

L'INSPECTION DU TRAVAIL, L'ENTREPRISE ET LES DROITS DES TRAVAILLEURS

III. Missions et système de l'inspection du travail

Brefs propos sur l'action de l'inspection du travail contre les discriminations

Michel MINÉ, Professeur de droit du travail au CNAM, Lise/Cnam/Cnrs.

PLAN

I. Contrôler les entreprises

- A. Moyens de l'enquête
- B. Suites de l'enquête

II. Favoriser un dialogue social sérieux et loyal

- A. Négociations obligatoires
- B. Négociations collectives spécifiques
- C. Attributions et moyens des institutions représentatives du personnel

« Maintenant il y a des inspecteurs du travail, qui fourrent leur nez partout, et ils font bien (...) », Primo Lévi (*)

Apports de l'Organisation internationale du Travail. Dès sa création, l'OIT a établi plusieurs « principes », notamment :

« 7. Le principe du salaire égal, sans distinction de sexe, pour un travail de valeur égale.

8. Les règles édictées dans chaque pays au sujet des conditions du travail devront assurer un traitement économique équitable à tous les travailleurs résidant légalement dans le pays » (1).

Ainsi, de façon novatrice, les principes d'égalité de salaire entre femmes et hommes pour « un travail de valeur égale » et d'équité de traitement pour les travailleurs migrants sont affirmés comme « d'une importance particulière et urgente ».

Puis, l'OIT a construit le droit international des droits de l'Homme contre les discriminations avec plusieurs Conventions fondamentales, ratifiées par la France. Il s'agit principalement de la Conventions de l'OIT n° 111 de 1958, mais également d'autres conventions (n° 100, n° 87, n° 98, n° 135 et n° 156) (2).

La Convention de l'OIT n° 81, de 1947, donne mission au système d'inspection du travail « d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession (...) » et « de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales ».

Enjeu politique. La discrimination est une rupture particulièrement grave de l'égalité. Elle constitue une négation du contrat social républicain fondé sur l'égalité entre les personnes. Au regard de cet enjeu politique, l'inspection du travail, « bien commun » pour la Cité, doit s'investir dans cette problématique

de la discrimination au regard de ses coûts humains, sociaux et sociétaux, économiques, et interroger les mécanismes sociaux discriminatoires à l'œuvre au sein des entreprises. Il s'agit aussi d'une question d'avenir pour l'inspection du travail, pour sa crédibilité dans le monde du travail (3), alors que les situations de discrimination persistent, voire s'aggravent, et que la demande est forte (4).

Discrimination et culture. Le droit des discriminations se heurte, dans sa mise en œuvre, à des représentations stéréotypées de l'Autre et donc de la valeur du travail de l'Autre. Il en est ainsi, notamment, à l'égard des femmes salariées (5). L'inspection du travail peut jouer un rôle pour que des stéréotypes

(*) *La clé à molette*, Giulio Einaudi Ed., Turin, 1978, Robert Laffont, Paris, 1997.

(1) Traité de Versailles de 1919, Partie XIII, art. 427.

(2) V. Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT, affirmant le droit à la non-discrimination comme un des quatre piliers du droit social international. M. Miné (dir.), *Le droit social international et européen en pratique*, Eyrolles, 2013, spéc. Chap. V.

(3) Cette nécessité a été affirmée lors du Centenaire de l'inspection du Travail, Y. Liégeois, *Voyage au pays de l'arbitraire, la justice au travail*,

L'Atelier, 1996, spéc. Chap. XIII Tournée d'inspection, spéc. p. 194. Maintenant, l'inspection du travail s'approprie le paradigme de la discrimination.

(4) Défenseur des droits, Rapport 2013, 65 % des réclamations concernent le domaine de l'emploi (en augmentation de plus de 10 points par rapport à 2012 ; le secteur privé concentre 36,8 % des réclamations, contre 27,8 % pour l'emploi public).

(5) ANI du 1^{er} mars 2004, étendu par arr. min. du 22 avr. 2005, « Évolution des mentalités ». CJCE 28 mars 2000, G. Badeck, aff. C-158/97, faisant explicitement référence aux « préjugés et idées stéréotypées sur le rôle et les capacités de la femme dans la vie active ».

(sexistes, racistes, homophobes, etc.) ne masquent plus la réalité des discriminations. L'inspection du travail sera d'autant plus efficace dans ce rôle qu'une « procéduralisation » de l'égalité sera mise en œuvre en son sein.

