

Délibération n° 2011-10 du 4 avril 2011

Délibération faisant suite à un refus d'envoi en mission temporaire en raison de l'origine ethnique de la réclamante

Emploi privé / Origine ethnique / Discrimination

La réclamante a saisi la haute autorité d'une réclamation relative au litige qui l'oppose à son ancien employeur. La réclamante s'est vu refuser une mission de cinq semaines aux Emirats Arabes Unis en raison de sa couleur de peau.

L'employeur justifie ce refus de mission temporaire par la nécessité d'assurer la sécurité de la salariée. Toutefois, l'employeur sur qui repose la charge de la preuve ne démontre pas qu'il existe un risque pour la sécurité de la salariée au regard de la nature de l'activité professionnelle proposée ou des conditions d'exercice de cette activité. Il ne démontre pas que la situation est fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La haute autorité considère que la réclamante a fait l'objet d'une discrimination en raison de son origine ethnique.

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 et son préambule ;

Vu le Code du travail ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 4 novembre 2009 d'une réclamation de Madame X qui estime avoir été victime de discrimination en raison de son origine dans le cadre d'un refus de mission aux Emirats Arabes Unis pour le compte de son employeur.

Z est un groupe international de gestion de la santé des personnels expatriés par les grandes entreprises multinationales.

Suite à la création d'un centre d'alarme à Dubaï, le Directeur Général Régional d'Z (...), a fait appel à la société Z (assistance) SA pour l'envoi de chargés d'assistance confirmés pour des périodes allant de 3 à 8 semaines par mission en attendant que le personnel local soit formé.

Madame X, embauchée depuis le 5 janvier 2004 en qualité de chargée d'assistance au sein de la société Z (Assistance) SA était fortement pressentie pour ce détachement par les dirigeants de la filiale française.

Avant de confirmer la désignation de Madame X, la société Z (Assistance) SA a souhaité obtenir l'avis de Monsieur R. Ce dernier a attiré l'attention de la filiale française sur « *l'environnement culturel des Emirats* », qualifié de « *non-optimum pour une jeune femme africaine, non accompagnée* » précisant « *qu'il était préférable de ne pas faire venir Mademoiselle X afin d'éviter de possibles désagréments* ».

La société Z (Assistance) SA a alors refusé d'envoyer Madame X en mission.

Madame X s'est donc vu opposer un refus de mission par son employeur au motif qu'elle était une femme d'origine africaine.

Le 8 août 2009, Madame X adresse un courrier électronique à Monsieur F, Directeur Général de la Région CEMA (Europe continentale, Maghreb et Afrique), afin de dénoncer la discrimination dont elle estime avoir été victime.

Par courrier du 28 septembre 2010, Monsieur F lui indique que la position de la société Z (Assistance) SA « *n'a pu qu'être liée à un profond souci de garantir [son] bien être et [sa] sécurité au sein de notre groupe et ce, compte tenu des réserves très appuyées de la direction locale tenant « aux spécificités culturelles » bien particulières propres à Dubaï et aux Emirats Arabes Unis en général* ».

Madame X a alors saisi la HALDE le 5 novembre 2009 et a tenté de trouver un accord avec son employeur afin de résoudre ce litige.

Très affectée par cette situation, la réclamante a consulté en urgence, le 19 décembre 2009, le docteur C qui a fait état d'un syndrome anxio-dépressif.

La rupture conventionnelle du contrat de travail de Madame X est signée le 8 janvier 2010 par Monsieur F et a pris effet le 15 février 2010.

L'article L1237-14 du code du travail offre la possibilité d'exercer un recours juridictionnel dans un délai de douze mois à compter de la date d'homologation de la convention.

C'est donc sur ce fondement et dans le respect du délai légal imposé par l'article L1237-14 du code du travail que Madame X a contesté le bien-fondé de la rupture conventionnelle de son contrat de travail.

Elle a saisi le conseil des prud'hommes le 11 mai 2010 afin de faire constater la discrimination dont elle a été victime et faire requalifier la rupture conventionnelle en licenciement.

Outre la question spécifique posée par la réclamante, cette situation amène à s'interroger plus généralement sur les possibilités de dérogation au principe de non discrimination, prévues par la loi, en lien avec le critère de l'origine.

La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique prohibe toute différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique dans le domaine de l'emploi ou du travail.

En principe, une discrimination fondée directement sur un critère prohibé ne peut être justifiée. Toutefois ce principe admet des dérogations exceptionnelles, précisément identifiées.

