

Paris, le 19 avril 2019

Décision du Défenseur des droits n°2019-108

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 Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 21 décembre 1965 ;

Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ;

Vu la directive 2000/42/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;

Vu le code du travail ;

Vu 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 telle que modifiée par la loi n°2016-832 du 24 juin 2016 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale ;

Saisi par un syndicat de la situation de 25 salariés en situation irrégulière au regard du droit au séjour et au travail, qui s'estiment victimes d'un traitement discriminatoire en raison de leur nationalité et de leur origine de la part de leur ancien employeur, la société Y, sur un chantier;

Décide de présenter des observations devant le conseil de prud'hommes de Z.

Jacques TOUBON

Observations devant le conseil de prud'hommes de Z présentées en application de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par l'Union départementale de Z d'un syndicat de la situation de vingt-cinq salariés en situation irrégulière au regard du séjour et du travail, qui s'estiment victimes d'une discrimination en raison de leur nationalité et de leur origine au sein de la société Y, sur un chantier.

RAPPEL DES FAITS :

En mars 2013, le groupe A vend son siège à B. Le projet vise le réaménagement de l'immeuble historique classé pour y créer de nouveaux espaces de bureaux et l'élévation d'immeubles résidentiels incluant des logements sociaux.

C'est dans ce contexte qu'en 2014, la société civile de construction vente (SSCV) C, filiale de la B, entreprend des travaux de démolition en vue de la réalisation de ce vaste programme immobilier. Le donneur d'ordre confie les travaux de curage, préalables à la transformation des lieux et consistant à retirer l'ensemble des composantes internes des bâtiments, à la société D qui les sous-traite, dans un premier temps, à la société E, dirigée par Monsieur X.

À la suite d'un recours formé par une association de riverains contre le projet immobilier - notamment en raison de son impact environnemental - les travaux de curage du terrain sont suspendus de fin 2014 à l'été 2016.

Par contrat de sous-traitance conclu le 9 juin 2016, la société D confie finalement ces travaux à la société Y dont les parts sociales sont détenues à 50% par le gérant, Monsieur F, et par son associé, Monsieur X, fils du dirigeant de la société E initialement choisie pour intervenir sur ce chantier.

Les travaux démarrent effectivement le 11 juillet 2016, date à laquelle une équipe de travailleurs employés par la société Y, se rend sur le chantier. Le nombre de travailleurs intervenant pour la société augmente progressivement au cours de l'été 2016.

Par courrier du 9 août 2016, B adresse à l'entreprise D une lettre d'acceptation et d'agrément de son sous-traitant, la société Y.

En septembre 2016, dans un contexte de défaut d'équipements de sécurité et de protection adéquats pour les travailleurs du chantier, deux incidents d'une certaine gravité surviennent.

Ainsi le 3 septembre 2016, Monsieur G, membre de l'équipe de démolition de Y, est victime d'un accident du travail (blessure à l'œil), lequel n'est pas déclaré par l'employeur. Puis le 6 septembre 2016, Monsieur H se fracture le bras droit en chutant d'un échafaudage *a priori* défectueux et non sécurisé. Le représentant de l'employeur présent sur place refusant à nouveau de déclarer l'accident du travail et de prévenir les pompiers, les salariés présents décident de s'en occuper, et ce contre l'avis de leur supérieur.

Les pompiers, la police puis l'inspection du travail se déplacent alors sur les lieux.

L'inspection du travail constate la présence de 23 travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail - 2 autres étant partis à l'hôpital, la victime de l'accident du travail et un collègue - qui indiquent tous être employés par la société Y.

Au vu de ces constats, elle rappelle immédiatement aux salariés présents les dispositions de l'article L.4131-1 du code du travail relatives au droit d'alerte et de retrait dont un salarié peut se prévaloir lorsqu'il est placé dans une situation de travail qui présente un danger grave et imminent pour sa santé ou sa sécurité et confirme cette information par courrier adressé à chacun d'entre eux quelques jours plus tard.

Le 7 septembre 2016, l'accès au chantier est refusé aux travailleurs qui, soutenus par le syndicat, décident de monter un piquet de grève et occupent la cour de l'immeuble du chantier, sans toutefois en bloquer l'accès.

Il indiquent agir à la fois en soutien à leurs collègues blessés mais aussi dans le but de revendiquer, pour l'ensemble des travailleurs, leur déclaration auprès de l'URSSAF et des organismes sociaux (réalisation des déclarations uniques d'embauche et des salaires versés), l'établissement de bulletins de paie, le paiement des salaires, la réalisation de demandes d'autorisations de travail (CERFA) en vue de la régularisation de leur situation administrative au regard du droit au séjour sur le territoire français et la prise en charge des accidents de Messieurs H et G au titre de la législation relative aux accidents du travail.

Le même jour, un huissier de justice se déplace sur le chantier à la demande du donneur d'ordre B pour constater l'occupation de la cour par des personnes se présentant comme des salariés d'un sous-traitant.

Le 12 septembre 2016, l'entreprise D résilie le contrat de sous-traitance qui la lie à la société Y.

Par ordonnance du 20 septembre 2016, le tribunal de grande instance (TGI) de Z ordonne l'expulsion des travailleurs du chantier considérant que le « *droit de grève invoqué par messieurs J et K ne saurait emporter celui de disposer de l'immeuble d'un tiers sur lequel la société, dont ils se prétendent les employés, n'a plus à ce jour aucun droit d'occupation* ».

Le 30 septembre 2016, les travailleurs, expulsés du chantier, indiquent à leur employeur se tenir à sa disposition pour reprendre le travail. Aucune suite n'est donnée à cette demande.

Les travailleurs et le syndicat, qui avaient interjeté appel de la décision du TGI, se désistent finalement de leur action du fait de l'accord trouvé avec B et l'entreprise D à l'issue d'une médiation.

En effet, les discussions menées entre les salariés, le syndicat et les différentes sociétés impliquées dans le chantier (B, D et Y) aboutissent à la signature d'un protocole d'accord transactionnel entre les travailleurs et B/D. La société Y n'est pas partie à cette transaction.

Le 4 novembre 2016, les salariés - qui se sont mis à disposition de leur employeur mais qui n'ont jamais été recontactés - prennent acte de la rupture de leur contrat de travail en raison des manquements graves dont ils s'estiment victimes de la part de leur employeur. La société Y n'a jamais accusé réception de ces prises d'acte et n'a pas transmis les documents de fin de contrat de travail aux intéressés.

Par décision du 1^{er} août 2017, la société Y est placée en liquidation judiciaire et Maître L, désignée en qualité de mandataire liquidatrice.

