Telle est la conclusion à laquelle parvient le Conseil de prud'hommes de Paris dans le jugement du 17 décembre 2019, à l'appui de trois ressources déterminantes : un procès-verbal de l'inspection du travail, une décision du Défenseur des droits, admis comme intervenant volontaire à l'instance, et le témoignage de Nicolas Jounin, sociologue, spécialiste de l'organisation du travail dans le secteur du BTP.

Rôle essentiel de l'IT dans l'engagement du contentieux (8) : constat de multiples violations. Confrontés de nouveau, lors du second accident du travail, à l'inaction de leur employeur, ce malgré la gravité de l'accident, les travailleurs du chantier de l'avenue de Breteuil décident d'appeler eux-mêmes les pompiers. Alertée dans la foulée par la CGT, l'inspection du travail (IT) se rend sur place. Au vu des premiers constats, elle décide de diligenter une enquête (9). Celle-ci va donner lieu à un volumineux procès-verbal en date du 12 décembre 2016, où sont relevés une série d'infractions et manquements : travail dissimulé, emploi d'étrangers sans titre, manquement à l'obligation de sécurité (équipements de travail non conformes, absence de protection individuelle), absence de formation à la sécurité, absence de suivi médical des travailleurs. L'IT conclut, en outre, à des conditions de travail indignes, renforcées par la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les travailleurs. Au même moment, le DDD était saisi par la CGT.

Rôle décisif du DDD et du témoignage sociologique : mise en évidence d'une discrimination systémique. Saisi en octobre 2016 par la CGT, le DDD rend une décision le 19 avril 2019 (10). Invité à se prononcer sur l'existence de discriminations multiples en raison de la nationalité et de l'origine, infligées par leur ancien employeur aux vingt-cinq travailleurs maliens sans-papiers, le DDD va aller

plus loin. À l'appui des analyses sociologiques de N. Jounin, l'autorité administrative indépendante conclut à l'existence d'une discrimination systémique caractérisée par une hiérarchisation des tâches en fonction de l'origine des travailleurs. L'initiative du DDD incite les avocates de la défense à plaider la discrimination systémique devant le CPH (11), stratégie qui va se révéler victorieuse.

L'initiative de la défense des travailleurs était audacieuse, la notion de discrimination systémique n'existant pas (encore) en droit positif français. Le droit canadien, pour sa part, la connaît et la Cour suprême du Canada la définit comme « *une situation d'inégalités cumulative et dynamique résultant de l'interaction sur le marché du travail, de pratiques, de décisions ou de comportements individuels ou institutionnels, ayant des effets préjudiciables, voulus ou non, sur les membres du groupe visé* » (12). Et la Cour d'appel fédérale du Canada d'ajouter que la discrimination systémique renvoie à « *un phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales* » (13).

En France, peu avant l'adoption de l'action de groupe pour discrimination dans les relations de travail (14), le rapport *Pécaut-Rivolier* sur les discriminations au travail (15) a identifié quatre facteurs caractérisant la discrimination systémique : les stéréotypes et préjugés sociaux, la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories, la sous-évaluation de certains emplois, la recherche de rentabilité économique à court-terme.

La situation des travailleurs maliens du chantier de l'avenue de Breteuil, et plus largement de travailleurs sans-papiers dans le bâtiment, offre une illustration tout à la fois sombre et éclatante de ce que peut être une discrimination systématique. Il serait trop long de reprendre l'ensemble des marqueurs d'une telle discrimination en l'espèce, et rien ne vaut la lecture du jugement et des éléments qui l'ont nourri (PV de l'IT, décision du DDD, écrits de

(8) « La discrimination systémique devant le CPH de Paris », entretien avec A. Chanu, avocate associée, cabinet Lepany, SSL n° 1862, 20 mai 2019.

(9) « L'inspection du travail pointe toutes les responsabilités dans le chantier de l'avenue de Breteuil », entretien avec la DGT, SSL n° 1893, 3 février 2020.

(10) Déc. n° 2019-108.

(11) « La discrimination systémique devant le CPH de Paris », préc.