L'article 4 paragraphe 2 de la directive énonce que « les états membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle particulière ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

A ce jour, la Cour de Justice de l'Union Européenne ne s'est prononcée qu'indirectement sur la question des justifications des discriminations en matière d'origine ethnique. En effet, saisie de questions préjudicielles dans l'arrêt (...) du 10 juillet 2008, le Cour de justice n'a pas eu à se prononcer sur la notion « d'exigence professionnelle essentielle et déterminante » figurant à l'article 4 paragraphe 2 de la directive précitée. Il ressort toutefois de cet arrêt qu'une politique discriminatoire à l'embauche en fonction de l'origine ethnique ou raciale ne saurait être autorisée si elle a pour simple but de satisfaire la clientèle (CJCE, 10 juillet 2008 aff. C-54/07).

En tout état de cause, la Cour n'a eu à connaître que de législations ou de réglementations visant à déroger au principe de non-discrimination fondé sur le sexe au sujet d'activités professionnelles nommément désignées. Elle a ainsi développé une jurisprudence abondante interprétant restrictivement la faculté de déroger au principe de non-discrimination.

Dans l'affaire Commission des communautés Européennes contre République Fédérale d'Allemagne (21 mai 1985, affaire C-248-83), la Cour considère « *qu'il incombe, en premier lieu, aux Etats membres de relever, de manière complète et sous une forme contrôlable, quelle qu'en soit par ailleurs la nature, les professions et activités exclues de l'application du principe de l'égalité de traitement et d'en communiquer le résultat à la Commission* ».

Les conclusions de l'avocat général sont très éclairantes pour apprécier la portée de cette dérogation. Selon l'avocat général, le but de l'article 2 paragraphe 2 « *ne consiste pas à autoriser les Etats à admettre des traitements discriminatoires toutes les fois que cela est nécessaire, il consiste à éviter que l'interdiction des discriminations empêche ou rende impossible l'exercice des activités pour lesquelles le sexe constitue une condition déterminante, et uniquement celle-là* ». Il ajoute que « *dans cette optique, une indication ponctuelle des activités exclues est plus qu'utile ; elle est nécessaire si l'on veut que « l'absence de toute discrimination » ne soit pas tournée par une faculté incontrôlable d'y déroger* » (§ 7).

Dans l'arrêt Commission contre France (30 juin 1988, affaire C-318/86), la Cour a rappelé que « *les dérogations prévues à l'article 2, paragraphe 2, ne peuvent viser que des*

activités spécifiques, qu'elles doivent avoir une certaine transparence permettant un contrôle utile par la Commission et qu'elles doivent, en principe, être susceptibles d'adaptation à l'évolution sociale ».

La Commission européenne, dans sa communication du 7 juin 2000 relative à la proposition de modification de la directive 76/207/CEE précise que *« la principale conclusion que l'on peut tirer de cette jurisprudence est que la certaine marge d'appréciation dont jouissent les Etats membres pour exclure certaines activités professionnelles du champ d'application de la directive est soumise à des critères stricts. Premièrement, l'exclusion ne peut concerner que des postes précis. Deuxièmement, les Etats membres sont tenus de réévaluer périodiquement la légitimité de l'exclusion, de sorte qu'elle peut être autorisée à certaine date mais devenir illégale par la suite ».*

En droit interne l'article L1132-1 du code du travail dispose qu'« aucune personne [...] ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte...en matière d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle [...] en raison de son origine [...] ».

La jurisprudence communautaire impose aux Etats d'identifier précisément les activités exclues du champ d'application du principe de non-discrimination et d'interpréter strictement cette dérogation conformément aux exigences d'objectivité et de transparence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, la France a transposé dans son droit interne la possibilité de déroger à la prohibition des discriminations en adoptant l'article L 1133-1 du code du travail qui prévoit que *« l'article L1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».*

Cet article du code du travail ne précise pas les éléments de nature à constituer une telle exigence et ne prévoit aucune liste d'activités spécifiques nommément désignées qui pourrait justifier des différences de traitement sous réserve du respect du principe de proportionnalité. En outre, aucun décret n'a été adopté afin d'établir une telle liste.

En l'espèce, l'employeur considère que le poste ne peut être occupé par une femme de couleur noire en raison de risques qui pèserait sur sa sécurité dans le pays d'accueil.