Au terme de son importante enquête, l'inspection du travail transmet à le syndicat une copie du procès-verbal adressé au Procureur de la République, extrêmement détaillé de près de 300

pages, établi sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale dans lequel elle constate divers délits liés au travail dissimulé, à l'emploi de travailleurs dépourvus d'autorisation de travail, au manquement à l'obligation de sécurité (équipements, protections individuelles, formation) et aux conditions de travail indignes.

Assistés du syndicat, les salariés saisissent le conseil de prud'hommes de Z, le 7 décembre 2017, contre la société Y, aucune action n'étant mise en œuvre contre les sociétés B et D, en raison de l'accord transactionnel intervenu entre les parties.

Ils sollicitent la condamnation de la société Y à leur verser des dommages et intérêts pour réparer leur préjudice au titre de la non remise de bulletins de salaire conformes, du travail dissimulé, de l'exécution déloyale du contrat de travail, du manquement à l'obligation de sécurité et à l'obligation de formation et d'adaptation au poste de travail, de la discrimination, de la rupture vexatoire de leur contrat de travail et en violation du droit de grève et de la nullité de la rupture des contrats de travail.

Les 25 salariés en situation irrégulière au regard du séjour et du travail sollicitent ainsi l'intervention du Défenseur des droits, dans le cadre de cette instance. L'audience de jugement est fixée au 23 mai 2019 devant le conseil de prud'hommes de Z.

CONCLUSIONS DE L'INSPECTION DU TRAVAIL

Dans le procès-verbal adressé au Procureur de la République susmentionné, les services de l'inspection du travail estiment que l'employeur a volontairement dissimulé l'emploi de ces travailleurs au sens des articles L.5211-1 et L.8221-5 du code du travail et relève le délit d'emploi de travailleurs étrangers sans titre de travail tel que visé à l'article L.8251-1 du code du travail.

À cet égard, l'inspection du travail explique qu'aucun des travailleurs n'a signé de contrat de travail ; ils ont tous perçu une rétribution forfaitaire égale à 60€ par jour travaillé en semaine et 80€ par samedi travaillé, quelle que soit la durée effective du travail puisqu'aucun décompte de celle-ci n'a été mis en place par l'employeur.

De plus, seules 13 déclarations préalables à l'embauche ont été réalisées, sur la base d'identités fictives ou de faux documents, et mentionnent pour certaines des dates d'embauche postérieures à la prise de fonction réelle. Les bulletins de salaire transmis à une minorité d'entre eux ne comportent pas le numéro URSSAF sous lequel sont versées les cotisations sociales, et pour cause il s'avère qu'aucun versement de cotisations n'a jamais été effectué.

Les services de l'inspection du travail constatent ensuite un nombre important d'infractions en matière d'hygiène et de sécurité constitutives, dans leur ensemble, d'un manquement grave à l'obligation de sécurité qui incombe à l'employeur au regard des dispositions de l'article L.4121-1 du code du travail, en vertu desquelles il est tenu de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé mentale et physique des travailleurs.

Ainsi, en premier lieu, il apparaît que les salariés ont été contraints de réaliser des travaux de curage, particulièrement physiques et dangereux, et notamment des tâches consistant à démolir à la masse des murs et des plafonds, sans que ne soit mis à leur disposition les équipements nécessaires pour travailler en hauteur en violation des articles L.4321-1, R.4321-1, R.4323-3 et R.4323-72 du code du travail.

L'inspection du travail conclut à cet égard que :

« Ces salariés ont dû utiliser un échafaudage non conforme aux normes professionnelles, bricolé avec du câble électrique, monter sur des poubelles, utiliser comme poste de travail un vieil escabeau en très mauvais état laissé sur place par l'ancien propriétaire des lieux, tous ces équipements de travail représentant des risques de chutes des salariés aux conséquences graves voire mortelles ».

En second lieu, il apparaît que les travailleurs n'ont pas bénéficié de formations adéquates à l'utilisation des matériels mis à leur disposition, ni de formations à la sécurité, telles que prévues à l'article L.4141-10 et suivants du code du travail, pourtant particulièrement importantes dans le secteur du bâtiment et des travaux publics compte tenu du haut risque d'accident du travail y existant et rappelé par l'inspection du travail en ces termes :

« Selon l'INRS, le secteur du bâtiment et des travaux publics présente, au sein du régime général, le plus haut niveau de risque d'accident : en 2013, le BTP a occupé 8,5% des salariés mais recensé 16,3% des accidents avec arrêt et 26,8% des décès accidentels. Ce taux d'accidentologie est encore plus élevé dans les activités de démolition. En 2008, selon le site de l'INRS, l'activité « Démolition » a occupé 5 793 salariés. Il y est recensé 583 accidents avec arrêt [...] ».

En troisième lieu, il ressort des constats de l'inspection du travail et des témoignages des salariés que ceux-ci n'ont pas été munis des équipements de protection individuelle adéquats, en violation des dispositions des articles L.4321-1, R.4321-4, R.4323-91 et R.4323-93 du code du travail.

Ainsi, les salariés indiquent tous avoir dû acheter eux-mêmes leurs chaussures de sécurité sans être remboursés par l'employeur ; n'avoir pas eu à disposition des lunettes – lesquelles auraient pourtant permis d'éviter l'accident du travail non déclaré de Monsieur G - ; que l'employeur n'aurait fourni un casque qu'à huit d'entre eux ; que des gants n'étaient distribués que sporadiquement, sans qu'il soit possible de les remplacer en cas d'usure ou de détérioration; que des masques non adaptés, au très fort empoussièrement engendré par les travaux de démolition réalisés, étaient mis à la disposition des intéressés mais en nombre insuffisant.

Enfin, l'inspection du travail précise que l'entreprise n'a jamais justifié son adhésion à un service de santé au travail pourtant obligatoire conformément aux dispositions de l'article L.4622-1 du code du travail. Il apparaît dès lors qu'aucun salarié n'a fait l'objet d'une visite médicale d'embauche ou de surveillance en violation de l'article R.4624-10 du code du travail. Une telle situation cause nécessairement, et à plus forte raison dans le contexte des travaux effectués par les employés de la société Y sur le chantier ., un grave préjudice aux travailleurs exposés à des risques particulièrement importants pour leur santé et leur sécurité.

ENQUETE MENEÉ PAR LES SERVICES DU DEFENSEUR DES DROITS

Au regard de ses compétences issues de l'article 4 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé notamment de lutter contre les discriminations prohibées par la loi ou par un engagement international ainsi que de promouvoir l'égalité.

Informé du procès-verbal de l'inspection du travail rendu sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale dans ce dossier, le Défenseur des droits, conformément à l'article

23 de la loi organique susvisée, a sollicité l'autorisation du procureur de la République afin de pouvoir instruire la réclamation dont il a été saisi. En effet, l'article 23 précise que lorsqu'il « est saisi, ou se saisit d'office, de faits donnant lieu à une enquête préliminaire ou de flagrance ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, il doit recueillir l'accord préalable des juridictions saisies ou du procureur de la République ». Cette autorisation lui a été accordée le 29 novembre 2017.