Approches juridiques de la discrimination. Le droit international des droits de l'Homme a une approche objective de la discrimination, axée sur les effets d'une mesure défavorable. Les apports du droit européen (UE) viennent renforcer cette approche : la discrimination est essentiellement perçue sous l'angle d'un préjudice qu'il convient de réparer. En revanche, le droit interne a longtemps privilégié une approche subjective de la discrimination, axée sur l'acte discriminatoire intentionnel (l'infraction) commis par un auteur, au détriment d'une victime, qu'il convient de réprimer.

Aujourd'hui, en droit interne, l'approche civile est privilégiée. En effet, les plaignants saisissent, dans la plupart des cas, le juge pour obtenir la réparation intégrale des préjudices, que seul le juge civil peut accorder.

Au regard de cette réalité juridique, l'inspection du travail est invitée à s'investir sur le terrain civil (la discrimination raciale ne se limite pas et ne se confond pas avec le racisme ; il en est de même pour la discrimination sexuelle au regard du sexisme, etc. la discrimination peut être involontaire). Cependant, son action sur le terrain pénal demeure nécessaire et pertinente dans certains cas (6). Ces deux approches sont donc à articuler.

Grille de lecture. Pour permettre de voir les discriminations, le droit offre des définitions de la discrimination directe (7) et de la discrimination indirecte (8). Au-delà de ces règles communes, l'inspection du travail est confrontée, comme les autres acteurs publics et privés, aux spécificités juridiques des différents critères de discrimination.

Égalité et discrimination. L'inspection du travail, institution de la République, est animée par le principe juridique d'égalité (l'égalité devant la loi, mais également l'égalité par la loi). Elle est confrontée, dans son action quotidienne, à l'inégalité : l'inégalité entre l'employeur et le salarié (sur les terrains juridique et

économique), l'inégalité entre les employeurs et, bien entendu, l'inégalité entre les salariés (au regard des entreprises concernées – suivant les seuils d'effectifs et les branches d'activités, l'appartenance à un groupe, la situation de sous-traitance ou de donneur d'ordre, etc. ; au regard des catégories professionnelles des salariés, de leurs statuts, etc.).

L'égalité de traitement, au sens du droit interne, relève d'un principe général (9), en construction, qui s'applique en particulier en matière de rémunération (10), et de règles spéciales (égalité de traitement entre les salariés en statut précaire – CDD, intérimaires et les salariés « permanents » en CDI). Ce principe général, fruit d'une construction prétorienne découlant du principe constitutionnel d'égalité, ne prévoit pas de sanction pénale ; cependant, les règles spéciales sont assorties d'incriminations pénales. Certaines questions peuvent être abordées sur les deux terrains : ainsi, l'inégalité de traitement au détriment des salariés à temps partiel relève d'une règle spéciale d'égalité (11) et, de façon plus intense, de l'interdiction de discrimination indirecte à l'égard des femmes (12).

« **Les inspecteurs du travail sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail** » (13). Leur action est destinée à assurer l'effectivité du droit au bénéfice de ses destinataires (ici les personnes discriminées ou susceptibles de l'être) et pour favoriser l'efficacité du droit dans la Cité (la cohésion sociale, notamment). Cette action, si elle implique un engagement subjectif des agents de l'inspection du travail, ne relève pas d'un supplément d'âme, mais constitue à part entière une dimension de l'activité professionnelle.

De façon transversale, l'inspection du travail, dans l'exercice de toutes ses attributions, notamment de décision, vérifie l'absence de discrimination. Il en est ainsi lors des enquêtes concernant les demandes de licenciement de salariés dits protégés, afin de vérifier que le projet de licenciement n'est pas « en rapport » avec le mandat (14), dans le contrôle des règlements intérieurs, dans l'examen avant homologation des documents unilatéraux des employeurs ou validation des accords collectifs concernant les plans de sauvegarde de l'emploi, etc.

(6) B. Silhol, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », Dr. Soc. 2002-959. A. Coeuret et É. Fortis, *Droit pénal du travail*, Litec, 5^e éd., 2012, spéc., pp. 37 et s.

(7) 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, art. 1^{er}, al. 1 et 3.

(8) Loi du 27 mai 2008, préc., art. 1^{er}, al. 2.

(9) Jurisprudence depuis Cass. Soc. 10 juin 2008, *Air France*, Dr. Soc. 2008-981, chron. C. Radé.

(10) Depuis l'arrêt Cass. Soc. 29 oct. 1996, *Mme Ponsolle c/ Sté Delzongle*, Dr. Ouv. 1997-148, obs. P. Moussy.

