

Paris, le 28 septembre 2012

Décision du Défenseur des droits MLD-2012-140

Le Défenseur 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 directive 2000/43/CE du Conseil, 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,

Vu le code du travail ;

Saisi par Monsieur M. qui estime avoir subi une discrimination fondée sur son origine et son patronyme ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le conseil des prud'hommes de Bobigny.

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Observations devant le conseil des prud'hommes de Bobigny présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 6 janvier 2010 d'une réclamation relative à la situation de Monsieur M. qui estime avoir fait l'objet d'une discrimination à l'embauche du fait de son origine.
2. Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, les procédures ouvertes par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité se poursuivent devant le Défenseur des droits.
3. Monsieur M. estime qu'il n'a pas été embauché en CDI au poste d'avitailleur au sein de la Société F. en raison de son origine maghrébine bien qu'il ait exercé cette fonction à la satisfaction de sa hiérarchie en tant qu'intérimaire pendant 18 mois d'avril 2008 à novembre 2009. La société F., est un Groupement d'Intérêt Economique, basée à l'aéroport de Roissy.
4. Monsieur M. joint à l'appui de sa réclamation une attestation datée du 30 juin 2010, de Monsieur L., délégué syndical CGT, qui déclare « avoir entendu un chef de service dire qu'ils avaient atteints leurs quotas suite à l'embauche de Messieurs B. et A.».
5. Il précise qu'il a « à plusieurs reprises entendu des chefs de piste parler avec satisfaction des compétences professionnelles de Monsieur M et dire qu'il avait été présélectionné au vu de ses très bonnes notations. Son nom circulait comme étant l'un des trois premiers sélectionnés afin de passer les tests de recrutement. Je ne m'explique pas ce retournement de situation et cette éviction ». Enfin, il ajoute que « Monsieur M. était une personne sur laquelle nous pouvions compter. Il répondait toujours présent lorsque le FAS par l'appel de ses chefs lui demandaient d'effectuer des remplacements au pied levé ».
6. En janvier 2008, le CV de Monsieur M, intérimaire, est proposé à la société F qui réalise régulièrement des recrutements en intérim pour des postes d'avitailleur. Le métier d'avitailleur consiste à avitailler les avions en carburant, à entretenir le matériel roulant et fixe de la station, en suivant la procédure de contrôle qualité sur les véhicules et les consignes de sécurité sous les ordres d'un chef de piste.
7. La société exige au préalable que les candidats soient en possession du permis de conduire EC (super lourd), de la formation obligatoire des conducteurs routiers marchandises (FIMO) et du certificat de formation pour les conducteurs de véhicules transportant des marchandises dangereuses.
8. Suite à un entretien favorable avec l'adjoint des opérations de F., Monsieur M. est sélectionné. Il commence en mars 2008 une formation théorique et pratique (140 heures) en tant qu'avitailleur au sein de F. à Roissy. Au terme de cette formation, il obtient le certificat d'avitailleur pétrolier sur aéronef.
9. A compter de la deuxième quinzaine d'avril 2008, il commence sa mission d'intérim sous forme de contrats journaliers. Au total. Monsieur M. va travailler pendant 18 mois ininterrompus auprès de FAS. Son dossier d'évaluation continue réalisé tout au long de sa mission, confirme qu'il s'agit d'un professionnel de très bon niveau.
10. Au mois de mai-juin 2008, un appel à candidature est lancé pour un poste d'avitailleur en CDI auquel Monsieur M. répond. Sans avoir été convoqué à entretien préalable, il reçoit le 21 juillet 2008 un courrier l'informant que sa candidature n'a pas été retenue.
11. Il apprend que la candidature de Monsieur J., également intérimaire, a été retenue. Il justifie de 5 mois d'expérience professionnelle.
12. Monsieur M. est informé qu'un nouveau poste se libère début 2009, mais il apprend que la candidature de Monsieur D., intérimaire depuis 5 mois, a déjà été retenue, et qu'il ne sert à rien qu'il dépose sa candidature. Aucun appel à candidature n'est affiché à cette occasion. Le 22

février 2009, Monsieur D. est recruté en CDI malgré le fait qu'il ait provoqué un incident d'aéronef le 1^{er} octobre 2008.