Afin d'enquêter sur la situation de ces 25 salariés et en application des dispositions de l'article 18 de la loi organique précitée indiquant que « le Défenseur des droits peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui », Messieurs F et X, gérant et associé de la société Y, ont régulièrement été convoqués à une audition, par courriers du 7 février 2018, par l'intermédiaire du mandataire liquidateur. Ce dernier a confirmé par téléphone à un agent du Défenseur des droits que ces convocations avaient bien été transmises aux intéressés qui ne se sont pourtant pas présentés le jour dit.

Le mandataire liquidateur n'a transmis qu'une partie infime des pièces et observations sollicitées par le Défenseur des droits dans ses courriers du 7 février 2018.

L'institution a toutefois eu connaissance des conclusions produites par l'UNEDIC Délégation AGS CGEA de la région, partie à l'instance prud'homale, compte tenu de la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise Y.

Par courriers du 28 mars 2019, le Défenseur des droits a adressé au mandataire liquidateur et à l'UNEDIC Délégation AGS CGEA de la région une note récapitulant les éléments de fait et de droit qui pouvaient le conduire à conclure à l'existence d'une discrimination dans ce dossier.

Par courrier du 4 avril 2019, le mandataire liquidateur a indiqué qu'il n'avait aucune observation à formuler « sur des faits qui paraissent établis » et a précisé que :

« l'absence de tout document comptable, ainsi que les déclarations tronquées du dirigeant légal, ne permettent d'apporter aucun éclairage à la situation des salariés anciennement employés par l'entreprise et dont aucune donnée sociale n'a été présentée ».

L'UNEDIC a répondu, par courrier du 10 avril 2019, à la note récapitulative du Défenseur des droits en précisant n'avoir aucune observation complémentaire à apporter et attendre les suites du procès prud'homal pour pouvoir se positionner sur sa garantie.

Dans ces conditions, c'est au vu des pièces du dossier en sa possession, notamment les constats réalisés par l'inspection du travail et les conclusions des parties devant le conseil de prud'hommes, que les présentes observations sont formulées.

CADRE JURIDIQUE

Il convient au préalable de déterminer le droit - tant international et européen **(I)** qu'interne **(II)** - applicable aux faits de l'espèce s'agissant de la protection contre les discriminations dont peuvent se prévaloir les travailleurs du chantier.

I. Droit international et européen

Si plusieurs normes de droit international et européen excluent les personnes ne résidant pas légalement sur le territoire des États membres ou contractants de leur champ d'application ou de certaines de leurs dispositions les plus protectrices en matière de lutte contre les discriminations, ces personnes jouissent tout de même d'un certain nombre de garanties en la matière.

Ainsi, la **Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales du 21 décembre 1965 (ONU)**, entrée en vigueur le 4 janvier 1969 et ratifiée par la France le même jour, ne contient aucune restriction d'application qui serait opposable aux étrangers ne résidant pas légalement sur le territoire d'un État partie ou ne disposant pas des documents les autorisant à y travailler.

Son préambule pose un principe d'égalité très large en ces termes :

« Considérant que la Déclaration universelle des droits de l'Homme proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit et que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune de race, de couleur ou d'origine nationale, [...] »

« Considérant que tous les hommes sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi contre toute discrimination et contre toute incitation à la discrimination ».

Son article premier définit ensuite la discrimination raciale comme :

« [...] toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

Enfin, son article 5 précise :

« [...] les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : [...] »

i) Droits au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable et satisfaisante ; »

La **Convention de l'Organisation internationale du travail (OIT) n°111** concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958, entrée en vigueur le 15 juin 1960 et ratifiée par la France le 28 mai 1981, contient également des dispositions protectrices applicables aux travailleurs en situation irrégulière.

En effet, après avoir rappelé dans son préambule que « la discrimination constitue une violation des droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme », elle précise, en son article premier que :

« 1. Aux fins de la présente convention, le terme discrimination comprend :

(a) Toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ; [...]

1. Aux fins de la présente convention, les mots emploi et profession recouvrent l'accès à la formation professionnelle, l'accès à l'emploi et aux différentes professions, ainsi que les conditions d'emploi ».

La seule exclusion prévue dans ce texte est posée à son article 4 qui stipule :

« Ne sont pas considérés comme des discriminations toutes mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'État ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, pour autant que ladite personne ait le droit de recourir à une instance compétente établie suivant la pratique nationale ».

Bien que constituant une violation de règles d'ordre public, travailler sans y être autorisé ne semble pas pouvoir être considéré comme relevant de cette dernière exclusion.

Les ressortissants étrangers non autorisés à travailler peuvent également se prévaloir, au même titre que les personnes séjournant régulièrement sur le territoire, des droits consacrés par la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales** (CESDH), adoptée le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France le 3 mai 1974.

En effet, en vertu du principe du monisme juridique voulu par le Constituant, le Défenseur des droits rappelle que les juridictions françaises sont tenues d'appliquer les droits et libertés garantis par la CESDH pour résoudre les litiges qui leur sont soumis.

Ainsi, l'article 14 de la Convention précitée, qui affirme le droit à la non-discrimination, a un effet direct en droit interne. Cet article dispose que :

« La jouissance des droits et libertés [reconnus par la CESDH] doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

La violation de cette disposition ne peut toutefois être invoquée qu'avec celle d'un autre droit conventionnel, comme le droit à la vie (article 2), ou le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, lequel est consacré à l'article 3 de la CESDH qui prévoit que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Le droit applicable à l'exposition délibérée de travailleurs, en raison de leur prétendue race ou de leur origine nationale ou sociale, à des conditions de travail indignes, en négation de leurs droits et susceptibles de porter atteinte à leur santé voire à leur vie doit donc s'analyser au regard des obligations de l'État s'agissant de la protection qu'il doit assurer en application des articles 14 et 3, voire 2 de la CESDH, quelle que soit la situation juridique des intéressés.

De plus, l'article 1^{er} alinéa 1 du protocole additionnel n°1 à la CESDH prévoit que :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

La Cour européenne des droits de l'homme considère que la rémunération relève du champ de cette disposition. Ainsi, le droit à une rémunération sans discrimination en lien avec l'origine ou la nationalité apparaît également protégé par le droit européen.

Par conséquent, au vu de ce qui précède et sous réserve de respecter la condition d'application de l'article 14 prévue par le texte même de la CESDH, c'est-à-dire d'invoquer sa violation avec celle d'un autre droit conventionnel, le juge judiciaire peut vérifier la conformité du contenu des lois, des règlements et des contrats au principe européen de non-discrimination. Il peut même relever d'office sa violation, lorsqu'il n'est pas invoqué par les parties¹.