(11) C. trav., art. L. 3123-9 et s.

(12) Depuis CJCE 31 mars 1981, *Jenkins*, C-96/80.

(13) C. trav., art. L. 8112-1.

(14) Sur cette question : H. Rose et Y. Struillou, *Le droit du licenciement des salariés protégés*, Économica (avec M. Miné pour les deux premières éditions).

Ce bref article ne permet pas d'examiner l'action contre toutes les discriminations (15) et le rôle dévolu à l'inspection du travail. Sera examiné ici, à travers quelques illustrations, comment l'action de l'ins-

pection du travail contre les discriminations dans les entreprises se décline à travers ses contrôles (I) et par ses interventions concernant le dialogue social (II).

I. Contrôler les entreprises

Dans cette action de contrôle, l'inspection du travail détermine une stratégie, avec des objectifs et une méthodologie. Il s'agit, en particulier, dans un environnement de travail marqué par une forte pression, de déterminer des choix d'action pouvant s'inscrire dans des actions concertées. Ainsi, en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, l'agent de l'inspection du travail pourra, notamment à partir de l'examen du rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise (*infra*) et d'informations recueillies lors de ses permanences, choisir dans une entreprise de commencer ses investigations sur un terrain déterminé : la situation des salarié-e-s à temps partiel, le retour des congés maternité et parentaux, l'accès à la formation professionnelle qualifiante, une catégorie professionnelle particulière, etc.

A. Moyens de l'enquête

L'inspection du travail dispose de ses moyens de contrôle habituels (droit d'entrée et de visite (16), pouvoir d'enquête (17), etc.).

Accès aux documents et informations. En matière de discrimination, les pouvoirs d'investigation des agents de l'inspection du travail sont élargis (18). Ils peuvent exiger de l'employeur de se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des règles relatives aux discriminations, à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et à l'exercice du droit syndical. Ainsi, leur contrôle ne se limite pas à la seule consultation des documents, livres et registres rendus obligatoires par le Code du travail. Il en est ainsi concernant spécifiquement l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes (19).

Établissement de documents. L'inspecteur du travail peut faire établir des documents par l'employeur à partir de certaines informations. Il en est ainsi concernant, notamment, le mécanisme de rattrapage des augmentations de rémunération intervenues pendant le congé de maternité (20). Une méthode de travail pertinente est proposée (21).

Coordination. L'action de l'inspection du travail implique une coordination des contrôles dans les entreprises à établissements multiples et dans les entreprises appartenant à un même groupe. Une coordination se révèle également nécessaire concernant les branches professionnelles : les actions de contrôle sont à articuler avec les négociations dans le cadre des commissions mixtes paritaires (souvent présidées par un inspecteur du travail), notamment pour faire reculer certaines discriminations structurelles (22).

Coopération. Cette action nécessite également une synergie avec d'autres acteurs, notamment le Défenseur des droits (23).

B. Suites de l'enquête

Les suites de l'enquête peuvent être pénales, civiles, commerciales et financières.

1. Suites pénales

La répression pénale des discriminations est à géométrie variable au regard des critères et des mesures : le droit pénal traite de façons différentes les différentes discriminations. Cette complexité du droit n'est pas sans effet sur l'action de l'inspection du travail.

Le Code du travail prévoit des sanctions pénales uniquement au regard de deux critères, les discriminations sexuelles (24) et syndicales (25), pour toute

(15) M.Miné, *Guide du droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, à paraître (2015).

(16) C. trav., art. L. 8113-1.

(17) Cass. Crim. 22 juill. 1981, Bull. crim. n°237. Convention n°81 de l'OIT, spéc., art. 12.

(18) C. trav., art. L. 8113-5 (loi du 16 nov. 2001).

(19) C. trav., art. R. 3221-1.

(20) C. trav., art. L. 1225-26.

(21) Circ. DRT 19 avr. 2007, fiche n°3.

(22) Cf. dans les grilles de classification : Défenseur des droits, *Guide pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine*, 2013. C. trav., art. L. 3221-6 (modifié par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes - M. Miné, « De nouvelles ressources pour assurer l'effectivité du droit », RDT 2014-688).

(23) Circ. interministérielle DPM/ACI n°2007-12 du 5 janv. 2007 relative aux relations entre l'inspection du travail et la HALDE.

(24) C. trav., L. 1142-1, L. 1146-1 (délits) et C. trav., art. L. 3221-2, R. 3222-1 (contraventions pour lesquelles l'intention n'a pas à être démontrée).

