

COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

Chambre 4-5

ARRÊT AU FOND

DU 19 DECEMBRE 2019

N° 2019/

Rôle N°17/13283

N° Portalis DBVB-V-B7B-BA4CJ

Décision déferée à la Cour :

Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de NICE en date du 06 Juin 2017 enregistré au répertoire général sous le n° F15/01138.

APPELANTE

Madame X., demeurant [...]

(bénéficie d'une aide juridictionnelle Partielle numéro .... du ... accordée par le bureau d'aide juridictionnelle d'AIX EN PROVENCE)

représentée par Me Caroline F., avocat au barreau de MARSEILLE

INTIMEE

SCM Y, demeurant [...]

représentée par Me Philippe S., avocat au barreau de NICE

PARTIE INTERVENANTE VOLONTAIRE

M. LE DEFENSEUR DES DROITS, demeurant [...]

représenté par Me Yasmina B., avocat au barreau de LYON substitué par Me Samir B., avocat au barreau de LYON

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 785 et 786 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 25 Juin 2019, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Monsieur Thierry LAURENT, Conseiller, chargé du rapport, qui a fait un rapport oral à l'audience, avant les plaidoiries.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Madame Michelle SALVAN, Président de Chambre

Monsieur Thierry LAURENT, Conseiller

Madame Mariane ALVARADE, Conseiller

Greffier lors des débats : Mme Pascale ROCK.

Les parties ont été avisées que le prononcé de la décision aurait lieu par mise à disposition au greffe le 17 Octobre 2019, prorogé successivement au 14 novembre 2019, 28 novembre 2019 et 19 décembre 2019.

## ARRÊT

Contradictoire,

Prononcé par mise à disposition au greffe le 19 décembre 2019

Signé par Madame Michelle SALVAN, Président de Chambre et Mme Pascale ROCK, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

\*\*\*

## FAITS ET PROCEDURE

Madame X. a répondu à une offre d'emploi le 18 septembre 2012 pour un poste de manipulateur d'électroradiologie médicale en contrat à durée indéterminée auprès du Y.

Après une journée d'essai le 1er octobre 2012, il lui a été proposé un contrat à durée déterminée de six mois par mail du 16 octobre 2012 puis une proposition d'embauche pour un contrat à durée déterminée de six mois le 6 novembre 2012.

X. a renoncé à la proposition d'emploi n'ayant pas pu trouver un appartement à N. uniquement avec une promesse de contrat à durée déterminée.

En février 2013, une personne était recrutée puis embauchée le 11 mars 2013 en qualité de manipulatrice d'électroradiologie médicale en contrat à durée indéterminée.

Estimant avoir été victime de discrimination, X. a saisi la juridiction prud'homale le 17 septembre 2015 afin de voir reconnaître l'existence d'une discrimination à son encontre.

Par jugement rendu le 6 juin 2017, le conseil de prud'hommes de Nice a :

\* débouté X. de ses demandes

\* débouté la SCM Y de sa demande reconventionnelle

\* condamné X. aux dépens

X. a interjeté appel de cette décision le 10 juillet 2017 dans des conditions de forme et de délai qui ne sont pas critiquées.

## MOYENS ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

Aux termes de ses dernières écritures transmises par la voie électronique le 7 juin 2019, X., appelante soutient que :

- elle a répondu à une annonce proposant une embauche sous contrat à durée indéterminée sans mettre de photo sur son CV

- son profil intéressait le recruteur qui lui a adressé une simulation de salaire et lui a proposé de lui trouver un appartement

- c'est uniquement lors du rendez-vous le 1er octobre que l'attitude du recruteur a changé lorsqu'il l'a vue et qu'après lui avoir indiqué que la procédure de recrutement était suspendue, il lui a proposé un contrat à durée déterminée alors qu'en fait la procédure d'embauche n'était pas suspendue car l'annonce était toujours visible et que s'agissant du remplacement d'une personne partant à la retraite il s'agissait de pourvoir un poste permanent ce qui interdisait le recours à un contrat à durée déterminée

- elle ne pouvait déménager de M. à N. et se loger avec uniquement un contrat à durée déterminée

- le poste a été ensuite pourvu par un contrat à durée indéterminée en février 2013 par une personne ayant les mêmes compétences et n'ayant pas les compétences d'un coordinateur comme la personne partant à la retraite

