

Paris, le 29 Novembre 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-233

La Défenseure 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 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 ;

Vu la décision du Défenseur des droits 2022-152 du 28 juillet 2022 ;

Saisie par Maître X au soutien des intérêts de plusieurs de ses clients d'une réclamation concernant les pratiques discriminatoires de la société Y ;

Décide de présenter ses observations devant le Conseil de prud'hommes de Z saisi du litige.

Claire HÉDON

Observations devant le Conseil de prud'hommes de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Le 6 août 2021, le Défenseur des droits a été saisi par Maître X au soutien des intérêts de plusieurs de ses clients d'une réclamation concernant les pratiques de la société Y, dénoncées comme discriminatoires car fondées sur l'état de santé, l'exercice du droit de grève ou la religion.

I. Rappel des faits

2. Les livreurs que Maître X représentent ont saisi les conseils de prud'hommes respectivement compétents aux fins de faire requalifier leur contrat de prestation de services avec la société Y en contrat de travail.
3. Outre cette demande faite à titre principal, les livreurs dénoncent un fonctionnement discriminatoire systémique, résultant de l'application d'un algorithme basé sur la prise en compte de critères de discrimination prohibés, tels que l'état de santé, l'exercice du droit de grève ou l'appartenance à une religion.
4. Ils expliquent en effet que lorsqu'ils travaillaient avec la plateforme, le fonctionnement d'attribution des courses par Y était réalisé à partir de statistiques générées par un algorithme qui ne différenciait pas si l'absence du livreur était due à une maladie ou à l'exercice d'activités syndicales dont le droit de grève. Ils expliquent que la société Y se serait fondée sur plusieurs critères pour attribuer des courses : taux de présence du livreur (nombre de fois où le livreur était présent à son « shift » sur une période donnée, nombre total de shifts sur une période donnée, taux de désinscriptions tardives, temps de connexion, etc.). Ces critères transparaîtraient du forum auquel les livreurs avaient accès sur l'internet. Ils dénonçaient le manque de transparence de cet algorithme que la société Y a toujours refusé de communiquer.
5. Pour illustrer sa saisine, Maître X a fait parvenir au Défenseur des droits les conclusions et pièces échangées dans le cadre des contentieux en cours relatifs à Messieurs A, B, C et D.
6. Au regard des éléments portés à sa connaissance, le Défenseur des droits a décidé de se saisir d'office des faits relatifs aux pratiques de la société Y sur le fondement de l'article 8 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits¹.

II. Enquête du Défenseur des droits

7. Par courrier en date du 29 juillet 2022, le Défenseur des droits a initié une instruction auprès de la société Y et en a informé l'avocat de cette dernière.
8. Par réponse en date du 4 octobre 2022, la société mise en cause, par l'intermédiaire de son conseil, a contesté toutes pratiques discriminatoires.

¹ Décision 2022-152 du 28/07/2022.

III. Cadre juridique

9. À titre liminaire, le Défenseur des droits rappelle qu'en application de l'article 4 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, il est chargé de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité.
10. Il n'est ainsi pas compétent pour se prononcer sur les questions relatives à la requalification des contrats que la société Y a proposé aux livreurs et aux demandes de ces derniers de les voir qualifiés de contrat de travail.
11. En revanche, le Défenseur des droits rappelle que la lutte contre les discriminations s'inscrit tant dans le domaine de l'emploi salarié que de l'emploi non salarié, conformément aux dispositions du 2° de l'article 2 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 qui dispose :

« 2° Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle [...]».

12. Si les contentieux en cours devaient aboutir à la requalification des contrats proposés par la société Y en contrats de travail, il convient de relever que toute discrimination, directe ou indirecte, serait également prohibée en application de l'article L.1132-1 qui trouverait dans cette hypothèse à s'appliquer.

➤ **La discrimination indirecte**

13. Conformément à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, la discrimination directe renvoie à « *la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, 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 ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne Test, ne Ta été ou ne l'aura été dans une situation comparable* ».
14. Aux termes de ce même article, la discrimination peut également être indirecte, si « *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* ».

