

DISCRIMINATION Allégations – Rapport établi par l’inspection du travail – Absence de PV d’infraction – Incidence (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 15 janvier 2014
Société Liebherr France contre X (pourvoi n°12-27.261 s.)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Colmar, 13 septembre 2012), que MM. X..., Y..., Z..., A..., B..., C... et D..., qui ont été employés par la société Liebherr France, ont saisi la juridiction prud’homale de demandes pour discrimination syndicale ;

Sur les premier, septième et huitième moyens du pourvoi de l’employeur, pris en leur première branche :

Attendu que la société fait grief à l’arrêt de dire que les salariés ont été victimes d’une discrimination à raison de leur activité syndicale et de la condamner à leur payer diverses sommes à titre de dommages-intérêts à ce titre, alors, selon le moyen, que le juge ne peut se fonder exclusivement sur un rapport d’enquête réalisée à la demande de l’une des parties ; qu’en l’espèce, pour

dire que les salariés avaient subi une discrimination en raison de leur engagement syndical, la cour d'appel s'est exclusivement fondée sur le rapport d'enquête établi par l'inspection du travail sur sollicitation des salariés ; qu'en statuant ainsi, sur la seule base d'un rapport établi à la demande d'une des parties, la cour d'appel a violé l'article 455 du code du travail ;

Mais attendu qu'il appartient au salarié, qui invoque un retard de carrière discriminatoire, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ; qu'au nombre de ces éléments peut figurer un rapport établi par un inspecteur ou un contrôleur du travail eu égard aux compétences reconnues aux corps de l'inspection du travail, notamment par les articles L.8112-1 et L.8112-2 du code du travail, aux prérogatives qui leur sont reconnues par l'article L.8113-5 du même code et aux garanties d'indépendance dont bénéficient leurs membres dans l'exercice de leurs fonctions, peu important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées ;

Et attendu qu'après avoir examiné contradictoirement l'ensemble des éléments de fait relevés par l'inspecteur du travail dans son rapport produit à l'appui de leurs demandes par les salariés, la cour d'appel, qui a constaté que ces éléments, dont elle a vérifié la pertinence, laissent présumer l'existence d'une discrimination puis relevé que l'employeur n'établissait pas que les différences de traitement dont les intéressés avaient fait l'objet étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, n'encourt pas les griefs du moyen ;

Par ces motifs :

Rejette les pourvois ;

(M. Bailly, f.f. prés. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.)

Note.

L'action de l'inspection du travail ne se limite pas à la constatation d'infractions au droit du travail, loin de là ! Les inspecteurs et les contrôleurs du travail sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail, ainsi que des règlements non codifiés relatifs au « régime du travail ». Cette notion est vaste et recouvre, en réalité, l'intégralité des domaines englobés par les prescriptions du Code du travail, que les dispositions soient pénalement sanctionnées ou non. L'inspection du travail exerce une mission large, allant au-delà même de l'application de la réglementation (prévention des risques professionnels, amélioration des conditions de travail et des relations sociales, prise de décisions administratives dans de nombreux domaines, information sur le droit applicable, posture de conseil et de conciliation en vue de la prévention des conflits

collectifs, etc.) (1). La verbalisation ne représente qu'un des moyens, certes essentiel, à la disposition des agents de contrôle dans l'exercice de leur mission.

La question posée dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation le 15 janvier 2014 – publié au Bulletin – est particulièrement importante : quelle est l'utilisation possible d'un rapport de l'inspection du travail dans le cadre d'un contentieux civil (2) ?

Un directeur adjoint du travail, en charge du contrôle de la société Liebherr France, effectue une enquête relative à une situation de discrimination syndicale au sein de cette société, à la demande de plusieurs salariés. Après avoir retenu un « panel pertinent » de salariés placés dans une situation comparable, il opère une analyse minutieuse de la situation de chacun à partir de trois critères : l'évolution de la qualification, la classification au moment de l'enquête et le temps moyen entre deux évolutions. À l'issue de ses investigations, il ne dresse pas un procès-verbal en vue de l'engagement de poursuites pénales, mais établit un rapport en date du 28 janvier 2011, qui sera utilisé par les salariés devant le Conseil des prud'hommes, puis devant la Cour d'appel de Colmar. Celle-ci condamne la société pour discrimination syndicale et alloue des dommages et intérêts aux salariés, et c'est cette décision qui fait l'objet du pourvoi en cassation. Parmi les moyens soulevés figure en bonne place l'utilisation par le juge civil du rapport de l'inspection du travail. Selon l'employeur, le juge ne pouvait se fonder exclusivement sur un rapport d'enquête réalisée à la demande de l'une des parties.