13. Le 11 septembre 2009, un appel à candidature est affiché pour trois postes d'avitailleur. Monsieur M. qui termine sa mission de 18 mois au sein du F. le 12 septembre 2009, pose sa candidature.
14. Il adresse un courrier le 13 janvier 2010 au directeur du F., Monsieur JM, afin de lui demander les critères de sélection retenus dans le cadre de l'évaluation des candidatures et sa notation personnelle où il souligne que la « *sélection soulève un certain nombre d'interrogations. En effet, des candidats ayant moins d'ancienneté ou ayant été à l'origine d'incidents d'aéronef ont été embauchés. Mon dossier n'est entaché d'aucune faute professionnelle et cependant, il n'a pas été retenu. Ce rejet de ma candidature, au vu de la sélection de certains candidats m'apparaît discriminatoire reposant ainsi sur des inégalités de traitement entre candidats* ».
15. A la même période Monsieur H., intérimaire au sein du F. et candidat à l'embauche lors de la session de 2009 a également vu sa candidature rejetée. La réponse adressée par le F. suite à sa demande d'explication sur le processus de sélection et sa notation personnelle se limite à affirmer que « le choix des nouveaux embauchés a été effectué sur des critères totalement objectifs », sans autre précision.
16. Le 5 février 2010, M. JM, répond à Monsieur M. qu'un affichage a lieu à chaque fois qu'un poste se libère, que la sélection d'un nouveau titulaire relève d'un choix difficile au vu des candidatures d'un excellent niveau et que seuls sont retenus les meilleurs professionnels.
17. Aucune précision n'est apportée sur la procédure de sélection, les critères utilisés pour évaluer les candidats et la notation personnelle de Monsieur M.
18. Le 8 février 2010, Monsieur M. adresse un courrier au directeur du F. dans lequel il s'étonne d'avoir été convoqué par l'agence d'intérim le 3 février 2010 suite à des pressions que le F. aurait exercées sur l'agence d'intérim.
19. Les embauches de MM. E., T. et Y. sont annoncées par une note interne du 22 février 2010, suite à l'ouverture de poste de septembre 2009.
20. Le 4 avril 2010, MM B. et A. bénéficient de gratifications individuelles importantes et d'augmentations individuelles. Le correspondant local de la HALDE observe que cette décision intervient à la suite de sa prise de contact avec le F. sur le dossier de Monsieur M.
21. La haute autorité de lutte contre les discriminations puis le Défenseur des droits ont procédé à une enquête afin d'obtenir des explications sur la procédure de sélection des candidats au poste d'avitailleurs, ainsi que sur la situation de Monsieur M. Par courriers des 4 avril et 12 mai 2011, la société F. a répondu à ces demandes. Par un courrier du 19 janvier 2012, elle a fait part de remarques complémentaires suite à la notification des charges adressée par le Défenseur des droits.

Le droit applicable

22. En droit interne, l'article L. 1132-1 du code du travail prohibe les discriminations directes ou indirectes fondées sur l'origine notamment en matière de recrutement.
23. L'article L. 1134-1 consacre le principe de l'aménagement de la charge de la preuve en ces termes : « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er 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. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

24. L'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 définit la discrimination indirecte en ces termes : « *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* ».
25. Par ailleurs l'article L. 1221-8 du code du travail prévoit que « *le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard. Les résultats obtenus sont confidentiels.*
- Les méthodes et technique d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie* ».
26. L'application combinée de ces articles impose lorsque l'employeur fait appel à des méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi, qui entraînent un désavantage particulier pour des personnes à raison notamment de leur origine par rapport à d'autres personnes, de démontrer que ses méthodes et techniques sont pertinentes au regard de la finalité poursuivie.
27. Les considérants 15 et 21 de la directive 2000/43 du Conseil, 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 apportent des précisions sur la notion d'aménagement de la charge de la preuve et le rôle du juge :
- (15) « L'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques ».
- (21) « L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ».
28. Dans un arrêt récent, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a apporté des précisions sur la manière dont le principe de l'aménagement de la charge de la preuve prévu à l'article 8 de la directive 2000/43 précitée et transposé à l'article L. 1134-1 du code du travail, doit être interprété en matière d'embauche (CJUE 19 avril 2012 affaire C-415/10).
29. Dans cette affaire portée devant les juridictions allemandes, une femme d'origine russe, âgée de 45 ans se plaignait d'avoir été victime d'une discrimination à l'embauche fondée sur son origine, son sexe et son âge. Sa candidature avait été rejetée à deux reprises, sans convocation à un entretien d'embauche alors qu'elle répondait aux exigences de l'offre. Elle a décidé d'introduire un recours contre l'employeur afin d'obtenir une réparation de son préjudice et la production du dossier du candidat recruté, ce qui lui permettrait de démontrer qu'elle est plus qualifiée que ce dernier.
30. Pour la CJUE, l'article 8 de la directive 2000/43/CE précitée doit être interprété en ce sens qu'il « ne prévoit pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat ».
31. La Cour ajoute toutefois qu'il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut faire présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