15. La loi du 27 mai 2008 a ainsi intégré, dans l'ordre juridique national, la définition européenne de la discrimination indirecte résultant des directives² et de la jurisprudence de la CJUE³. La CEDH a également consacré la discrimination indirecte⁴. La Cour de cassation s'est emparée de la discrimination indirecte avant même l'adoption de la loi du 27 mai 2008 sur le critère de l'état de santé⁵, puis sur celui de l'origine⁶, de l'exercice du droit de grève⁷, du sexe⁸ et de l'âge⁹.
16. La première condition à prendre en considération dans le cas de la discrimination indirecte est l'existence d'une disposition, d'un critère ou d'une pratique apparemment neutre, c'est-à-dire, ne faisant pas référence à un critère de discrimination, et qui s'applique à tous.
17. La deuxième condition à prendre en considération est la situation particulièrement désavantageuse dans laquelle la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre place un groupe de personnes protégé. Ainsi, la discrimination indirecte diffère de la discrimination directe en ce qu'il n'est pas regardé l'existence d'un traitement différencié mais l'existence d'effets différenciés, réels ou potentiels. L'examen des effets d'une mesure ou d'une règle permet ainsi de remettre en cause des pratiques afin de repérer les discriminations dissimulées. Il n'est pas exigé qu'une victime soit personnellement identifiée ou que toutes les personnes susceptibles d'être défavorisées l'aient été.
18. S'il existe une pratique ou une règle, apparemment neutre, qui est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes relevant d'un critère de discrimination, alors il existe une présomption de discrimination. Pour faire échec à cette présomption, le défendeur devra démontrer, conformément à l'article 1 de la loi du 27 mai 2008 précitée, la nécessité de l'existence de la règle ou de la pratique, son caractère objectif, légitime et non discriminatoire. Il devra ensuite démontrer le caractère raisonnable de cette règle ou pratique, c'est-à-dire, démontrer la proportionnalité entre les moyens mis en œuvre et le but recherché.

➤ **L'interdiction des discriminations indirectes liées à l'état de santé**

19. Conformément aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 précités, l'état de santé est un critère de discrimination prohibé et toute discrimination, directe ou indirecte est interdite en lien avec ce critère, dans l'emploi salarié ou non salarié.
20. Tel que rappelé ci-dessus la Cour de cassation a déjà reconnu l'existence de discriminations indirectes liées à l'état de santé dont le raisonnement est transposable aux relations existantes entre un travailleur non salarié et son cocontractant.

² Article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/43 sur l'égalité raciale, article 2, paragraphe 2, point b), de la directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; article 2, paragraphe 1, point b), de la directive 2006/54 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (refonte) ; article 2, point b), de la directive 2004/113 sur l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et aux services.

³ CJUE affaires *Sotgiu* (152/73, 1974), *Jenkins* (96/80, 1981), *Bilka* (170/86, 1986) et *O'Flynn* (C-237/94, 1996), et post. à la loi de 2008 affaires *Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH* (C-152/11, 2012), *Conejero* (C-270/16, 2018).

⁴ CEDH Grande chambre, *D.H. et autres c. République Tchèque*, 13 novembre 2007.

⁵ Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43962, PB ; v. ensuite Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27689, PB.

⁶ Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-20.765.

⁷ Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-12.779 et suiv, PB.

⁸ Cass. soc., 30 sept. 2013, n°12-14.752 et 12-14.964, PB ; Cass. soc., 14 nov. 2019, n°18-15.682, PB.

⁹ Cass. soc., 17 mars 2015, n°13-27.142, PB.

➤ **L'interdiction des discriminations indirectes liées aux activités syndicales et aux opinions politiques**

21. Conformément aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008 précités, l'activité syndicale est un critère de discrimination prohibé et toute discrimination, directe ou indirecte, est interdite en lien avec ce critère, dans l'emploi salarié ou non salarié.
22. Ces mêmes articles, prohibent également toute discrimination directe ou indirecte en lien avec le critère des opinions politiques.

IV. Analyse

23. Le Défenseur des droits a cherché à connaître le fonctionnement mis en place par la société Y pour l'attribution des courses aux livreurs et l'a ainsi interrogée sur celui-ci.

24. Dans sa réponse en date du 4 octobre 2022, la société a indiqué :

- qu'elle ne propose pas de planning aux livreurs et qu'il n'existe aucun système d'inscription à un planning ou à des plages horaires ;
- que la notion d'absence des livreurs n'a pas à exister puisque les livreurs n'ont pas l'obligation d'utiliser l'application de sorte que l'absence de connexion n'a aucune conséquence sur l'attribution de futures prestations ;
- que les données personnelles d'un livreur (état de santé, exercice d'activités syndicales ou religion) ne sont pas prises en compte ;
- que les modalités de livraison n'entraînent aucune conséquence sur l'algorithme ou sur l'attribution des livraisons ;
- que le prix pour chaque course est fixé par la société et le livreur est libre de l'accepter ou de la refuser ;
- que la géolocalisation des trois parties (restaurateur, livreur et client) est essentielle au fonctionnement de l'application et qu'elle n'est pas utilisée pour discriminer les livreurs.

Elle n'a communiqué aucune pièce et a fait référence aux contentieux judiciaires en cours.