(25) C. trav., art. L. 2141-5 à L. 2141-8, L. 2146-2.

mesure de gestion que l'employeur peut prendre. L'inspection du travail peut relever ces infractions par voie de procès-verbal.

Le Code pénal prévoit des sanctions pénales au regard de tous les critères de discrimination (à l'exception de l'exercice normal du droit de grève) (26). Cependant, ces sanctions pénales sont prévues uniquement au regard de certaines mesures de l'employeur : le refus d'embauche et le licenciement, en cas de sanction et de refus d'accès à un stage (27). Ces infractions peuvent être relevées par voie de procès-verbal par l'inspection du travail (28). D'autres infractions sont prévues par le Code pénal (la subordination d'une offre d'emploi ou d'une période de formation à un critère de discrimination), mais, là, l'inspection du travail peut uniquement établir un signalement au procureur de la République (29). Plusieurs affaires pénales à la suite d'actions de l'inspection du travail sont à signaler.

Discrimination à l'égard de femmes. Dans cette affaire, l'inspecteur du travail enquête sur une différence de rémunération entre femmes et hommes, de la catégorie ouvriers, exerçant sur différents postes de travail dans une entreprise industrielle. L'employeur estime qu'il existe une différence dans la valeur du travail des femmes et des hommes. L'inspecteur du travail ne substitue pas sa propre appréciation à celle de l'employeur. Il analyse les arguments avancés par l'employeur pour essayer d'expliquer cette différence. Considérant que l'employeur n'apporte pas « la pleine justification » de la différence de traitement, au détriment des femmes, il relève les infractions par voie de procès-verbal (contraventions en matière d'égalité de rémunération). Ce faisant, l'inspecteur du travail évalue l'évaluation réalisée par l'employeur et invite le juge à invalider cette évaluation, ce jugement d'aptitude patronale. Pour le juge pénal, la valeur du travail s'apprécie au regard des tâches effectuées, peu importe l'intitulé des fonctions (30). Et la charge de travail différente peut être équivalente ; les explications de l'employeur sur la formation et la polyvalence concernant la différence de valeur du travail ne sont pas retenues (31).

Discrimination raciale. Deux affaires de recrutement retiennent particulièrement l'attention. Dans une affaire de discrimination à l'embauche, l'enquête de l'inspection du travail (visites dans l'entreprise, audition des responsables du recrutement, consultation du fichier du personnel, constat *de visu* des salariés occupés, etc.) fournit des éléments pour établir une politique d'embauche discriminatoire pratiquée par l'entreprise (32). Dans une autre affaire, les offres d'emplois discriminatoires sont relevées et sanctionnées (33).

2. Suites civiles

Devant le juge civil, le demandeur (salarié, ...) bénéficie d'un aménagement de la charge de la preuve. Il doit produire les premiers éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination (33 bis). À cette étape de l'accès à la preuve, l'inspection du travail peut jouer un rôle important.

En effet, à l'issue d'une enquête dans l'entreprise, quand il a observé des infractions, l'agent de l'inspection du travail fait part de ses constats à l'employeur dans le cadre d'une « lettre d'observations », en lui rappelant ses obligations légales et en lui demandant de mettre la situation des salariés concernés en conformité avec la loi. Cette demande peut parfois suffire à obtenir la régularisation.

L'agent peut également adresser ses constats aux personnes concernées, qui l'avaient saisi, pour leur rendre compte de ses interventions. Ces personnes (salariés, ...) peuvent alors utiliser ces constats dans le cadre d'une procédure devant le juge civil pour établir la présomption de discrimination.

Ainsi, en produisant des éléments objectifs et pertinents, l'inspection du travail participe à la construction de la preuve de la discrimination. Le juge civil peut alors, dans le cadre du débat contradictoire, bénéficier des constats de l'inspection du travail, qu'il soumet à son appréciation, pour l'établissement de la matérialité des faits. Les constats de l'inspection du travail favorisent la manifestation de la vérité.

Cette pratique, mise en œuvre à de nombreuses reprises, est validée par la Cour de cassation (34).

(26) C. pénal, art. 225-1.

(27) C. pénal, art. 225-2, 3^e et 6^e.

(28) C. trav., art. L. 8112-2-1^o.

(29) C. proc. pénale, art. 40.

(30) Cass. Crim. 31 mai 1988, *Bocama*, n° 87-84.441, NP.

(31) Cass. Crim. 6 nov. 1990, *Bocama*, n° 89-86.526, NP.