32. Elle invite la juridiction nationale à déterminer si l'attitude d'un employeur qui ne répond pas à la demande d'informations émanant d'un candidat à l'emploi constitue un fait permettant de présumer l'existence de la discrimination alléguée par le travailleur.
33. Pour l'avocat général qui a conclu dans cette affaire : « La juridiction de renvoi, aux termes de l'article 8 précité, doit évaluer l'attitude d'un employeur consistant en un refus de fournir les informations demandées par un candidat à l'emploi malheureux sur l'issue du recrutement et sur les critères que l'employeur a suivis en procédant au recrutement de l'un des candidats audit emploi, en ne se limitant pas à considérer la seule absence de réponse de la part de l'employeur, mais en plaçant, au contraire, celle-ci dans le contexte factuel plus large dans lequel il se situe. A cet égard, la juridiction peut prendre en compte des éléments tels que l'adéquation manifeste du niveau de qualification du candidat à l'emploi, l'absence de convocation à un entretien et la persistance éventuelle de l'employeur à ne pas convoquer ce même candidat dans l'hypothèse où il aurait procédé à une seconde sélection de candidats pour un même poste ».

Discussion

Sur le refus de l'employeur de communiquer à M. ARAB les critères retenus pour l'évaluation des candidats et sa notation personnelle.

34. L'entreprise n'a pas répondu aux demandes d'information de Monsieur M. portant sur les critères retenus pour sélectionner les candidats à l'embauche lors de la procédure de recrutement. M. T. auditionné dans le cadre de l'enquête confirme l'absence de réponse du F. à ses propres questions sur ce point.
35. Compte tenu de la jurisprudence de la CJUE précitée, du profil des candidats, et des éléments de contexte énoncés, ces seuls éléments semblent constituer des indices susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine en matière de recrutement.

Sur l'analyse des effectifs salariés du FAS

36. En outre l'enquête de la HALDE/DDD révèle que sur les 85 salariés (toutes fonctions confondues) présents aux effectifs du F. au 31 décembre 2009, seulement 4 portent un nom à consonance maghrébine, soit 4.7% de l'effectif. Aucun d'entre eux n'occupe un poste d'encadrement de manière permanente.
37. Sur les 53 salariés occupant un poste d'avitailleur présents aux effectifs au 31 décembre 2009, 3 portent un patronyme d'origine maghrébine, soit 5.6% des effectifs.
38. Or, entre 2006 et 2010, le F. a fait appel à 88 avitailleurs intérimaires, parmi lesquels 21 portent un patronyme d'origine maghrébine, soit 23.86%.
39. Alors que selon le FF « les avitailleurs sont principalement recrutés parmi la population d'intérimaires », il ressort que la part de personnes d'origine maghrébine dans les effectifs salariés est bien plus faible que la part des personnes d'origine maghrébine présente dans le vivier d'intérimaires. L'effet inverse peut être constaté s'agissant des autres intérimaires.
40. Les personnes ayant un nom à consonance maghrébine sont 4 fois plus nombreuses dans les effectifs des intérimaires que dans les effectifs des salariés en CDI.
41. En conséquence, le refus du F. de communiquer à Monsieur M. les critères d'évaluation mises en œuvre lors des procédures de recrutement, le faible taux de personnes d'origine maghrébine dans les effectifs salariés du F., sont autant d'éléments qui laissent présumer que les pratiques de recrutement mises en œuvre par le F., bien que neutres en apparence, sont discriminatoires, à l'égard des intérimaires d'origine maghrébine.

Les justifications du F. quant au caractère objectif de sa procédure de recrutement

42. Il ressort de l'enquête que les intérimaires constituent le vivier d'embauche du F. Tant le F. que la société d'intérim l'affirme très clairement.