- s'agissant d'un emploi exposant le salarié à des risques sanitaires, l'employeur devait procéder à une visite médicale avant l'embauche ce qu'il n'a pas fait alors qu'il lui a demandé de faire une journée de travail

X. demande en conséquence d'infirmier le jugement et de :

- dire et juger qu'elle a été victime d'une discrimination à l'embauche

- dire et juger que la SCM Y a commis une faute dans le cadre de la procédure de recrutement en proposant un contrat à durée déterminée (contraire aux dispositions de l'article L 1242-2 du code du travail) au lieu et place d'un contrat à durée indéterminée

- dire et juger que la SCM Y n'a pas respecté la réglementation prévue pour la profession de manipulatrice radio imposant une visite médicale avant toute affectation
- condamner la SCM Y au paiement de la somme de 15000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi pour discrimination à l'embauche
- condamner la SCM Y au paiement de la somme de 1000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi suite à la faute commise par l'employeur dans le cadre de la procédure de recrutement en proposant un contrat à durée déterminée en lieu et place d'un contrat à durée indéterminée
- condamner la SCM Y au paiement de la somme de 2000 euros pour non-respect de la réglementation en matière de visite médicale obligatoire
- condamner la SCM Y au paiement d'une somme de 3.000 euros au titre des dispositions combinées de l'article 36 de la Loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle et de celles de l'article 700 du code de procédure civile sous réserve de renonciation à l'aide juridictionnelle.

Aux termes de ses dernières écritures transmises par la voie électronique le 12 juin 2019, la SCM Y, intimée fait valoir que :

- l'annonce concernait un poste polyvalent en radiologie afin de palier un départ à la retraite
- X. n'a fait l'objet d'aucune discrimination car après lui avoir proposé un contrat à durée déterminée le 15 novembre 2012, elle l'a relancé par deux courriers des 20 et 27 novembre 2012 pour obtenir sa réponse car une autre candidate attendait une réponse
- le recours à une journée d'essai est systématiquement pratiqué et en l'absence d'embauche, aucune visite médicale n'est obligatoire
- n'ayant pu procéder au recrutement d'une manipulatrice radio ayant les mêmes qualifications techniques et administratives que le salarié partant à la retraite, l'organisation du cabinet était modifiée le 29 novembre 2012 en supprimant le poste de la personne partant à la retraite ce qui justifiait la proposition d'un contrat à durée déterminée puis, le poste d'un manipulateur étant devenu indispensable, il a été procédé à une embauche en contrat à durée indéterminée,
- la réorganisation du centre était rendue encore plus nécessaire en raison du départ d'un médecin qui apportait beaucoup de clientèle,
- X. ne justifie pas avoir effectué des recherches de logement

La SCM Y demande en conséquence de confirmer le jugement et de :

- constater et juger que X. n'a été victime d'aucune discrimination à l'embauche

- constater et juger que le recours au contrat à durée déterminée conformément aux dispositions de l'article L 1242-2 du code du travail est régulier
- constater et juger que X. a effectué un simple essai professionnel dans le cadre d'une opération de recrutement
- constater et juger que X. n'a pas accepté la proposition d'embauche
- En conséquence,
- dire qu'elle n'a commis aucune faute
- débouter X. de toutes ses demandes, fins et conclusions
- condamner X. à lui payer une somme de 1500 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ainsi que les dépens.

Par décision en date du 27 mai 2019, le défenseur des droits, intervenant volontaire suite à la saisine de X., présente des observations aux termes desquelles il constate que X. a fait l'objet d'une discrimination en raison de son origine, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une prétendue race au sens de l'article L 1132-1 du code du travail et de 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.

L'ordonnance de clôture a été prononcée le 13 juin 2019.

Pour un plus ample exposé des faits, de la procédure, des prétentions et moyens et de l'argumentation des parties, il est expressément renvoyé aux conclusions des parties et au jugement déféré.

## MOTIFS DE LA DECISION

### Sur la demande relative à la discrimination

L'article L.1132-1 du code du travail dispose : 'Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi no 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, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses

convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.'

L'article L.1134-1 du code du travail dispose : '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.

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.'

Il résulte de ces dispositions qu'il n'appartient pas au salarié d'établir la discrimination dont il se plaint, mais seulement de présenter des faits laissant supposer qu'elle existe, à charge alors pour l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination propres à justifier ses décisions (Soc. 26 avril 2000, n 98-42.643, Bull. n 151).