La Cour de cassation (ci-dessus) balaie cet argument et rejette le pourvoi en retenant qu'il appartient au salarié, qui invoque un retard de carrière discriminatoire, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, et qu'au nombre de ces éléments peut figurer un rapport établi par un inspecteur du travail. Cela est justifié par les compétences et les prérogatives reconnues aux membres de l'inspection du travail, et aux garanties d'indépendance dont ils bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions, peu important que l'agent de contrôle soit intervenu à la demande de l'une des parties et n'ait pas relevé par un procès-verbal les infractions éventuellement constatées.

Les prérogatives de l'inspection du travail en matière de lutte contre les discriminations

Le législateur français a progressivement mis en place un cadre juridique très complet, en matière de discriminations, en transposant notamment des

(1) Thomas Kapp, Paul Ramackers et Jean-Pierre Terrier, *Le système d'inspection du travail en France*, 2^e éd., INTEFP – Éditions Liaisons, 2013.

(2) G. Le Corre « Quelle contribution peut-on exiger de l'Inspection du travail concernant le droit de la preuve ? », Dr. Ouv. 2014 p.218.

directives européennes dans le droit national. Il est nécessaire que le système d'inspection du travail puisse contribuer à l'effectivité du droit dans ce domaine, alors même que le législateur a doté les agents de contrôle de moyens d'investigation renforcés en matière de lutte contre les discriminations (3).

C'est sur le fondement des articles L.1132-1 à 1134-3 du Code du travail que l'inspection du travail peut exercer une action en recherche de discriminations, lorsqu'il apparaît que des agissements ou des mentions contraires à la loi, selon le cas, constitueraient une discrimination. Les discriminations syndicales sont visées spécifiquement et réprimées à l'article L.2146-2 du Code du travail.

La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 a apporté dans ce domaine une innovation considérable, puisqu'elle a complété l'article L.8113-5 du Code du travail en indiquant que les inspecteurs du travail peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence d'une discrimination. Cette innovation a ainsi mis fin à la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui restreignait l'accès de l'inspection du travail aux seuls documents prévus par le Code du travail, ce qui excluait, par exemple, des fiches individuelles d'appréciation ou des fichiers informatiques (4).

Le recours à l'administration du travail est évidemment fort utile pour les salariés, celle-ci ayant un accès extrêmement étendu aux informations permettant la comparaison de situations éventuellement révélatrices de discrimination. Les salariés sont, quant à eux, dans l'impossibilité d'avoir un accès aux éléments précis sur d'autres salariés, notamment en matière salariale. Il est intéressant de rappeler qu'un inspecteur du travail n'a pas l'obligation de relever par procès-verbal les infractions qu'il constate (5). Il reste maître des suites qui lui semblent les plus appropriées.

La preuve de la discrimination en matière civile et pénale

Sous l'impulsion du droit communautaire, le législateur a introduit dans le Code du travail un dispositif d'aménagement de la charge de la preuve dans le contentieux civil en matière de lutte contre les discriminations. L'article L.1134-1 du Code du

travail dispose qu'en cas de litige en raison d'une méconnaissance d'une disposition prohibant les discriminations, il appartient au salarié concerné, ou au candidat à un emploi, de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur 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 (6).

Le demandeur peut montrer qu'il peut être victime d'une discrimination en établissant une différence de traitement entre lui et d'autres salariés placés dans une situation comparable. Cette différence de traitement peut concerner la rémunération, le versement d'une prime, les augmentations individuelles, l'avancement ou le temps passé dans le même coefficient. Lorsque le demandeur établit des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination, le juge doit se tourner vers l'employeur, auquel il incombe de prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. L'employeur ne peut pas invoquer simplement son pouvoir discrétionnaire pour toute justification de la différence de traitement relevée. Il lui appartient alors, non seulement de présenter les justifications qui fondent sa décision, mais aussi d'étayer ses justifications sur des éléments matériels, objectifs et convaincants. La Cour de cassation porte une attention particulière à ce que les juges du fond obtiennent de l'employeur la preuve que la décision litigieuse reposait sur des éléments objectifs et matériellement vérifiables.