43. Au cours de leur mission, les intérimaires font l'objet de plusieurs évaluations qui présentent l'intérêt d'être signées, datées par les intéressés (formateur et intérimaire) et fondées sur des éléments objectifs, vérifiables (contrôles de connaissances détaillés, fiche audit de piste comportant 6 étapes à évaluer, exercices de sécurité avec questionnaire de mise en situation, fiche conduite, test d'évaluation des connaissances sous la forme d'un QCM) et identiques pour tous les intérimaires.
44. Comme mentionné précédemment, les évaluations de Monsieur M. sont d'un niveau très élevé.
45. Pour autant, le F. ne s'appuie aucunement sur ces évaluations lors de sa procédure de recrutement en CDI et met en place une procédure de sélection spécifique au recrutement. D'ailleurs, le F. a refusé de communiquer les évaluations des candidats réalisées en cours de mission au seul motif que leur nombre était trop important.
46. Le directeur du F. indique en effet que la procédure spécifique en vue du recrutement comporte 3 phases.
47. La 1^{ère} phase consiste à présélectionner les intérimaires candidats au poste d'avitailleur sur la base d'évaluations réalisées par les chefs de piste en fonction des critères suivants :
- connaissances techniques
 - respect des procédures
 - disponibilité
 - sens des relations
 - souci du perfectionnement
 - ponctualité
 - esprit de coopération
48. Les 10 chefs de piste évaluent l'ensemble des avitailleurs en attribuant des notes par critère, le total des points déterminant l'ordre du classement des avitailleurs.
49. La 2^{ème} phase consiste à faire passer aux candidats présélectionnés par l'encadrement supérieur les tests CEPIAD réalisé par le cabinet H., soit des tests de personnalité. A l'issue des tests, le cabinet émet un avis (défavorable, réservé, favorable avec réserves, favorable).
50. La 3^{ème} phase correspond au choix définitif des candidats par le chef de station.
51. Si l'utilisation de tests ou d'autres types de procédures de sélection peut être utile pour déterminer, parmi les candidats, celui qui est le plus qualifié pour l'emploi, l'application combinée des articles L. 1132-1 et L. 1221-8 du code du travail impose de vérifier que ces tests ou procédures de sélection sont pertinents au regard du but poursuivi et n'ont pas pour effet d'exclure de manière disproportionnée des personnes appartenant à un groupe particulier à raison de leur origine.
52. Il ressort des éléments communiqués que lors de la session d'évaluation de juin 2008, les candidats ont été évalués sur la base de 7 critères et qu'une note sur 20 leur a été attribuée.
53. Le FAS a fourni un tableau comportant 15 noms de candidats classés en fonction d'une note sur 20, de la note la plus élevée à la moins élevée. Sur ce tableau, MM. E. et D. figurent en première position avec des notes de 18.76 et 18.62 sur 20. Monsieur M. ne figure qu'à la 12^{ème} position avec une note de 7.56 sur 20.
54. L'examen du bulletin de Monsieur M. montre qu'il n'a été évalué que par 6 chefs de pistes contrairement à MM. E et D qui l'ont été par l'ensemble des chefs de piste.
55. Il apparaît donc que la règle énoncée selon laquelle les candidats sont évalués par l'ensemble des chefs de piste n'est pas systématique et fluctue en fonction des individus.
56. Le F. s'explique en ces termes : « nous tenons à insister sur le fait que normalement tous nos intérimaires sont évalués par l'ensemble de ses chefs de piste et que si Monsieur M. ne l'a pas

été, c'est qu'il n'avait pas assez de pratique en temps qu'avitailleur au F. au moment de cette session de recrutement ».