Sur les questions concernant les discriminations en lien avec la race, l'origine ethnique ou la couleur de peau, la Cour de justice de l'Union européenne considère que :

« La discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci doivent recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse »².

La Cour opère dès lors un contrôle strict, affirmant que :

« Aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle »³.

Ainsi, selon la CJUE, *« une différence de traitement tenant à la race [...] appelle l'examen le plus rigoureux »⁴.*

Enfin, en droit de l'Union européenne, 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 a imposé l'introduction dans l'ordre juridique des États membres d'un cadre général interdisant toutes les discriminations liées à l'origine.

Elle est notamment applicable *« à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne : [...] c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération [...] »*

¹ La chambre sociale de la Cour de cassation relève d'office la violation de l'article 14 de la CESDH. V. not., Cass. soc., 2 déc. 1999, pourvoi n° 98-17.350, inédit – Cass. soc., 8 avr. 1999, pourvoi n° 97-18.956, inédit – Cass. soc., 25 mars 1999, pourvoi, n° 97-170.43, inédit – Cass. soc., 14 janv. 1999, pourvoi n° 97-12.287, inédit ; Adde É. VERNY (coord.), Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, in Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008, Doc. fr., 2009, p. 47, spéc. p. 65 et s.

² CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c/ Russie*, Requêtes n°55762/00 et 55974/00.

³ CEDH, 13 décembre 2005, *Timichev c/ Russie*, Requêtes n°55762/00 et 55974/00.

⁴ CEDH, Grande chambre, 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, Requête n°15766/03.

L'article 2 précise qu'une :

« une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ; »

L'article 3 de la directive exclut de son champ d'application les différences de traitement fondées sur la nationalité ou la situation administrative des ressortissants de pays tiers. La directive ne permet donc pas de remettre en cause les normes adoptées par les États concernant l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers et leur accès à l'emploi et au travail.

Ces personnes demeurent toutefois protégées par la directive contre les discriminations susvisée, dès lors que celles-ci ne sont pas motivées par leur statut juridique mais par des considérations liées à leur origine, leur appartenance à une ethnie, ou à une prétendue race.

La lecture du préambule de la directive le confirme puisque, s'agissant du champ d'application de ce texte, il indique que :

« Le droit de toute personne à l'égalité devant la loi et à la protection contre la discrimination constitue un droit universel reconnu par la déclaration universelle des droits de l'homme, [...]» (Considérant 3).

La directive garantit donc bien à toute personne engagée dans une relation de travail une protection contre les discriminations liées à l'origine auxquelles elle pourrait être confrontée dans le cadre de celle-ci, quand bien même cette relation de travail ne serait pas autorisée par la loi.

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont reconnu à plusieurs reprises que les dispositions relatives à la protection contre les discriminations prévues par les conventions de l'OIT, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les directives européennes en matière de discrimination étaient d'application directe⁵.

II. Le droit interne

Le droit interne contient quant à lui nombre de dispositions protectrices susceptibles d'être invoquées par les travailleurs dépourvus d'autorisation de travail dans leurs rapports avec leurs employeurs.

En effet, si le droit prohibe l'emploi des étrangers ne disposant pas d'une autorisation de travail – à l'article L.8251-1 du code du travail notamment⁶ – de nombreuses personnes sont, dans les faits, employées en violation de cette interdiction pourtant considérée par les juridictions comme étant d'ordre public.

Le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, lequel renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946, proclame en

⁵ Voir infra note de bas de page 1 s'agissant de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'application de l'article 14 de la CEDH ; Cass. Soc., 28 Novembre 2000 Harba ; CE Ass. 30 octobre 2009 Perreux.

⁶ Article L.8251-1 du code du travail : « Nul ne peut, directement ou indirectement, embaucher, conserver à son service ou employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ».

son article 1^{er} que « *La France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

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 énonce, en son article 1^{er}, alinéa 1, que :

« Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, (...) de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

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. »

L'alinéa 3 de cet article 1^{er} assimile, conformément aux directives européennes, le harcèlement et la discrimination en prévoyant que :

« la discrimination inclut : tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa (...), subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

La loi du 27 mai 2008 n'exclut aucunement de son application les personnes étrangères en situation irrégulière ou dépourvues d'autorisation de travail.

Le code du travail pose quant à lui le principe général d'interdiction des discriminations, en son article L.1132-1, qui précise :

« Qu'aucune personne ne peut (...) faire l'objet de mesures discriminatoires, 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, notamment en matière de rémunération, (...), d'affectation, de qualification, (...) en raison de son origine, (...) de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une prétendue race (...) ».

Les articles L.8252-1 et L.8252-2 du même code prévoient explicitement une égalité de traitement entre les travailleurs dépourvus d'autorisation de travail et ceux qui en sont pourvus, en matière de durée du travail, de repos, de congés, de bénéfice des dispositions relatives à la santé et à la sécurité, et de paiement des salaires et des accessoires.

Concernant la jurisprudence rendue sur le sujet, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée, par un arrêt du 3 novembre 2011 (n°10-20765), sur la situation d'une

capverdienne, travailleuse domestique en situation irrégulière, licenciée sans indemnité ni procédure, après plusieurs années d'ancienneté.

La Cour reconnaît la discrimination indirecte en raison de l'origine en retenant que :

« L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés ; qu'ayant relevé que l'exploitation par M. X... et Mme Y... de la qualité d'étrangère de Mme Z... en situation irrégulière sur le territoire français ne lui permettant aucune réclamation avait entraîné pour la "salariée" la négation de ses droits légaux et conventionnels et une situation totalement désavantageuse par rapport à des employés de maison bénéficiaires de la législation du travail, la cour d'appel, qui en a déduit que Mme Z... avait subi en raison de son origine une discrimination indirecte caractérisée, a légalement justifié sa décision ».

Par-là, la Cour confirme l'analyse faite dans ce dossier par les juges du fond consistant à dire que :

« Madame S. a subi en raison de son origine, au moyen pour les employeurs de l'exploitation de sa qualité d'étrangère en situation irrégulière sur le territoire français qui ne lui permettait aucune réclamation ou liberté d'agir, une discrimination indirecte caractérisée ».

Dans le mémoire en défense de la salariée devant la Cour de cassation, son conseil, a d'ailleurs relevé que :

« C'est en raison de sa provenance d'un pays d'Afrique pauvre fuyant les conditions de vie difficiles qu'elle a pu être exploitée par ses co-employeurs profitant de sa situation irrégulière ne lui permettant pas de revendiquer ses droits ».