Le mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve n'existe pas devant le juge pénal (7). Les principes généraux du droit pénal s'appliquent. Le prévenu bénéficie de la présomption d'innocence et n'a pas à se justifier d'une différence de traitement. Il appartient au plaignant et au ministère public d'apporter la preuve de la discrimination alléguée. Lorsque l'inspecteur du travail agit dans ce domaine, il doit chercher à établir l'élément matériel et l'élément intentionnel de l'infraction s'il entend dresser un procès-verbal. Il doit démontrer que le mis en cause a pris en considération un critère illicite pour asseoir sa décision ou établir une différence de traitement entre des salariés. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à des poursuites pénales, un inspecteur

(3) Circ. interminist. DPM/ACI, n° 2007-12 du 5 janvier 2007, relative aux relations entre l'inspection du travail et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) ; Guide « Mesurer pour progresser vers l'égalité des chances à l'usage des acteurs de l'emploi », CNIL et Défenseur des droits, mars 2012.

(4) Cass. Crim., 17 mars 1992, n° 90-86492.

(5) Article 17 de la convention n° 81 du 11 juillet 1947 de l'Organisation internationale du travail.

(6) pour un rappel récent v. H. Gosselin « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », Dr. Ouv. 2014 p. 197.

(7) v. *infra* obs. G. Dadi sous CA Caen (Ch. correc.) 5 juillet 2013.

du travail avait constaté que des représentants du personnel affiliés au syndicat CGT subissaient une évolution de carrière défavorable par rapport à celle des autres salariés recrutés à la même période dans la même catégorie professionnelle. Il a constitué, pour chaque représentant, des échantillonnages pertinents, regroupant des salariés embauchés à une date et à un niveau de qualification proches de celui des intéressés et permettant de calculer le salaire mensuel moyen de ceux-ci. Il a ainsi démontré que les représentants de l'organisation syndicale se trouvaient, dans chaque échantillonnage auquel ils appartenaient, au bas de l'échelle indiciaire, avec des salaires inférieurs à la moyenne de ceux de la population de référence (8).

La méthodologie d'enquête de l'inspection du travail

Établir l'existence d'une discrimination demande de démontrer que l'employeur a pris en considération, dans l'exercice de son pouvoir de direction, à l'égard d'un salarié ou d'un candidat à l'emploi, un critère de sélection ou d'appréciation interdit par la loi. Plusieurs méthodes, dont l'analyse comparative, vont permettre de mettre en exergue une telle prise en compte d'un motif illégal lors de la prise de décision. En matière pénale comme en matière civile, le juge estime que la discrimination est constituée dès lors qu'il est établi que le critère prohibé a été un élément pris en considération, sans être nécessairement le motif exclusif de la décision.

Il convient de recueillir des éléments permettant d'établir une différence de traitement non justifiée. Il faut donc pouvoir établir une évaluation des situations de personnes se trouvant dans une « situation comparable » et donc constituer un « panel de comparaison ». Celui-ci doit permettre d'apprécier la situation et les évolutions de rémunération ou de carrière pour des personnes entrées dans l'entreprise en situation comparable, à savoir la même année ou au cours d'années proches, au même niveau, ou très voisin, de qualification, de classification, à l'embauche, avec des diplômes équivalents, dans la même filière professionnelle.

La méthodologie varie évidemment sensiblement suivant qu'il s'agit d'une grande ou d'une petite entreprise. L'enquêteur doit, en effet, ajuster la composition du panel en fonction de chaque situation, de sorte à pouvoir effectuer une comparaison pertinente. Dans une grande entreprise, il faudra chercher à cibler un panel le plus proche possible de l'environnement professionnel direct du salarié qui se plaint de discrimination. Pour mener l'enquête, il sera

possible de se fonder notamment l'organigramme de l'entreprise pour situer le ou les salariés concernés, le registre unique du personnel, les bulletins de salaire, les fiches d'appréciation, les comptes rendus d'entretien d'évaluation, les fichiers informatiques de suivi des salariés, les documents concernant les formations suivies, les demandes de formation...