La question qui se pose consiste à savoir si en raison de la nature de l'activité professionnelle ou les conditions de son exercice, la caractéristique en cause (la couleur de peau) peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Il ne ressort de l'enquête aucun élément permettant de démontrer que la nature de l'activité professionnelle en cause à savoir le poste de chargé d'assistance nécessite pour être occupé que la salariée soit d'une couleur de peau particulière.

En effet, la mission consistait à participer au développement du plateau assistance. Il s'agissait donc d'un travail en ligne, posté, sans contact avec l'extérieur.

S'agissant des conditions de son exercice, l'employeur indique qu'il existe un racisme ambiant à l'égard des personnes étrangères au sein des Emirats Arabes Unis. Il joint une série d'articles de presse à l'appui de ses allégations.

Il affirme en outre que « des réserves très appuyées » de la direction locale tenant « aux spécificités culturelles » bien particulières propres à Dubaï et aux Emirats Arabes Unis, lui ont été adressées.

Au vu de ces éléments et de l'obligation de sécurité pesant sur lui en sa qualité d'employeur, il considère qu'il lui appartenait de prendre les mesures appropriées pour préserver la salariée d'éventuels risques pour sa sécurité.

En l'espèce, il apparaît que la nature et la probabilité des risques évoqués ne sont pas sérieusement démontrées.

En effet, s'agissant de l'article du quotidien pakistanais daté du 10 octobre 2009, il est fait référence au racisme visant les travailleurs migrants et les préoccupations exprimées par le rapporteur spécial des Nations Unies concernant l'octroi de la citoyenneté, le travail, et les conditions de vie des travailleurs domestiques et de la construction. Il est précisé que ces migrants viennent pour la plupart d'Inde, du Pakistan, du Bangladesh, des pays arabes et des Philippines.

S'agissant de l'article du site internet www.justlanded.com daté de juin 2007, il est question du témoignage d'une jeune femme sud-africaine de couleur noire qui ne peut se marier avec un Dubaïote du fait des pressions culturelles.

Enfin les autres articles datés de 2006, communiqués par l'employeur font état de discrimination raciale à l'entrée des boîtes de nuit de Dubaï et à l'embauche.

Ainsi, il ressort de l'analyse de ces articles, dont certains sont anciens, qu'aucun ne porte sur la situation des expatriés mais sur les travailleurs migrants et qu'ils ne font état d'aucun risque pour la sécurité des expatriés de couleur noire.

Quant aux « réserves » émises par la direction locale, ces dernières n'apparaissent pas « très appuyées » contrairement à ce que soutient l'employeur. En effet Monsieur R indique dans son attestation que : « *compte tenu de l'environnement culturel spécifique des Emirats, que je qualifierais de non-optimum pour une jeune femme africaine, non accompagnée, il était préférable de ne pas faire venir Mademoiselle X afin d'éviter de possibles désagréments* ». Il s'agit donc de simple désagréments, et non d'un risque réel pesant sur sa sécurité.

En dernier lieu, les conseils aux voyageurs à destination des Emirats Arabes Unis du ministère des affaires étrangères et européennes, consultés dans le cadre de l'enquête, ne font état d'aucun racisme particulier visant les personnes à raison de leur origine et indiquent s'agissant des femmes que le harcèlement à leur égard est très sévèrement réprimé.

Dès lors, l'employeur ne démontre pas que les conditions d'exercice de l'activité faisaient peser un risque réel sur la sécurité de Mme X qui justifiait qu'elle soit écartée en raison de sa couleur de peau.

Par ailleurs, même si le risque avait été démontré de manière objective et matériellement vérifiable, il aurait appartenu à l'employeur, au regard de l'obligation de sécurité de résultat, de prendre les mesures appropriées pour protéger la sécurité de sa salariée expatriée, sauf charges disproportionnées.

En conséquence, l'employeur ne démontre pas que la différence de traitement directement fondée sur la couleur de peau de Mme X est justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice.

Il apparaît donc que le refus opposé à Madame X ne s'explique par aucun élément objectif étranger à toute discrimination et s'établit en violation de l'article L 1132-1 du code du travail.

Le Collège de la haute autorité :

Recommande à la société de se rapprocher de la réclamante afin d'examiner les conditions d'une juste réparation du préjudice subi et l'en tenir informé dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente délibération.

A défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, le Collège de la haute autorité décide de présenter des observations devant la juridiction saisie par la réclamante conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Le Président

Eric MOLINIÉ