Par ailleurs, la Cour de cassation a rejeté, comme non fondé, l'un des moyens des intimés dans ce dossier consistant à soutenir que les dispositions combinées des articles L.7221-1 et L.7221-2 du code du travail, selon lesquelles seules sont applicables au salarié employé par des particuliers à des travaux domestiques les règles relatives au harcèlement moral, au harcèlement sexuel, au droit d'agir des organisations syndicales à ce titre, à la journée du 1^{er} mai, aux congés payés, aux congés pour événements familiaux, à la surveillance médicale des gardiens d'immeubles, excluaient l'application au cas d'espèce des dispositions relatives à la non-discrimination.

La Cour a en effet considéré ce moyen infondé, en l'absence de dispositions dérogatoires inscrites dans les dispositions préliminaires du code du travail édictant les principes d'ordre public régissant les relations individuelles du travail.

L'arrêt précise ainsi que l'article L.1131-1 du code du travail - déterminant le champ d'application du livre 1^{er} du titre III concernant les discriminations - prévoit que l'interdiction générale de toute discrimination en raison d'un critère s'applique à tous les salariés soumis au droit privé sans exception, notamment les travailleurs dépourvus d'autorisation de travail.

Le raisonnement ainsi tenu par la Cour de cassation a dès lors pour conséquence que, quand bien même l'article L.8252-1 du code du travail semble énumérer de manière exhaustive les dispositions applicables aux travailleurs dépourvus d'autorisation de travail sans faire référence à la protection contre les discriminations ou le harcèlement, cela n'exclut pas pour

autant les travailleurs en situation irrégulière au regard du séjour et du travail d'une telle protection.

La protection contre les discriminations s'applique donc à tous les travailleurs, que les textes y fassent référence explicitement ou non, puisqu'elle résulte d'engagements internationaux et européens d'application directe et de principes d'ordre public.

Ainsi, si l'accès au marché du travail peut légitimement dépendre du statut juridique des individus, toute personne engagée dans une relation de travail, qu'elle soit licite ou non, doit bénéficier de droits élémentaires notamment ceux ayant trait au respect de sa dignité et à la protection contre les discriminations qui font partie de l'ordre public social.

Enfin, s'agissant de la charge de la preuve des demandeurs en matière de discrimination, l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 précitée indique que :

« Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause 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. »

Selon la jurisprudence, le salarié qui invoque une discrimination peut présenter, au titre des éléments de fait laissant supposer l'existence de cette discrimination, le rapport établi par l'inspection du travail, peu importe que l'inspection du travail soit intervenue à la demande du salarié⁷.

ANALYSE JURIDIQUE

Après avoir identifié le droit applicable aux faits de l'espèce, il s'agit pour le Défenseur des droits de mettre en lumière les discriminations multiples infligés aux travailleurs dépourvus d'autorisation de travail employés par la société Y sur le chantier.

L'analyse approfondie du dossier fait apparaître que ces traitements discriminatoires ont été rendus possible par une certaine hiérarchisation des fonctions dans l'organisation du travail au sein du chantier ayant pour conséquence de reléguer les réclamants, en raison de leur origine - malienne en l'espèce – et la précarité induite par leur situation administrative, aux tâches les plus difficiles et dangereuses **(I)**.

Dans un tel contexte, la situation irrégulière, au regard du droit au séjour et au travail des réclamants et la vulnérabilité qui en découle, a conduit l'employeur à commettre de graves violations à ses obligations, lesquelles paraissent dès lors constituer des discriminations fondées tout à la fois sur l'origine et la nationalité des travailleurs concernés **(II)**.

I. Un contexte de discrimination systémique caractérisée par une hiérarchisation des tâches en fonction de l'origine des travailleurs

Ce dossier illustre la réalité dans laquelle se trouvent certains groupes de personnes particulièrement discriminées, tels que peuvent l'être ces travailleurs étrangers en situation

⁷ Cass. Soc., 15 janvier 2014

irrégulière sur le territoire français. Il invite à appréhender la notion de discrimination dans sa dimension systémique⁸.

Dans un rapport sur les discriminations remis à la ministre de la Justice en 2013, Madame Laurence PECAULT-RIVOLIER, conseillère à la Cour de cassation, fait référence à la discrimination systémique en ces termes :

« Discrimination qui relève d'un système, c'est-à-dire d'un ordre établi provenant de pratiques, volontaires ou non, neutres en apparence, mais qui donne lieu à des écarts de rémunération ou d'évolution de carrière entre une catégorie de personnes et une autre... Cette discrimination systémique conjugue quatre facteurs : les stéréotypes et préjugés sociaux, la ségrégation professionnelle dans la répartition des emplois entre catégories, la sous-évaluation de certains emplois, la recherche de la rentabilité économique à court terme. La particularité de la discrimination systémique étant qu'elle n'est pas nécessairement consciente de la part de celui qui l'opère. A fortiori, elle n'est pas nécessairement décelable sans un examen approfondi des situations par catégories. »⁹

La Cour suprême du Canada, pays dans lequel cette notion a particulièrement été développée, s'y réfère spécifiquement pour mettre en évidence les discriminations dans le domaine de l'emploi et 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 visés »¹⁰.

Les stéréotypes ancrés dans lesquels cette discrimination s'inscrit sont le prolongement d'une forme d'historique d'inégalité et de différences de traitement.

La Cour d'appel fédérale du Canada insiste à cet égard sur le fait qu'il s'agit :

« d'un phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales. (...) Par sa nature même, elle s'étend sur une certaine période »¹¹.

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 de la 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

⁸ Pour Peter SENGE, théoricien américain de l'organisation du travail : « la pensée systémique est une discipline qui permet de concevoir les phénomènes dans leur intégralité. C'est un cadre qui permet de voir les interrelations plutôt que les éléments individuels (...)» dans « La cinquième discipline : l'art et la manière des organisations qui apprennent ».

⁹ Laurence Pécaut-Rivolier, « Lutter contre les discriminations au travail : un défi collectif », rapport au ministère de la justice, 2013.

¹⁰ Marie-Thérèse Chicha-Pontbriand, « Discrimination systémique : fondement et méthodologie » Commission des droits de la personne au Québec, éd. Yvon Blais, 1989, page 85.

¹¹ Alliance de la fonction publique du Canada C. Canada (Ministère de la Défense nationale), 1996, 3 RCF 789, 1996, CanLII 4067 (CAF), au §16.

permettant de mettre en évidence, au-delà de discriminations multiples, une discrimination systémique.

Dans ce dossier, le groupe stigmatisé - les travailleurs maliens en situation irrégulière - est victime de la part de l'employeur d'un abus de leur situation de vulnérabilité liée à leur situation administrative - donc leur nationalité - et à leur origine malienne.