(12) Cité dans la décision du DDD, p. 14.

(13) *Ibid.*

(14) Art. L. 1134-6, C. trav., créé par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle. Notons que, de prime abord, dans le cadre du contentieux ici étudié, l'idée d'une action de groupe aurait pu apparaître pertinente. Le régime de l'action de groupe introduite par la loi de 2016 apparaît cependant inadapté à la situation en l'espèce, notamment en ce qu'est exigé une saisine préalable de l'employeur en vue de faire cesser la discrimination collective alléguée, vouée ici à l'échec...

(15) *Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif*, rapport au ministère de la Justice, 2013.

N. Jounin). Quelques éléments choisis suffiront ici. Assignés sur le chantier aux tâches les moins qualifiées et les plus pénibles (celles de manœuvre), exécutées en outre sans formation, ni protection, les travailleurs sans-papiers maliens (et plus largement originaires d'Afrique de l'Ouest, soit de pays anciennement colonisés et historiquement pourvoyeurs de main-d'œuvre « bon marché ») sont appelés les « Mamadou » par leurs supérieurs. Indifférenciés, les « Mamadou » sont, dès lors, interchangeables, à tel point qu'il importe peu à l'employeur que l'un d'entre eux soit grièvement blessé – il pourra aisément être remplacé. Comme le relève le CPH dans le jugement de décembre 2019, tandis qu'un collègue (un autre « Mamadou »...), alors même que sa situation est irrégulière, a pris le risque, plutôt que de laisser la victime de l'accident du travail sans secours, de rester sur le chantier dans l'attente de l'arrivée des

secours, de l'IT et, surtout, de la police, « *il convient de constater que la société (qui n'a pas daigné réagir, rappelons-le) a préféré privilégier l'état d'avancement des travaux à la sauvegarde de l'intégrité corporelle et de la vie des salariés, ceux-ci étant, dès lors, appréhendés comme de simples composantes remplaçables* ». Manifestement, l'employeur était donc parfaitement conscient de la situation irrégulière des ouvriers (sans quoi il aurait appelé les secours), et donc de la position de particulière faiblesse dans laquelle ils étaient placés, et il en a abusé, perpétuant ainsi une discrimination systémique.

En retenant cette dernière notion, le CPH de Paris du 17 décembre 2019 a rendu une décision inédite. Quel est donc son apport et quelle peut être sa portée ?

III. Apport et portée

Apport. L'apport de la décision du 17 décembre 2019 réside évidemment dans le recours au concept de discrimination systémique. Qu'apporte-t-il de plus au droit de la non-discrimination ? Cela revient à poser la question de la fonction de la discrimination systémique. Ce concept invite à s'intéresser, de manière plus profonde, à la fois aux conséquences, aux causes, ainsi qu'à la « mécanique » globale, sociétale de la discrimination. Pour reprendre les observations du DDD, « *c'est ainsi l'analyse de la somme et de la répétition des actes visant à stigmatiser, exclure et/ou défavoriser un groupe considéré, lesquels relèvent bien souvent d'un système organisationnel et d'un processus historique, qui va conduire à la reconnaissance d'une discrimination systémique. Ce cumul de critères, nationalité et origine, produit pour le groupe stigmatisé – les travailleurs maliens en situation irrégulière – un désavantage qui n'est pas ponctuel, mais récurrent, permettant de mettre en évidence, au-delà de discriminations multiples, une discrimination systémique* ».

Le caractère systémique de la discrimination renvoie ainsi aussi bien à son caractère systématique, répétitif, qui s'exprime dans des actes individuels, qu'au fait qu'elle se déploie dans le cadre

d'un système global qui, sans aller nécessairement jusqu'à produire directement la discrimination (16), à tout le moins la rend possible et la tolère. Le système permet le systématisme et, en retour, ce dernier l'alimente. C'est dans cette dialectique entre le général et le particulier (17) que se comprend la responsabilité de l'employeur condamné en l'espèce : « *l'employeur peut ici être tenu pour responsable d'une discrimination car il a profité, contribué à, et perpétué la discrimination systémique* » (18), alors notamment qu'une solution s'offrait à lui pour briser cette forme de cercle vicieux, à savoir entreprendre les démarches nécessaires à la régularisation des travailleurs.