(32) Paris, 11^{ème} ch. correct. B, 17 oct. 2003, Dr. Ouv. 2004-329, confirmant TGI Paris, correc., 22 nov. 2002, M.Miné, « La discrimination raciale à l'embauche devant le juge pénal », Dr. Ouv. 2003-270.

(33) Cass. Crim. 23 juin 2009, *Garnier France, Adecco travail temporaire et a.*, Bull. crim. n° 126.

(33 bis) H. Gosselin « Alléger le salarié du fardeau de la preuve », Dr. Ouv. 2014-197.

(34) Cass. Soc. 15 janv. 2014, *Sté Liebherr France*, Dr. Ouv. avr. 2014, obs. T. Kapp, RDT mars 2014, obs. M. Miné ; add. G. Le Corre « Quelle contribution peut-on exiger de l'inspection du travail concernant le droit de la preuve ? », Dr. Ouv. 2014-218 ; CA Paris, 18^{ème} C, 12 févr. 2009, sté Dassault, n° 08/08987, « il convient de rappeler que les inspecteurs du travail sont des agents de l'État ayant prêté serment et dont l'impartialité ne saurait être contestée et que dès lors, le travail d'enquête effectué en l'espèce, ne saurait être écarté (...) ».

Dans une affaire de discrimination sexuelle dans la rémunération et le déroulement de carrière, après plusieurs congés maternité et parentaux, l'inspection du travail a établi un panel de comparaison, différent du panel présenté par l'employeur (restrictif au regard du nombre de salariés, des diplômes et des secteurs de l'entreprise), et a mis en évidence « *une inégalité générale de traitement entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise* » dans toutes les catégories professionnelles (35). Dans une affaire de discrimination liée au handicap, l'enquête de l'inspection du travail a mis en lumière le refus injustifié d'aménagement raisonnable, de la part du nouvel employeur, au détriment d'un salarié handicapé, empêchant la poursuite de son activité professionnelle (36).

L'inspection du travail peut également établir des constats portant sur des procédures collectives irrégulières (négociations collectives, consultations des IRP – *infra*).

Régularisations. L'inspection du travail, dans ses interventions au quotidien, est amenée à demander à l'employeur des régularisations de situations, notamment en matière de discrimination dans la rémunération, par le biais de lettres d'observation. Ces régularisations, quand elles sont effectuées, ne donnent lieu à aucune publicité. Ainsi, l'action de l'inspection du travail revêt une certaine efficacité pour l'effectivité des droits, dans la discrétion.

3. Suites commerciales

Sont exclues de l'accès à la commande publique (37) les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive depuis moins de cinq ans pour une infraction de discrimination (38) ou d'atteinte à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (39).

4. Suites financières (Pénalité financière, *infra*)

II. Favoriser un dialogue social sérieux et loyal

L'inspection du travail peut veiller à l'engagement loyal des négociations obligatoires contre les discriminations au niveau des entreprises, et s'assurer que les attributions des institutions représentatives du personnel en la matière sont respectées.

A. Négociations obligatoires

L'inspection du travail peut contribuer à tout processus de négociation collective, avec des interventions spécifiques pour certains thèmes.

1. Problématique générale

Des accords collectifs sont ici nécessaires pour décliner et appliquer le droit dans l'entreprise. Dans ce cadre, l'inspection du travail peut articuler son rôle de contrôle avec son rôle à l'égard de la négociation collective à ses différentes étapes.

En amont. L'inspection du travail peut rappeler les obligations d'engagement de certaines négociations, attirer l'attention sur la nécessité de formation des négociateurs sur des questions techniques, comme

les discriminations, indiquer les étapes d'élaboration d'un accord d'entreprise (à ce titre, préalablement à tout démarrage de la négociation, un état des lieux complet et pertinent doit être établi – les discriminations ne peuvent être supprimées sans diagnostic de la situation de départ).

Pendant le processus. L'inspection du travail peut accompagner le processus pour favoriser une « *négociation sérieuse et loyale* » : communication par l'employeur des informations permettant aux syndicats de négocier en toute connaissance de cause ; réponse motivée aux propositions alternatives des délégations syndicales ; absence de discrimination entre les organisations syndicales ; etc.

En aval. L'inspection du travail peut contrôler tout accord d'entreprise déposé à la Direccte. L'État n'est pas au-dessus du droit, ni, *a fortiori*, les acteurs privés, notamment de l'entreprise : les accords collectifs ne doivent pas contenir de clauses discriminatoires ou susceptible de produire un effet discriminatoire (40).