25. Il ressort des éléments communiqués à l'appui de la saisine du Défenseur des droits par Maître X que la société Y a fait évoluer dans le temps son mode de fonctionnement.

26. De 2015 à 2017, elle a ainsi eu recours à un logiciel de gestion de planning du personnel en ligne (défini comme tel) intitulé E. De 2018 à 2020, la société Y n'aurait plus utilisé ce logiciel et aurait mis en place un autre système, basé sur les statistiques des livreurs.

27. Le logiciel initial permettait ainsi de renseigner la société Y sur le nombre de livreurs planifiés par zone de livraison, de gérer les absences – et d'en connaître les raisons puisque les livreurs pouvaient en faire mention – ainsi que la participation aux « pics » indiqués comme tels dans la foire aux questions utilisée à l'époque en ligne, de laquelle il ressort que *« si vous avez été absent 1 minute sur un créneau, alors votre taux de présence baissera. Si vous êtes connecté après les 15 minutes de début du créneau alors vous serez compté comme absent sur ce créneau. Le taux de présence ne prend pas en compte les créneaux desquels vous vous êtes désinscrit »*.

28. Il ressort également des copies écran réalisées à partir de l'application utilisée à compter de 2018 et communiquées au Défenseur des droits, qu'un onglet intitulé « statistiques » répertoriait le taux de présence et que cette application donnait accès à la réservation de créneaux horaires.
29. Ce mode de fonctionnement était également contrôlé par une intervention humaine par la société Y, puisqu'il ressort d'échanges entre les managers et les livreurs la possibilité de discuter de ses statistiques, certains se plaignant de la façon dont elles étaient comptabilisées puisqu'ils voyaient leurs « pics » descendre.
30. Enfin, il ressort des clauses contractuelles proposées à cette période aux livreurs que le temps consacré à l'exécution de la prestation de service était déterminé avant le début de chaque semaine, répartition entre les jours de la semaine incluse.
31. À compter de 2020, la société Y a abandonné ce mode de fonctionnement basé sur des créneaux disponibles.
32. Au regard de ce qui précède, il existait jusqu'en 2020 un système de fonctionnement de la plateforme *via* un logiciel qui décomptait les taux de présence et d'absence de manière à établir un indice de fiabilité du livreur *via* des statistiques collectées à partir de son activité et de nature à affecter l'accès à certains créneaux horaires de livraison.
33. Cette pratique, en apparence neutre, concernait bien tous les livreurs. La première condition de l'existence d'une présomption de discrimination indirecte semble donc remplie.
34. Ensuite, il résulte des éléments communiqués et notamment des courriels par lesquels les livreurs malades ou ayant subi un accident demandaient à ce que leurs statistiques ne soient pas impactées en raison de leur absence, qu'ils étaient traités de la même manière que les autres livreurs ne souhaitant tout simplement pas travailler, de sorte qu'ils subissaient les effets discriminatoires de cette pratique en apparence neutre. La seconde condition de l'existence d'une présomption de discrimination indirecte en lien avec le critère de l'état de santé semble donc être remplie.
35. De la même manière, puisque la pratique mise en place par la société Y avait pour conséquence de prendre en compte les absences de livreurs grévistes impactant ainsi leurs statistiques et par conséquent leur accès aux créneaux de livraisons, une présomption de discrimination indirecte en lien avec les activités syndicales et les opinions politiques manifestées par l'usage de la grève¹⁰ est donc établie pour les livreurs grévistes, apparemment connus de la société Y *via* le système de géolocalisation mis en place, tel qu'en attestent les documents obtenus dans le cadre d'une demande RGPD versés aux débats devant les conseils de prud'hommes.
36. Il appartenait donc à la société Y, conformément aux articles 1 et 2 de la loi du 27 mai 2008, de démontrer la nécessité de cette pratique, de son caractère objectif, légitime et non discriminatoire et de démontrer ensuite le caractère raisonnable de cette règle ou pratique, ce qu'elle a échoué à faire dans son courrier en date du 4 octobre 2022.
37. En conséquence, il résulte de ce qui précède que le fonctionnement mis en place par la société Y, avant l'année 2020, en apparence neutre, a créé un désavantage particulier pour

¹⁰ Sur le critère des opinions politiques, *Ordinanza*, Tribunal Ordinario di BOLOGNA, N. R.G. 2949/2019, p.8/24.

les livreurs dont l'état de santé, la pratique d'activités syndicales ou la manifestation de leurs opinions politiques *via* l'exercice de leur droit de grève occasionnaient des absences, et constituait de ce fait une discrimination indirecte.

38. Enfin, s'agissant d'une discrimination indirecte en lien avec le critère de la religion, le Défenseur des droits estime qu'il n'est pas en possession de suffisamment d'éléments pour se prononcer.