L'analyse de la place de ce groupe particulièrement désavantagé, au sein de toutes les sphères sociales et spécifiquement dans le milieu professionnel, sur le fondement de plusieurs critères de discrimination renvoie, au-delà de la simple subordination du travailleur, à un système organisé de domination d'un groupe sur l'autre fondé sur des considérations racistes. Cette domination ancrée, historique, parfois inconsciente permet au groupe dominant de se considérer comme étant autorisé à exposer le groupe dominé à des traitements humiliants, dégradants, voire inhumains.

Pour appréhender la discrimination multiple et systémique dont ont été victimes les travailleurs maliens du chantier, il convient dès lors nécessairement d'analyser leur place au sein du collectif de travail et ce, à la lumière des pratiques existantes dans le secteur du bâtiment et des travaux publics.

- La place des travailleurs maliens en situation irrégulière dans le secteur du BTP : invisibles et interchangeable

À cet égard, les travaux de Monsieur Nicolas JOUNIN, maître de conférence en sociologie, sont particulièrement éclairants¹². Dans le cadre de son doctorat, l'intéressé a mené une vaste enquête intitulée « chantier interdit au public »¹³ pour laquelle il s'est immergé plusieurs semaines parmi des travailleurs du bâtiment en qualité d'intérimaire.

Son enquête de terrain permet de mettre en lumière qu'il existerait dans le secteur du bâtiment, une gestion raciste de la main d'œuvre, conduisant à affecter les travailleurs d'une origine donnée à un certain type de tâches.

Nicolas JOUNIN explique pour partie cette hiérarchisation des tâches par les vagues d'immigration successives, notamment impulsées par les politiques migratoires qui ont favorisé à telle ou telle période l'arrivée en France d'étrangers de certaines origines.

De cette organisation découlerait un véritable « *apartheid professionnel* », qui consisterait en outre à affecter les travailleurs africains aux tâches les plus pénibles, et qu'il décrit en ces termes :

« J'en suis arrivé à la conclusion que la classe – la place des manœuvres dans l'organisation du travail – servait de support à la race – la construction symbolique des « noirs » ou des « mamadous ». [...] les Mamadous sont des manœuvres, les manœuvres sont des Mamadous : l'un ne peut pas aller sans l'autre. C'est la correspondance entre poste et origine qui fabrique cette figure spécifique du bâtiment. Correspondance qui construit, avais-je envie de dire à l'époque, un apartheid professionnel ».

¹² Nicolas JOUNIN, « *Humiliations ordinaires et contestations silencieuses. La situation des travailleurs précaires des chantiers* », Sociétés contemporaines 2008/2 (n°70), pages 25-43 ; « *L'ethnisation en chantiers : reconstruction des statuts par l'ethnique en milieu de travail* », Revue européenne des migrations internationales, volume 20 n°3, 2004.

¹³ Nicolas JOUNIN, « *Chantier interdit au public* », La Découverte, 2009.

Il décrit de manière détaillée le racisme présent sur les chantiers au travers de cette appellation de « *Mamadou* », utilisée par les dirigeants et travailleurs du bâtiment pour désigner uniformément les manœuvres africains, dont les employeurs nient l'individualité, ne les considérant que comme un collectif uniforme et interchangeable.

Il précise enfin que le recrutement par cooptation, qui est la norme dans ce secteur, renforce cette ségrégation et enferme encore un peu plus les salariés d'une origine déterminée dans les tâches dévolues à leur groupe.

- Un système hiérarchique pyramidal en fonction de l'origine des travailleurs au sein du chantier

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de l'inspection du travail et des multiples auditions menées par celle-ci qu'il existerait, sur le chantier concerné, un système pyramidal d'affectation professionnelle en raison de l'origine et ce, au détriment des travailleurs maliens.

Les responsables de la société mise en cause considéraient les travailleurs maliens comme des entités interchangeables et négligeables et les plaçaient ainsi en bas de l'échelle de l'organisation du travail.

Interrogé sur le nombre et l'identité des salariés employés par son entreprise sur le chantier, Monsieur X a répondu aux contrôleurs du travail l'auditionnant, tant le 6 septembre que le 16 septembre 2016 : « *ils m'amènent des copains à eux, (...) ils se ressemblent tous* ».

Ainsi, il apparaît que tous les travailleurs maliens étaient des manœuvres assignés aux tâches les plus pénibles du chantier, à savoir les travaux de démolition consistant notamment à casser les murs et les plafonds à la masse, dans des conditions extrêmement dangereuses.

A cet égard, lors du contrôle de l'inspection du travail faisant suite à l'accident du travail de Monsieur G, Monsieur J, témoin de la scène et salarié du chantier, explique : « *Monsieur G était sur un échafaudage d'une hauteur de 2 mètres avec une masse de 10 kgs. L'échafaudage n'était pas sécurisé* »¹⁴.

Son collègue, Monsieur M, indique quant à lui, concernant les circonstances de l'accident : « *J'étais entre la victime et Monsieur N, sur une poubelle avec la masse, tourné vers Monsieur N. Personne ne tenait l'échafaudage de la victime car si Ahmed arrive, il te dit " toi, tu travailles pas "* »¹⁵.

Plusieurs travailleurs précisent ainsi utiliser un matériel de fortune – des poubelles – pour effectuer les travaux en hauteur¹⁶.

De plus, le procès-verbal établi par l'inspection du travail mentionne le fait que ce type de travaux de démolition génère beaucoup de poussière, expose les salariés qui les effectuent à diverses pathologies d'ordre respiratoire et à des blessures liées aux projections. C'est ainsi que Monsieur G déclare avoir reçu des débris dans l'œil, entraînant une griffure de la rétine, alors qu'il démolissait un plafond avec une masse, en étant monté sur une poubelle, sans lunettes de protection¹⁷.

¹⁴ Procès-verbal de l'Inspection du travail page 222.

¹⁵ Procès-verbal de l'Inspection du travail page 223.

¹⁶ Procès-verbal de l'Inspection du travail page 120 – Témoignages des salariés du chantier.

¹⁷ Procès-verbal de l'Inspection du travail page 178.

Les tâches subalternes confiées aux travailleurs maliens s'avèrent donc particulièrement pénibles à la fois par la force physique qu'elles requièrent et par leur dangerosité avérée.

Par contre, les fonctions de direction – en haut du système pyramidal - étaient quant à elle assurées par Messieurs F et X.

Lors de ses auditions par l'inspection du travail, Monsieur F a indiqué exercer toutes les fonctions dévolues à un gérant, commerciales (recherche de clients), opérationnelles (affectation des salariés sur les chantiers, communication de directives), et tâches administratives, notamment l'accomplissement des diverses formalités auprès de la préfecture pour l'embauche des salariés étrangers, minimisant le rôle et l'implication de Monsieur X dans la gestion de l'entreprise.