57. Pour autant, cette règle relative à l'exigence d'une durée d'expérience professionnelle minimum, qui n'est d'ailleurs pas précisée, ne figure dans aucun des documents décrivant la procédure de recrutement du F. En réalité, le F. n'apporte aucun élément objectif permettant de démontrer que ce pré-requis était une condition obligatoire et affichée avant la procédure d'évaluation. A cet égard, ni l'offre de poste à pourvoir en tant qu'avitailleur, ni la description de la procédure de recrutement d'un chauffeur avitailleur réalisée par le F. ne fixe une durée minimum d'activités professionnelle minimum en tant qu'avitailleur comme pré-requis. Les seuls pré-requis exigés sont le permis super-lourd (E), la FIMO (Formation initiale Minimale Obligatoire) ou la FCOS (Formation continue obligatoire à la sécurité) ainsi que l'ADR (Certificat de formation pour les conducteurs de véhicules transportant des marchandises dangereuses). A cela s'ajoute l'obtention « *d'un badge ADP et d'un permis « piste » et la pratique du métier d'avitailleur soumise à une formation préalable d'une durée de l'ordre d'un mois* ».
58. Selon un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 19 février 2010 (n°08/06630) confirmé par la Cour de cassation le 15 décembre 2011 (n° pourvoi 10-15873), « la vérification par le juge du caractère objectif des justifications avancées par l'employeur suppose cependant que soient connues avant le recrutement les exigences requises pour le poste en termes de formation et d'expérience professionnelles. En l'absence de définition préalable de ces éléments, l'employeur dispose de la faculté de concevoir a posteriori toutes les justifications appropriées si une discrimination est alléguée ».
59. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait considéré que la justification avancée par l'employeur selon laquelle le candidat intérimaire n'avait pas le niveau bac professionnel n'était pas appropriée dans la mesure où aucun élément ne faisait apparaître que, avant qu'il soit procédé à l'embauche, le niveau bac professionnel était considéré comme une exigence indispensable pour l'occupation du poste ». L'examen des profils des salariés indiquait que plusieurs d'entre eux ne justifiaient pas d'un tel niveau de diplôme. Dans ces conditions, la Cour d'appel avait considéré que la justification avancée par l'employeur n'était pas objective.
60. En conséquence, la justification avancée par le F. relative à l'exigence d'un pré-requis lié à une durée minimum d'activités, non précisée, constitue une justification a posteriori, qui ne paraît pas objective.
61. Cela est d'autant moins vérifié que malgré cette règle, Monsieur M. a néanmoins été évalué par 6 chefs de piste.
62. Il ressort par ailleurs que le calcul des moyennes opéré par le F. n'est pas rigoureux. Le F. n'a pas tenu compte du fait que Monsieur M. n'avait été évalué que par 6 chefs de pistes et non par 10. La moyenne transmise par le F figurant sur sa fiche d'évaluation est donc fautive et très inférieure à ce qu'elle aurait dû être.
63. Informé de cette situation, le F a reconnu « *qu'il y avait un problème dans les moyennes pondérées* » mais a indiqué qu' « *en les refaisant, il [Monsieur M.] s'avère qu'au lieu d'être 12^{ème} sur 16, il devient 13^{ème}, ce qui ne modifie donc pas le résultat en sa faveur* ». Le F. a recalculé la moyenne de Monsieur M. et ceux des autres intérimaires. MM. E. et D. figurent toujours à la 1ère et 2ème position avec la même moyenne.
64. Néanmoins, il apparaît très clairement que la comparaison opérée par le F. sur la base des moyennes obtenues par les différents candidats n'est pas pertinente puisque s'agissant de Monsieur M., il apparaît que sur les 6 chefs de piste, l'un deux, Monsieur Martin, n'a pas procédé à une évaluation complète de l'intéressé.
65. Ainsi, bien que Monsieur M. ait été évalué sur le respect des procédures, la disponibilité par M. MA, il n'a pas été pas évalué par ce dernier sur les connaissances techniques, le sens des relations, et l'esprit de coopération, une note de 0, correspondant à « non évalué », lui ayant été attribué. Sa moyenne est donc faussée.

Qualités professionnelles	Pond	JCS	JD	ML	FM	PM	JM	JC T	JPR	XL	DQ
Connaissances techniques	1	0	3	3	1	0	0	3	0	0	3
Respect des procédures	2	0	4	4	3	3	0	4	0	0	3
Disponibilité	1	0	2	5	4	3	0	5	0	0	3
Sens des relations	1	0	1	4	3	0	0	4	0	0	3
Souci du perfectionnement	2	0	2	4	3	3	0	4	0	0	2
Ponctualité	1	0	3	5	5	3	0	5	0	0	3
Esprit de coopération	1	0	1	5	4	0	0	5	0	0	3

Notation 0 : non évalué, Notation 1 : insuffisant, Notation 2 : passable, Notation 3 : correct, Notation 4 : bien, Notation 5 : très bien