Lorsque la présomption de discrimination est retenue, le juge doit ensuite examiner les éléments rapportés par l'employeur afin de démontrer que ses décisions sont au contraire justifiées par des motifs étrangers à la discrimination alléguée par l'intéressé.

X. produit :

- l'offre d'emploi ainsi rédigée : 'la SCM Y recrute manipulateur pour poste polyvalent en radiologie numérisée, mammographie numérique, interventionnel en mammographie, contrat à durée indéterminée 35 heures'.

- le mail en date du 18 septembre qu'elle a adressé au centre avec une lettre de motivation et son CV sans photographie

- la réponse du centre du 18 septembre indiquant souhaiter la rencontrer prochainement

- un mail que lui a adressé le centre le 26 septembre avec une simulation de salaire et un projet d'intégration

- un mail du centre en date du 5 octobre 2012 lui indiquant que le recrutement d'une manipulatrice est suspendu

- le plan manuscrit fait par le recruteur

- les deux attestations de Madame D. en date du 22 mars 2016 amie de X. dans lesquelles elle indique avoir accompagné X. pour le rendez-vous du 1er octobre 2012 à N., qu'elle a dû attendre toute la journée car la journée d'essai n'était pas prévue, qu'elle a trouvé l'attitude des secrétaires et du recruteur 'bizarre' avec un

accueil très froid et que après que le centre a indiqué à X. qu'il ne recrutait plus de manipulatrice, elle a téléphoné en octobre au centre en prétendant rechercher un emploi de manipulatrice et il lui a été confirmé que le centre recrutait toujours pour cet emploi

- un mail en date du 15 novembre 2012 dans lequel le centre confirme son embauche à compter du 1er décembre 2012 pour un contrat à durée déterminée de six mois

- un bulletin de paie pour la journée du 1er octobre 2012 de 71,62 euros

- un courrier de l'assurance retraite en date du 17 avril 2014 indiquant que sa journée de travail est prise en compte dans le calcul de sa retraite

- les observations du défenseur des droits en date du 27 mai 2019 aux termes desquelles il constate que X. a fait l'objet d'une discrimination en raison de son origine, de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une prétendue race au sens de l'article L 1132-1 du code du travail et de 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.

- le contrat de travail de Madame R. qui a été embauchée en qualité de manipulatrice par le centre en contrat à durée indéterminée à la suite d'un entretien en date du 18 février 2013 pour une embauche au 11 mars 2013.

La SCM Y produit :

- la proposition d'embauche pour un contrat à durée déterminée de six mois en date du 15 novembre 2012, ainsi que les deux courriers de relance des 20 et 27 novembre 2012 pour obtenir la réponse de X. car une autre candidate attendait une réponse,

- la lettre adressée par la SCM Y au docteur F., en date du 26 novembre 2012, pour prendre acte de son départ de la société six mois plus tard,

- les procès-verbaux de réunion du comité d'entreprise en date des 19 avril, 24 mai et 29 novembre 2012 pour la réorganisation du centre en vue du départ à la retraite d'un manipulateur coordinateur,

- un document affiché sur les sites du centre indiquant que la recherche d'une manipulatrice radio est toujours d'actualité,

- l'attestation de Madame C. en date du 4 juillet 2016, manipulatrice radio dans le centre, qui indiqua avoir accueilli X. lors de sa journée d'essai et lui avoir indiqué que les emplois de manipulatrice étaient rares,

- l'attestation de Madame L., salariée du centre, qui indique qu'elle travaille depuis 12 ans au centre et qu'elle n'a rencontré aucun problème de racisme alors qu'elle est d'origine asiatique,

- une attestation de Madame F. en date du 18 avril 2018 responsables des ressources humaines au centre qui indique qu'il y a toujours une journée d'essai avec d responsable de service,

- l'attestation de Madame R. qui indique avoir fait une journée d'essai le 14 février 2013,

- un mail de X. en date du 5 octobre 2012 indiquant qu'elle a apprécié sa journée et qu'elle a été très bien accueillie.

Il ressort des pièces produites que X. établit qu'elle s'est présentée le 1er octobre 2012 pour une offre d'emploi en contrat à durée indéterminée qui s'est transformée sans explication en offre d'emploi en contrat à durée déterminée après sa venue à N., que le recrutement d'un manipulateur s'est poursuivi après que le centre lui ait affirmé par mail que ce recrutement était suspendu et qu'une personne a été recrutée en contrat à durée indéterminée en février 2013, éléments qui laissent présumer l'existence d'une discrimination.