Pourtant, l'enquête menée par les services de l'inspection du travail a mis en évidence que Monsieur X était parfaitement identifié comme le responsable de la société Y, tant par les salariés que par les autres sociétés intervenant sur le chantier.

Ainsi, il ressort des déclarations des travailleurs maliens interrogés qu'ils connaissaient Monsieur X, plus que Monsieur F. Selon eux, Monsieur X donnait des ordres, demandant notamment « *de faire vite* »¹⁸. Les salariés précisent également : « *qu'il vérifie le travail, qu'il appelle Ahmed pour dire ce qui ne va pas* »¹⁹. L'un d'entre eux affirme : « *c'est le patron, je l'ai vu 4 fois* »²⁰. Un autre : « *oui je le connais bien, il vient tout le temps, il dit que le chantier est en retard* »²¹. Et un troisième de confirmer : « *il vient tout le temps sur le chantier, c'est lui qui dit « c'est pas fini, dépêche-toi »* »²².

Enfin, l'enquête de l'inspection du travail fait apparaître l'existence d'une sorte de hiérarchie intermédiaire entre les travailleurs et la direction de l'entreprise en les personnes de Messieurs P, deux frères d'origine maghrébine, représentant l'employeur sur le chantier et chargés de contrôler la bonne exécution des travaux.

Selon les témoignages recueillis au cours des auditions, l'un des frères P était toujours présent sur le chantier pour donner des directives et contrôler la bonne exécution des tâches. Il semble que « *Farid* » intervenait plutôt comme chef d'équipe, tandis qu'« *Ahmed* » s'occupait plutôt des tâches administratives.

Monsieur G précise ainsi, s'agissant de Farid P : « *s'il n'y a pas de représentant sur place, il appelle Tony X (...) sur les autres chantiers Y, il y avait Ahmed et Farid* ». Lors de son accident, une semaine avant celui de Monsieur B, il témoigne avoir appelé « *Ahmed* » qui lui aurait dit de ne pas le déranger pour cela.

Monsieur R, explique par ailleurs que « *c'est Mohamed qui donne l'argent, il y a toujours sur le chantier Farid ou Mohamed* »²³.

L'ensemble de ces éléments laissent donc apparaître une hiérarchie organisée au sein du chantier.

¹⁸ Procès-verbal de l'inspection du travail, page 67.

¹⁹ Procès-verbal de l'inspection du travail, page 72.

²⁰ Procès-verbal de l'inspection du travail, page 74.

²¹ Procès-verbal de l'inspection du travail, page 77.

²² Procès-verbal de l'inspection du travail, page 79.

²³ Procès-verbal de l'inspection du travail, page 91.

Les travailleurs maliens effectuent les travaux de curage et de démolition. Les salariés d'origine maghrébine, les frères P, sont les encadrants de proximité qui donnent des directives, s'assurent de la bonne exécution des travaux, du respect des délais et payent les salariés en liquide. Monsieur X, supérieur de Messieurs P, se rend parfois sur le chantier pour s'assurer de l'avancement des travaux et enfin Monsieur F semble être le gérant « *administratif* ».

Chaque groupe est ainsi prédestiné à certaines tâches et cela, non en fonction de ses compétences réelles, mais semble-t-il uniquement en fonction de son origine, origine qui lui attribue une compétence supposée, l'empêchant ainsi de pouvoir occuper un autre positionnement au sein de ce système organisé de domination raciste.

L'analyse de ce système pyramidal au sein du chantier, à la lumière des études du sociologue Nicolas JOUNIN, permet de caractériser l'existence d'une discrimination systémique en termes de rémunération, d'affectation, d'évolution professionnelle à l'égard de ces 25 travailleurs maliens en situation irrégulière employés par la société Y, cantonnés aux métiers les plus pénibles de manœuvres et aux tâches les plus ingrates.

II. Des atteintes aux droits et à la dignité des travailleurs constitutives d'un traitement discriminatoire en raison de l'origine et de la nationalité :

Le contexte de discrimination systémique en lien avec l'origine décrit ci-dessus, auquel est venu s'ajouter en l'espèce le fait que les salariés se trouvaient en situation irrégulière au regard du droit au séjour et au travail, a conduit l'employeur à violer délibérément ses obligations, niant aux travailleurs concernés l'ensemble de leurs droits légaux et conventionnels.

Les nombreux manquements particulièrement graves de l'employeur ont été rendus possibles à la fois par la hiérarchisation des fonctions fondée sur les considérations racistes et par la situation irrégulière des travailleurs qui les place dans une position de vulnérabilité à l'égard de l'employeur.

Dès la première page de son procès-verbal, l'inspection du travail résume d'ailleurs la situation de la façon suivante :

« Profitant de l'état de vulnérabilité de ces salariés dépourvus de titre les autorisant à travailler en France, le gérant et son associé les ont soumis à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine en leur imposant de travailler au mépris de toutes les règles de sécurité au risque de mettre leur intégrité physique et leur vie en danger ».

Ainsi, les faits de l'espèce montrent que les employeurs ont abusé de l'autorité que leur conférait le lien de subordination existant dans le cadre d'une relation de travail classique en soumettant leurs employés à des conditions de travail dégradées et non conformes aux normes en vigueur, qualifiées même d'indignes au sens de l'article 225-14 du code pénal par l'inspection du travail²⁴.

Il convient à cet égard de préciser que la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que la situation irrégulière d'une personne étrangère sur le territoire permet de présumer que

²⁴ L'article 225-14 du code pénal prévoit que « *Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.* »

celle-ci se trouve en position de vulnérabilité (Cass. Crim., 11 février 1998, Bull. crim. n°53, n°96-84.997).

En effet, il apparaît que des travailleurs placés dans une telle situation ne peuvent pas, ou extrêmement difficilement, quitter leur emploi ou changer d'employeur, étant souvent dans l'attente d'une rémunération et ne pouvant trouver une entreprise prête à les embaucher compte tenu de l'irrégularité de leur séjour.

Les témoignages recueillis par l'inspection du travail auprès des travailleurs du chantier sont à cet égard révélateurs. À titre d'exemple, à la question relative aux possibilités de solliciter l'employeur pour avoir accès à des équipements de protection individuelle complémentaires, Monsieur S atteste du fait qu'il leur était rétorqué : « *tu te démerdes, si t'es pas content, tu dégages, y en a beaucoup* »²⁵.

En outre, la peur d'être éloignés du territoire dissuade bien souvent les travailleurs en séjour irrégulier de se plaindre auprès des autorités compétentes du non-paiement de leurs salaires ou d'autres abus dont ils auraient pu être victimes de la part de leur employeur.

Ceci a manifestement pour conséquence de créer dans la relation de travail un lien de subordination exorbitant du droit commun, plaçant les travailleurs concernés dans un état de dépendance réelle vis-à-vis de l'employeur qui peut alors abuser de son pouvoir.