(35) Paris, 5 mai 2010, *Mme Niel c/ BNP Paribas*, Dr. Ouv. 2010-375, obs. M.-T. Lanquetin (pourvoi non admis de la société, Cass. Soc. 21 sept. 2011). Paris, 28 sept. 2010, n° S 09/08057, É. Serverin et F. Guiomard (dir.), *Mission de recherche Droit et Justice, Des revendications des salariés en matière de discrimination et d'égalité. Les enseignements d'un échantillon d'arrêts extrait de la base JURICA (2007-2010)*, 2013.

(36) CPH Rouen, Commerce, Départ., 27 janv. 2011, *Le Houlmedis SAS - enseigne Leclerc*, n° F 08/00390, Dél. Halde n° 2009-320 du 14 sept. 2009. M. Miné, « Le discours et l'expertise de la HALDE », in F. Lemaire et B. Gauriau, *Les discriminations*, Cujas, 2013, spéc., pp. 118-119.

(37) Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 16 (loi commentée in RDT nov. 2014).

(38) C. pén., art. 225-1.

(39) C. trav., art. L. 1146-1.

(40) Le juge européen de l'UE contrôle le contenu des accords collectifs au regard des exigences de non-discrimination figurant dans les directives (CJUE 8 sept. 2011, C-297/10 et C-298/10, CJCE 30 avril 1998, C- 136/95, etc.). Pour des exemples internes v. Soc. 8 oct. 2014, n° 13-11.789, Dr. Ouv. 2015-62 ; Soc. 9 juill. 2014, *Crédit agricole mutuel de Charentes-Maritimes et des Deux-Sèvres* ; Soc. 9 juill. 2014, ERDF et GRDF ; Soc. 25 févr. 2009, *Mme Breuil c/ Cram-IDF*, Bull. civ. V, n° 51 ; etc.

B. Négociations collectives spécifiques

Dans l'entreprise, en vertu de la liberté contractuelle, les acteurs sociaux peuvent négocier et conclure des accords portant sur les différentes discriminations. Cependant, l'État fixe des obligations de négociation au regard de certains critères de discrimination ; l'inspection du travail doit alors veiller à la mise en œuvre effective de ces obligations légales.

1. La recherche emblématique de l'égalité entre les femmes et les hommes

* **Négociation globale sur l'égalité professionnelle** (41). La négociation porte notamment sur le déroulement des carrières et la définition et la programmation de mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes (42). Huit « domaines d'action » sont identifiés. La rémunération effective doit obligatoirement figurer dans l'accord collectif (43). L'accord collectif fixe les objectifs de progression et les actions, accompagnés d'indicateurs chiffrés (44), permettant de les atteindre.

Lors du dépôt de l'accord collectif à la Direccte, l'inspection du travail opère un contrôle de conformité : si le contenu minimal, exigé légalement, figure dans l'accord, la pénalité financière n'a pas lieu d'être mise en œuvre (45).

Cependant, la conformité de l'accord ne signifie pas l'absence de discrimination dans l'entreprise. En effet, le contenu minimal conforme peut être très insuffisant pour supprimer, dans un délai raisonnable, les discriminations à l'égard des femmes. Dans ce cas, l'inspection du travail, notamment après avoir analysé le contenu de l'accord au regard des informations contenues dans le rapport sur la situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise, peut poursuivre ses investigations au regard des exigences légales de non discrimination.

Processus de négociation loyale. L'employeur doit communiquer aux délégations syndicales les informations pertinentes leur permettant de négocier en toute connaissance de cause. Cette négociation

s'appuie sur les éléments figurant dans les rapports annuels communiqués au comité d'entreprise sur la situation comparée des femmes et des hommes dans l'entreprise (46), complétés par les indicateurs contenus dans la base de données économiques et sociales (47). Ces éléments peuvent également être complétés « *par toute information qui paraît utile aux négociateurs* » (48).

Sanction financière. Les entreprises d'au moins 50 salariés sont soumises à une pénalité à la charge de l'employeur lorsqu'elles ne sont pas couvertes par un accord collectif relatif à l'égalité professionnelle ou, à défaut, par un plan d'action (conforme à la loi) (49). La procédure de mise en œuvre de la pénalité, dans laquelle l'inspection du travail joue un rôle déterminant, est précisément fixée (50).

Sanction commerciale. Sont exclues de l'accès à la commande publique (51) les personnes n'ayant pas engagé la négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et n'ayant pas régularisé leur situation.