L'entreprise produit des éléments qui démontrent qu'elle était depuis plusieurs mois en restructuration compte tenu du départ à la retraite d'un coordinateur sur le plan administratif et manipulateur sur le plan technique et du départ d'un médecin, annoncé fin novembre 2012. Elle démontre que le profil de X. ne correspondait pas au poste du salarié partant à la retraite et, qu'en conséquence, compte tenu de la réorganisation, il hésitait à embaucher une personne à temps complet notamment en raison du départ du médecin qui s'ajoutait au départ à la retraite du coordinateur.

Ces pièces justifient qu'un contrat à durée déterminée ait été proposé à X. pendant cette période de transition. En effet, le centre produit un élément établissant quelques mois après que le recrutement d'un manipulateur à temps complet était nécessaire et la preuve que le recrutement s'est poursuivi pour le poste occupé précédemment par le salarié parti à la retraite.

Il ressort également des pièces produites que X. était très satisfaite de l'accueil de la SCM Y le 1er octobre 2012 et que le centre a proposé à X. un contrat à durée déterminée avec insistance sans obtenir de réponse, ce qui explique qu'il ne lui ait pas proposé à nouveau un contrat à durée indéterminée en février 2013.

Il se déduit de ces motifs que X. n'établit pas que la SCM Y se soit rendue coupable de discrimination.

Le jugement du conseil de prud'hommes de Nice sera confirmé sur ce point.

#### Sur la demande relative à l'impossibilité de proposer un contrat à durée déterminée

L'article 1242-2 du code du travail dispose : ' Sous réserve des dispositions de l'article 1242-3, un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants :

1° Remplacement d'un salarié en cas :

- a) D'absence ;
- b) De passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur
- c) De suspension de son contrat de travail ;
- d) De départ définitif précédant la suppression de son poste de travail après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe ;.'

Les pièces produites établissent que X. ne correspondait pas au profil du poste du salarié qui partait à la retraite. En conséquence, elle n'aurait pas été embauchée pour occuper cet emploi permanent. Son embauche s'inscrivant dans le cadre de la restructuration, le recours à un contrat à durée déterminée était donc justifié.

De plus, X. n'ayant pas répondu, malgré deux relances à la SCM Y, il ne peut être reproché à celle-ci de ne pas lui avoir proposé un contrat à durée indéterminée.

X. sera déboutée de sa demande à ce titre.

#### Sur la demande relative à l'absence de visite médicale d'embauche

L'article R.4624-10 du code du travail dispose : ' Le salarié bénéficie d'un examen médical avant l'embauche ou au plus tard avant l'expiration de la période d'essai par le médecin du travail.

Les salariés soumis à une surveillance médicale renforcée en application des dispositions de l'article R.4624-18 ainsi que ceux qui exercent l'une des fonctions mentionnées à l'article L.6511-1 du code des transports bénéficient de cet examen avant leur embauche.'

En l'espèce, X. ne justifie ni d'une embauche ni d'une promesse d'embauche et ne justifie pas d'un préjudice subi du fait de cette absence de visite médicale.

Le jugement du conseil de prud'hommes de Nice sera confirmé sur ce point.

#### Sur les frais non-répétibles

Nonobstant l'issue de l'appel, l'équité et les circonstances économiques commandent de ne pas faire application de l'article 700 du code de procédure civile.

#### Sur les dépens

X. qui succombe supportera les dépens de première instance et d'appel, avec distraction au profit de l'avocat de la SCM Y en ce qui concerne les dépens de la procédure d'appel qui est jugée suivant la procédure avec représentation obligatoire.

PAR CES MOTIFS

La Cour, après en avoir délibéré, statuant par arrêt contradictoire prononcé par mise à disposition au greffe, en matière prud'homale,

Confirme le jugement déferé en toutes ses dispositions

Y ajoutant,

Dit que chacune des parties conservera la charge des frais irrépétibles par elle exposés,

Condamne X. aux dépens de première instance et d'appel, avec distraction des dépens de la procédure d'appel au profit de l'avocat du SCM Y,

Déboute les parties du surplus de leurs prétentions.

LE GREFFIER LE PRESIDENT