Dans certaines situations, il peut être intéressant que l'inspecteur du travail demande des pièces par courrier, avant ou après un contrôle, ou indépendamment de tout contrôle. L'article L. 8113-5 du Code du travail prévoit que l'inspecteur du travail peut se faire *communiquer* tout document ou tout élément en matière de lutte contre les discriminations. Cette faculté est plus large que la seule possibilité de se faire présenter des documents au cours d'une visite (article L. 8113-4 du Code du travail). Il est donc possible d'exiger de l'employeur l'envoi de pièces par courrier. Le refus peut être constitutif du délit d'obstacle. De manière générale, l'inspection du travail ne peut exiger l'établissement de document particulier (statistiques, tableaux, graphiques...). Mais, en matière de lutte contre les discriminations, l'article L. 8113-5 du Code du travail comporte une formulation spécifique : communication de « *tout document ou toute information* ». De surcroît, les règles aménageant la charge de la preuve font que, dès lors qu'il existe des indices de discrimination, l'employeur doit apporter des éléments d'explication et de justification. Il est ainsi possible de demander la production de documents établis spécialement pour les besoins de l'enquête.

Il est, par exemple, possible de demander l'établissement d'un tableau avec les dates des augmentations de salaire ou d'attribution de primes, les critères d'attribution de celles-ci, la liste des salariés exclus, les motifs ayant conduit à des exclusions ou des modulations des augmentations ou primes... Il est également possible de solliciter l'élaboration de graphiques, les évolutions de salaire des personnes comparées, la moyenne et la médiane de ces salaires... L'agent devra vérifier la véracité des éléments contenus dans ces tableaux ou graphiques.

Faut-il respecter le contradictoire ?

L'agent de contrôle doit-il respecter un caractère contradictoire dans l'enquête qu'il mène ? La jurisprudence et la doctrine administrative sont muettes sur cette question, l'arrêt du 15 janvier 2014 n'en dit rien. Il semble nécessaire que l'employeur soit, en tout état de cause, interrogé à l'issue des investigations. Dans le cas où ces dernières aboutissent à l'établissement d'un procès-verbal, il est exclu que celui-ci soit transmis à qui que ce soit, employeur ou victime. Seul le procureur

(8) Cass. Crim., 20 juin 2006, n°05-82955.

de la République en est destinataire. Mais, dans le cas d'un rapport qui n'a pas le caractère d'un document de nature judiciaire, il est logique que l'employeur reçoive un exemplaire du rapport. Ce que nous dit la Cour de cassation dans l'affaire *Liebherr*, c'est que la Cour d'appel, elle, a examiné contradictoirement l'ensemble des éléments de fait relevés par l'inspecteur du travail. L'employeur n'établissait pas les différences de traitement dont les intéressés avaient fait l'objet étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le caractère contradictoire est évidemment respecté dans la cadre du débat judiciaire.

L'information des victimes

L'inspection du travail a l'obligation d'informer les plaignants du fait qu'une suite a été réservée à leur plainte. Néanmoins, le ministère du Travail rappelle que les questions du secret et de la discrétion professionnels doivent inciter les agents à une très grande prudence dans la transmission d'informations. L'arrêt de la Cour de cassation, reconnaît la possibilité aux salariés de solliciter et d'utiliser un rapport de l'inspection du travail, ce qui conduit de fait à autoriser celle-ci à communiquer un document qu'elle établit dans l'exercice de sa mission. Il est certain qu'en matière de discrimination, les données transmises doivent être suffisamment précises pour être utilisables, mais ne devraient, en principe, pas comporter de données nominatives concernant d'autres salariés ou de données confidentielles appartenant à l'entreprise. Ainsi, en cas de discrimination salariale, il ne serait pas possible de donner des informations personnelles concernant d'autres salariés, par contre, la composition du panel et la situation du plaignant par rapport au panel peuvent toujours être communiquées.