154. Enfin, il ressort également que contrairement aux évaluations des intérimaires réalisées au cours de leur mission, les 7 critères à évaluer lors du recrutement ne renvoient à aucun barème ou grille d'analyse détaillée, de telle sorte que ces critères peuvent être source d'interprétation diverses selon la personne chargée de les évaluer, et donc de subjectivité.
155. Le bulletin de Monsieur M. confirme cette analyse. Ainsi, s'agissant de l'« esprit de coopération », la note attribuée à Monsieur M. varie de 1 à 5 entre l'évaluateur JD et ML.
156. Par ailleurs, l'on peut s'interroger sur le fait que l'incident provoqué par M. D. en octobre 2008, quelques mois après la session d'évaluation de juin 2008, n'ait eu aucune incidence sur la suite de la procédure de recrutement, puisque celui-ci sera finalement embauché en février 2009.
157. Alors qu'il est le seul intérimaire à avoir provoqué un accident, celui-ci fait l'objet du soutien du directeur du F. Dans un courrier électronique adressé à l'agence M. JM demande à l'agence employeur de M. D. de ne pas le sanctionner :
- « Suite à notre conversation téléphonique de ce jour, je vous confirme l'accident causé par Monsieur D.. Le 1^{er} octobre, vers 15h20 en J40, en se déplaçant sous l'appareil EIRJF de la compagnie city jet, il a mal évalué la distance le séparant du réacteur droit et la potence droite de son camion a heurté le capot moteur du réacteur, occasionnant une déchirure d'environ 50 cm. Jusqu'à présent, nous n'avions pas eu le moindre reproche à formuler à son encontre. Néanmoins, cette erreur d'appréciation lors de son déplacement nous cause de multiples préjudices. S'il me semble nécessaire de le convoquer, la sanction envisagée doit tenir compte des qualités montrées depuis son arrivée chez nous ».*
158. Il ressort de l'analyse des documents transmis par le F. que telle que mise en œuvre la procédure d'évaluation des candidats lors de la session de 2008 n'offre pas toutes les garanties de transparence et d'objectivité et génère des différences de traitement entre candidats qui ne paraissent pas objectivement justifiées.
159. S'agissant de la session de d'évaluation de septembre 2009, il apparaît que la méthode utilisée n'est pas identique à celle utilisée en juin 2008.
160. En effet, le F. dans une note datée du 6 octobre 2009, a demandé aux 10 chefs de piste d'évaluer les 27 candidats « sur deux aspects » :
- La connaissance du métier, le respect des procédures,
 - et
 - L'aptitude à partager les valeurs du F. » et de « préciser les 5 personnes choisies numérotées par ordre de préférence ».

161. Il ressort de l'analyse des tableaux produits par le F. que la notation n'apparaît plus sous forme de note sur 20. L'évaluation consiste à attribuer une appréciation positive ou négative sur le respect des procédures et les valeurs du F. et à classer les candidats.
162. L'examen des fiches d'évaluation remises par chacun des 10 chefs de pistes ayant eu à examiner les 27 candidats, révèle que l'appréciation de ces deux critères semble ne reposer sur aucun indicateur précis.
163. Le F. ne fournit aucun élément sérieux permettant de définir et d'indiquer la façon dont « l'aptitude à partager ces valeurs » se mesure objectivement, de telle sorte que cette notion apparaît floue : *« la spécificité de notre métier et la dangerosité du produit manipulé font que respect des procédures, attitude pro-active en matière de sécurité sont omniprésents dans l'entreprise », « il est normal de tenter d'apprécier l'engagement, le respect des consignes, l'exactitude, l'absence de retard, la rigueur dans le travail, l'absence de comportement déplacé etc... qui sont les valeurs que tout société souhaite préserver »*
164. La lecture de cette réponse confirme que cette notion est indéterminée, et qu'elle laisse place à une interprétation subjective des candidats, qui n'est pas proportionnée et appropriée et semble avoir un effet discriminatoire marqué sur l'évaluation des candidats d'origine maghrébine.
165. En outre, l'analyse des fiches d'évaluation renseignées par les chefs de piste montrent que l'évaluation est aléatoire.
166. Sur les 8 candidats portant un patronyme d'origine maghrébine justifiant de plus de 11 mois d'expérience, aucun n'a été noté par les 10 chefs de piste.
167. En revanche sur les 6 autres candidats placés dans une situation comparable (11 mois d'expérience), 4 ont été évalué par les 10 chefs de piste, 1 l'a été par 9 chefs de piste.
168. Au delà, de cette différence de traitement opérée entre intérimaires placés dans une situation comparable à la défaveur des intérimaires d'origine maghrébine, il apparaît qu'il n'existe pas de lien clair entre la qualité des appréciations faites par les chefs de pistes et leur traduction en termes de classement final.
169. Il est en effet paradoxal qu'un candidat dont l'évaluation positive sur les deux critères n'est partagée que par 5 évaluateurs sur 7 (soit 71%), tel que M. .R., soit plus souvent cité (4 fois) pour figurer parmi les 5 meilleurs avitailleurs que MM. M (cité 3 fois) et L. (cité 2 fois), dont l'évaluation positive sur les deux critères est partagée par 8 évaluateurs sur 8, soit 100% des chefs de piste les ayant évalués.
170. Cela est d'autant plus surprenant que M. R., contrairement à MM. M et L., a été, au cours de sa mission, à l'origine d'un incident de débordement en février 2009.
171. La justification de F relative à la situation de M. R. figurant parmi les 4 premiers du classement lors de l'évaluation de 2009 : *« dans les valeurs du F., nous considérons qu'une personne peut avoir droit à une seconde chance et que l'erreur est humaine »*, illustre parfaitement à quel point, la procédure d'évaluation ne repose pas sur des critères objectifs.
172. De manière générale, le F. justifie les différences de traitement en matière d'évaluation en ces termes: *« concernant nos chefs de piste, nous avons déjà répondu que leurs rythmes de travail font qu'il est possible qu'un ou plusieurs intérimaires aient peu « tourné » avec un chef de piste rendant son évaluation impossible. C'est pourquoi certains chefs de piste considèrent ne pas pouvoir noter un intérimaires qu'ils ont peu eu sous leur ordre »*.
173. Il ajoute que les *« 8 candidats portant un patronyme d'origine maghrébine ont bien été notés par les chefs de pistes qu'ils ont eu comme hiérarchie, même s'ils n'ont pas eu la totalité des chefs de piste comme hiérarchie. Cela n'est nullement lié à l'origine de leur nom de famille »*.