* **Négociation annuelle obligatoire.** La négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs peut jouer deux rôles différents (52) :

- si un accord d'entreprise a été conclu sur l'égalité professionnelle, le suivi de la mise en œuvre des mesures prévues dans l'accord visant à supprimer les écarts de rémunération et les différences de déroulement de carrière entre les femmes et les hommes est assuré dans le cadre de la NAO ;

- si aucun accord d'entreprise n'a été conclu, la définition et la programmation de mesures permettant de supprimer ces écarts de rémunération et des dispositions portant sur les différences de déroulement de carrière sont à négocier dans le cadre de cette NAO.

Lors du dépôt de l'accord collectif conclu à l'issue de la NAO, l'inspection du travail vérifie que l'employeur « *a engagé sérieusement et loyalement les négociations* » portant « *sur les écarts de salaires entre les femmes et les hommes* » à supprimer (53) (l'exigence d'engagement de la négociation par l'employeur ne se limitant pas à son ouverture).

(41) C. trav., art. L. 2242-5.

(42) C. trav., art. L. 2242-5, al. 1.

(43) C. trav., art. L. 2242-5-1 et art. R. 2242-2, al. 2.

(44) C. trav., art. R. 2242-2.

(45) Circ. DGT 28 oct. 2011, spéc., § 4.1. « Lors du contrôle, l'examen du contenu de l'accord ou, à défaut, du plan d'action. » Instruction DGT 21 févr. 2013, spéc. « II) La nature du contrôle ».

(46) C. trav., art. L. 2323-57 et L. 2323-47.

(47) C. trav., art. L. 2323-7-2.

(48) C. trav., art. L. 2242-5, al. 1.

(49) C. trav., art. L. 2242-5-1. Au niveau national, plus de 40 pénalités ont été notifiées.

(50) C. trav., art. R. 2242-3 à R. 2242-8.

(51) Loi du 4 août 2014, art. 16.

(52) C. trav., art. L. 2242-5.

(53) C. trav., art. L. 2242-10.

* **Transversalité.** Toute négociation obligatoire dans l'entreprise doit prendre en compte l'objectif d'égalité entre les femmes et les hommes (54).

2. Les autres négociations prévues légalement

Ces négociations concernent l'insertion professionnelle et l'emploi des travailleurs handicapés (55), l'emploi des jeunes et des salariés âgés (56) et la situation professionnelle des salariés investis dans l'activité syndicale (57).

C. Attributions et moyens des institutions représentatives du personnel

L'inspection du travail peut jouer différents rôles en lien avec chaque institution représentative du personnel, chacune ayant des attributions et disposant de moyens spécifiques à mobiliser contre les discriminations. Quelques illustrations.

1. Délégués du personnel

Compétence générale. Le délégué du personnel dispose d'un « droit d'alerte » (58), mobilisable, notamment, pour faire cesser une discrimination (59). L'inspecteur du travail, informé par le délégué de la mise en œuvre de ce droit, pourra, en cas de difficulté, rappeler à l'employeur ses obligations.

À la suite d'une enquête de l'inspection du travail, le délégué peut utiliser les constats de l'agent de contrôle dans le cadre de cette procédure devant l'employeur. En cas d'échec (l'employeur contestant l'existence de la discrimination, etc.), le délégué peut mobiliser ces constats devant le juge du contrat.

Discrimination raciale. Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le sujet de la « diversité » est abordé une fois par an, par l'employeur avec les délégués du personnel (60).

2. Le comité d'entreprise

Discrimination sexuelle. L'employeur établit et communique au comité d'entreprise un rapport écrit permettant d'apprécier, pour chacune des

catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes sur plusieurs sujets, à partir d'indicateurs (61). Dans ce rapport, l'employeur analyse notamment les écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de leur qualification, de leur ancienneté et de leur âge. Il décrit l'évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise. Ce rapport n'est plus obligatoirement transmis à l'inspecteur du travail (62), mais l'avis du comité doit lui être transmis (63).

Lors du processus de consultation, les élus du personnel au CE, notamment les membres de sa commission égalité (64), peuvent demander des indicateurs complémentaires tenant compte de la situation particulière de l'entreprise. En cas de refus de l'employeur, l'inspecteur du travail peut être saisi et donner aux parties son avis sur la pertinence de ces demandes. En cas de divergence persistante, sa position pourra, le cas échéant, être mobilisée devant le juge de droit commun.

L'inspecteur du travail contrôle le contenu du rapport, notamment les informations en matière de rémunération (au moins deux niveaux de comparaison concernant les catégories professionnelles) (65) et en matière de carrière (durée moyenne entre deux promotions par sexe et par catégorie). Il peut « faire parler les chiffres » par recoupement d'informations sur différents thèmes, et faire part de son analyse à l'employeur et aux membres du comité.