En l'espèce, lors des constats effectués le jour de l'accident du travail de Monsieur H du 6 septembre 2016, l'inspection du travail a constaté la présence de vingt-trois travailleurs maliens dépourvus de titre de séjour sur le chantier et manifestement en position de travailler. Deux autres salariés, la victime et un collègue, étaient absents car partis à l'hôpital.

Entendu sur les lieux le jour même, Monsieur X a, dans un premier temps, nié que l'ensemble des travailleurs présents puissent être employés par la société Y. Il a cependant été contraint, comme Monsieur F, de reconnaître lors d'une audition ultérieure avoir employé treize d'entre eux. Tous deux ont indiqué qu'ils n'avaient jamais procédé aux vérifications prévues à l'article L.5221-8 du code du travail s'agissant des documents de séjour et de travail qui leur avaient été présentés par ces salariés, ce « *par négligence* ».

Selon l'inspection du travail, les titres de séjour présentés laissaient pourtant apparaître de telles incohérences et imperfections que l'employeur ne pouvait pas ignorer qu'ils étaient soit faux, soit empruntés.

Les témoignages des salariés confirment que Monsieur X avait parfaitement connaissance de la situation administrative de ses employés et du fait que les titres de séjour présentés étaient faux²⁶.

Les dirigeants de la société Y ont donc volontairement constitué une équipe de travailleurs en situation irrégulière et de la même origine. Si l'effectif comptait également un manœuvre ivoirien et des « *conducteurs de travaux* » maghrébins, ces derniers étaient également dépourvus de titre de séjour.

²⁵ Procès-verbal de l'inspection du travail, page 241.

²⁶ Plusieurs salariés attestent du fait que Monsieur X lui-même les avait incités à produire de faux papiers ou, de préférence, ceux d'une autre personne pour prévenir tout risque en cas de contrôle.

Ainsi, les services de l'inspection du travail ont estimé que l'employeur avait volontairement dissimulé l'emploi de ces travailleurs au sens des articles L.5211-1 et L.8221-5 du code du travail et a relevé à leur égard le délit d'emploi de travailleurs étrangers sans titre de travail tel que visé à l'article L.8251-1 du code du travail.

Les informations transmises par le mandataire liquidateur de la société Y vont dans le même sens puisque, dans son courrier du 4 avril 2019 adressé au Défenseur des droits, Maître L précise que les anciens employeurs n'ont fourni aucune donnée sociale. Par cette dissimulation volontaire, l'employeur nie une fois encore l'existence même de ces travailleurs.

C'est donc tout à fait sciemment que les dirigeants de l'entreprise Y ont embauché des travailleurs placés dans une situation de particulière vulnérabilité du fait de leur situation irrégulière, afin de s'affranchir des règles du code du travail.

L'inspection du travail relève à ce titre que « *les salariés ont été délibérément maintenus dans un état de vulnérabilité et contraints d'accepter des conditions de travail dont ils savaient qu'elles étaient dangereuses pour leur sécurité* », l'employeur n'hésitant pas à les menacer de les congédier en cas de contestation.

Les conclusions de l'enquête de l'inspection du travail précitées démontrent que les intéressés ont été exposés à des conditions de travail particulièrement dégradées voire indignes, en violation de nombreuses règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, ce alors même que, comme précisé ci-dessus, les articles L.8252-1 et L.8252-2 du code du travail prévoient explicitement une égalité de traitement entre les travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail et ceux autorisés à travailler, notamment en matière de bénéfice des dispositions relatives à la santé et à la sécurité.

Il convient d'ailleurs de relever que la violation des droits des intéressés est apparue tellement grave à ces derniers - notamment le refus des représentants de l'employeur d'appeler les pompiers pour secourir un collègue victime d'une chute d'échafaudage - qu'ils se sont finalement résolus à la dénoncer, au risque de perdre leur emploi, voire d'être éloignés du territoire français. Certains d'entre eux travaillaient pourtant sans autorisation depuis plusieurs années pour l'entreprise Y créée en novembre 2014, voire pour l'entreprise du père de Monsieur X – E.

Enfin, il ressort de l'ensemble du dossier un manque de considération particulièrement condamnable de l'employeur pour ces travailleurs.

Le refus de Monsieur X de reconnaître les personnes employées par la société lors du contrôle de l'inspection du travail du 6 septembre 2016 - pour finalement y être contraint du fait de l'enquête approfondie menée par l'inspection - en est une illustration tout autant que celui de déclarer les accidents du travail survenus les 3 et 6 septembre 2016.

Il apparaît à cet égard que l'accident du travail de Monsieur G n'a jamais fait l'objet d'une déclaration alors que celle relative à l'accident de Monsieur H n'a été faite que plusieurs jours après et accompagnée d'une dénonciation du travailleur auprès des organismes sociaux pour fraude.

Le fait que l'employeur ait rompu toute relation avec ses salariés au lendemain du contrôle de l'inspection du travail, sans mettre en œuvre une quelconque procédure de licenciement,

démontre aussi une sorte de réification de ces travailleurs, considérés, comme l'exprime parfaitement l'inspection du travail, comme « *de simples composants remplaçables* ».

Enfin, le refus de l'employeur de contacter les secours lors des accidents du travail de Messieurs G et H, préférant qu'il soit portée atteinte à leur santé, voire à leur vie, plutôt que de risquer un contrôle de police ou de l'inspection du travail, montre le degré de déshumanisation de ces travailleurs.

Les gérants de la société Y se sont ainsi cru autorisés, et ce en toute impunité, à exposer ces travailleurs, particulièrement vulnérables du fait de leur situation administrative et de leur origine, à des traitements dégradants, humiliants et inhumains. Or, tout salarié, quelle que soit sa situation sur le territoire français, a le droit d'exiger de son employeur le respect de sa dignité sur son lieu de travail et ces travailleurs en ont été privés, de façon répétée, au mépris du respect élémentaire de leurs droits et de leur personne.

Au-delà de l'atteinte particulièrement grave à la dignité des personnes concernées, une telle négation des droits de ces travailleurs constitue un traitement discriminatoire en raison de l'origine et de la nationalité, les intéressés ayant été pénalisés par rapport à des salariés régulièrement déclarés et autorisés à travailler sur le territoire français.

Dès lors, au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que les multiples violations par l'employeur de ses obligations à l'égard des 25 travailleurs étrangers dépourvus d'autorisation de travail ayant saisi le conseil de prud'hommes de Z constituent des discriminations au sens de l'article 14 combiné à l'article 8, d'une part, et à l'article 3, d'autre part, de la CESDH, de la directive européenne n°2000/43 et de la loi du 27 mai 2008 susvisées.

Jacques TOUBON