Obligation d'impartialité (9)

Selon une position ancienne du ministère du Travail, la mission de contrôle de l'application de la législation du travail est incompatible avec l'intervention dans les litiges d'ordre privé, cela afin que les agents de l'inspection ne puissent être suspectés de manquer aux règles d'objectivité ou de discrétion. Ainsi, lorsque le juge du contrat de travail a été saisi, les agents de l'inspection doivent s'abstenir de toute prise de position car, si l'obligation de discrétion professionnelle doit fléchir devant un intérêt d'ordre public, elle reprend toute sa force quand les intérêts civils sont seuls en jeu. Ainsi, « *il n'est pas dans les missions de l'inspection du*

travail d'intervenir dans le débat contradictoire du procès civil notamment par voie d'attestation ou de témoignage écrit ou oral » (10). Evidemment, ce principe n'interdit pas à l'inspection du travail d'effectuer une enquête, alors même que l'objectif poursuivi par les salariés l'ayant sollicitée est d'engager ultérieurement une action devant le juge civil. Ce qui est exclu, c'est une intervention devant le Conseil des prud'hommes, une fois que celui-ci a été saisi. Les domaines du droit du travail dans lesquelles des actions civile et pénale concomitantes peuvent être engagées sont extrêmement nombreux, témoignant d'une imbrication des considérations d'ordre public et des intérêts civils (11).

L'arrêt du 15 janvier 2014 soulève une autre question fondamentale sur le sens de la mission exercée par l'inspection du travail. Cette dernière est soumise à une obligation d'impartialité dans ses relations avec les employeurs et les travailleurs (12). Cela lui interdit-il de produire un rapport à la demande de salariés ? À l'évidence, la réponse est non. Et si elle produit un tel rapport, quelle peut en être son utilisation ? Selon le ministère du Travail (13), si l'inspecteur du travail doit donner suite aux demandes des représentants du personnel, et informer ceux qui l'ont saisi des résultats de son intervention, son action ne doit pas, pour autant, pouvoir être confondue avec celle des représentants du personnel ou des syndicats. Dans la pratique, l'inspecteur du travail s'assurera personnellement du bien-fondé des plaintes portées à sa connaissance afin de conserver la maîtrise de son action et sa crédibilité. Il ne peut donner à l'une des parties concernées des informations ou des justifications refusées à l'autre, tant à l'occasion de l'instruction des demandes que lorsque des précisions complémentaires lui sont demandées. Pour autant, cette impartialité n'a de sens qu'en fonction de l'objectif de l'application du droit, elle n'est ni une neutralité fade ni, surtout, l'abstention. L'inspecteur et le contrôleur du travail adoptent quotidiennement des décisions qui peuvent contredire l'attente des deux parties en présence, et l'impartialité n'empêche pas les prises de position fondées sur le constat de l'inapplication de dispositions, sanctionnées pénalement ou non. L'indépendance dont jouit l'inspection du travail, entendue ici comme garantie d'impartialité à l'égard des parties, lui permet d'effectuer une enquête et d'en tirer les conclusions qui s'imposent, sous réserve de l'appréciation ultérieure du juge, pénal bien sûr, mais éventuellement civil.

(9) Principes de déontologie pour l'inspection du travail, février 2010, fiche n°1, L'impartialité, p. 9.

(10) Principes de déontologie pour l'inspection du travail, février 2010, fiche n°4, Le devoir d'information, p. 27.

(11) Pour ne donner que quelques exemples : contrats à durée déterminée, heures supplémentaires, temps partiel, harcèlement moral, respect des minimas conventionnels...

(12) Article 3 de la convention n°81 du 11 juillet 1947 de l'Organisation internationale du travail.

(13) Circ. du 15 février 1989, relative à la discrétion et à l'indépendance du jugement, BOMT TR 89.17.

On le voit, l'affaire est intéressante. L'inspection du travail ne sera, matériellement, pas en mesure d'enquêter sur les toutes les plaintes pouvant exister en matière de discrimination. Mais elle a un rôle à jouer en matière de lutte contre les discriminations, et cela ne passe pas obligatoirement par la voie pénale. Pour assumer pleinement sa mission, ce type

d'intervention ne doit pas se limiter aux questions de discrimination syndicale, mais doit pouvoir s'exercer en matière de discrimination entre les femmes et les hommes (14), de discrimination liée aux origines, au handicap...

Thomas Kapp, *Directeur du travail*

(14) « *Les négociateurs négocient peu, les contrôleurs contrôlent peu, les juges jugent peu* », Brigitte Grésy, Rapport sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, juillet 2009.