Portée ? Le jugement du CPH de Paris peut-il faire jurisprudence ? Le droit français légiféré ne connaît actuellement pas la discrimination systémique. Si le concept venait à être repris par d'autres juges – en particulier la Cour de cassation – il s'imposerait alors comme une construction prétorienne, à l'image de la discrimination indirecte dédagée en son temps par la Cour de justice des communautés européennes (19). Une telle perspective n'a rien d'inconcevable, la Cour de cassation ayant, en réalité, déjà eu l'occasion de mettre en œuvre une « *grille de lecture systémique* » (20), à propos, déjà, de travailleuses sans-

(16) M. Mercat-Bruns et E. Boussard-Verrechia, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », RDT 2015, p. 660.

(17) C. Wolmark, « Discriminations systémiques : de nouvelles perspectives à la lutte judiciaire contre les discriminations », SSL n° 1893, 3 février 2020.

(18) *Ibid.*

(19) CJCE 12 février 1974, *Sotgiu*, aff. 152-73.

(20) M. Mercat-Bruns, « La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ? », Rev. DH 2018/14 (en ligne).

papiers victimes de discriminations multiples fondées sur le sexe et l'origine (21). En l'espèce, il s'agissait de travailleuses domestiques à propos desquelles la Cour de cassation a relevé qu'elles se trouvaient dans une *situation d'exploitation* liée à leur qualité d'étrangère en situation irrégulière « *ne leur permettant aucune réclamation* », ce qui avait entraîné la négation de leurs droits légaux et conventionnels et « *une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail* ».

Dans une perspective plus proche, l'AGS (22) ayant décidé d'interjeter appel contre le jugement du 17 décembre 2019, l'on se demandera si ce dernier sera confirmé. Peut-être la juridiction prud'homale sera-t-elle critiquée pour avoir fait citer N. Jounin

comme témoin, dans une conception, il est vrai, large, d'un tel statut procédural (23). Quoi qu'il en soit, les travaux du sociologue ressortaient des observations du DDD, admis comme tiers intervenant ; ils avaient donc vocation à influencer la décision. Sur le fond, peut-être reprochera-t-on, par ailleurs, au CPH de n'avoir pas d'abord raisonné dans les termes classiques de la discrimination indirecte, d'une part, directe, d'autre part, pour leur préférer le concept de discrimination systémique (24). C'est que, par son jugement du 17 décembre 2019, le CPH de Paris a invité à aller plus loin, à adopter une vision plus structurelle des discriminations (25), à prendre en compte les racines du mal. Une manière de dire que, face à l'inertie (26), il faut que tout change.

Lola Isidro

(21) Cass. Soc. 3 novembre 2011, n° 10-20.765, inédit.

(22) Régime de garanties des salaires se substituant à l'employeur en liquidation.

(23) F. Guiomard, « Un sociologue aux prud'hommes », RDT 2020, p. 137.

(24) La discrimination indirecte n'apparaît pas pertinente pour saisir la situation en l'espèce, tant on peut douter de la neutralité du traitement infligé aux travailleurs concernés. Au contraire, les préjudices subis par les demandeurs paraissent directement liés à leur origine. Il y a donc discrimination directe. Simplement,

cette discrimination n'est pas le seul fait de l'employeur (MT BAT) et elle prend les traits d'une évidence lorsqu'elle est rapportée au contexte sociologique dans lequel elle s'inscrit, ce qui explique sa qualification de systémique. Sur ces points, v. C. Wolmark, préc.

(25) À rapprocher du jugement rendu par le Tribunal correctionnel de Paris (31^{ème} ch.) du 20 décembre 2019, qui reconnaît un « *harcèlement moral institutionnel* » exercé à l'encontre des employés de France Télécom.

(26) Cf. l'observation de N. Jounin citée en introduction.