174. Le F. en se bornant à affirmer que l'inégalité de traitement des intérimaires face à l'évaluation est le fruit du hasard, ne démontre pas que telle que mise en œuvre sa procédure d'évaluation était le seul moyen à sa disposition de parvenir à sélectionner les candidats à l'embauche.
175. Or, la mise en œuvre de cette procédure d'évaluation conduit à opérer une différence de traitement entre les intérimaires à la défaveur des intérimaires d'origine maghrébine, qui n'est pas objectivement justifiée.
176. Compte tenu de l'ensemble des ces éléments, il apparaît que la pratique de recrutement mise en œuvre par le F. qui a eu pour effet d'écarter de manière disproportionnée de la procédure de recrutement les candidats d'origine maghrébine, dont Monsieur M., ne paraît pas objective et appropriée.
177. La société se défend d'avoir mis en place une procédure de recrutement intentionnellement discriminatoire et s'appuie pour cela sur le fait que M.E., d'origine maghrébine aurait été recruté.
178. Au-delà du fait que ce dernier a indiqué par téléphone qu'il n'était pas perçu par les salariés du F. comme étant d'origine maghrébine, il convient de rappeler que l'enquête porte sur l'analyse de la procédure d'évaluation mise en œuvre par le F. et de ses effets potentiellement discriminatoires. Une procédure de recrutement peut être neutre en apparence mais néanmoins produire des effets discriminatoires non intentionnels dès lors qu'elle a pour effet d'exclure de manière disproportionnée un groupe de personne à raison de son origine, à moins que la pratique en cause ne poursuive un but légitime et que les moyens pour y parvenir soient nécessaires et appropriés.
179. En l'espèce, si la pratique qui consiste à mettre en place une procédure pour sélectionner les meilleurs candidats apparaît légitime, les arguments avancés par le F. dans ses observations complémentaires ne permettent pas de démontrer pas que les moyens mis en œuvre pour atteindre son objectif, sont nécessaires et appropriés.
180. Cette pratique qui défavorise majoritairement les intérimaires d'origine maghrébine n'apparaît pas objective et appropriée par rapport au but recherché et constitue donc une discrimination indirecte à raison de l'origine.
181. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

Constate que la procédure de sélection des candidats à l'embauche mise en œuvre au sein du FAS constitue une discrimination indirecte à raison de l'origine ;

- Constate que Monsieur M a fait l'objet d'une discrimination à raison de son origine en matière de recrutement en violation de l'article L. 1132-1 du code du travail ;
- Décide de présenter ses observations devant le conseil des prud'hommes de Bobigny.