Quand le rapport prétend que l'égalité professionnelle est atteinte, des investigations complémentaires méritent d'être envisagées. La sensibilisation de l'employeur, des délégués syndicaux et des élus du personnel, notamment du comité d'entreprise, peut être nécessaire afin de les aider à identifier des différences de traitement en tant que discriminations. Une illustration emblématique concerne la question de la rémunération : il ne s'agit pas uniquement du salaire, mais également de tous les accessoires – primes, ... et des avantages en nature, et la règle applicable ici est

(54) C. trav., art. L. 2242-6.

(55) C. trav., art. L. 2242-13.

(56) C. trav., art. L. 5121-6.

(57) C. trav., art. L. 2141-5, al. 2 et art. L. 2242-20.

(58) C. trav., art. L. 2313-2.

(59) CPH Quimper, 18 mars 1996, *Bigard*, *RPDS* 1996-329, n. Sellami (mesure discriminatoire dans l'organisation du travail à l'égard des femmes) ; CPH Lyon, 6 oct. 2000, *Ikéa*, *Dr. Ouv.* 2004-367 ; CA Grenoble, Soc., 7 mars 2007, *Onet*, *Dr. Ouv.* 2007-407 sur appel de CPH Grenoble, 7 novembre 2005, *Dr. Ouv.* 2006-327 ; CPH Créteil, 28 nov. 2003, *Castorama*, *Dr. ouv.* 2004-291 ; CPH Versailles, départ., 5 avril 2011, et départ., 14 mai 2013, *Jocelyne Chabert c/ SCS GEMS*, *Dr. Ouv.* 2013-766 ; etc.

(60) ANI 12 oct. 2006, étendu par arr. min. 22 févr. 2008, art. 10 B.

(61) C. trav., art. L. 2323-47 (R. 2323-9-4°) et art. L. 2323-57 (R. 2323-12).

(62) Ce rapport est tenu par l'employeur à la disposition de l'inspecteur du travail à partir de la base de données économiques et sociales et la mise à disposition actualisée vaut transmission à cette autorité (C. trav., art. L. 2323-7-3 – Ord. n° 2014-699 du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail).

(63) C. trav., art. L. 2323-58.

(64) C. trav., art. L. 2325-34.

(65) C. trav., art. R. 2323-12 *in fine*.

l'égalité de rémunération pour un « *travail de valeur égale* » (bien au-delà de la seule égalité de salaire pour un « travail égal »).

À défaut d'accord d'entreprise signé, dans les entreprises organisées syndicalement à l'issue d'une négociation collective, l'employeur doit présenter un « plan d'action » (66) au comité d'entreprise, ce « plan pour l'égalité professionnelle » pouvant prévoir des actions positives (67), et le déposer auprès de la Direccte. L'inspecteur du travail analyse le contenu du plan d'action au regard des informations contenues dans le rapport sur la situation comparée, comme il le fait pour l'accord d'entreprise (en cas de non-conformité, il notifie à l'employeur une mise en demeure (68).

Discrimination raciale. Chaque année, l'employeur doit faire le point avec le « comité élargi de la diversité » (CE avec les DP et DS) sur la situation de l'entreprise en matière de « diversité », de non-discrimination liée aux origines (69).

3. Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

L'inspecteur du travail, invité de droit à chaque réunion du CHSCT, peut jouer un rôle important d'information et d'incitation au regard des différents critères de discrimination.

Compétence générale. Dans son action pour l'amélioration des conditions de travail, le CHSCT peut formuler des propositions pour prévenir ou mettre fin à des discriminations dans l'organisation du travail, la discrimination pouvant faire perdre une chance de rester en bonne santé.

Discrimination sexuelle. Le CHSCT peut, notamment, intervenir en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois (70). Il procède à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposées les femmes enceintes (71). Il peut proposer des actions de prévention du harcèlement sexuel/sexiste. Le refus de l'employeur est motivé (72).

Le document unique d'évaluation des risques professionnels doit tenir compte de la situation des femmes et des hommes dans l'entreprise, alors qu'il existe une sous-évaluation des risques professionnels auxquels sont exposées les femmes salariées, notamment dans les secteurs d'activité très féminisés (73). L'évaluation des risques professionnels doit désormais être sexuée (74).

Discrimination liée au handicap. Le CHSCT est consulté par l'employeur sur les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail (75). Le CHSCT peut veiller à ce que les personnes handicapées bénéficient effectivement des aménagements raisonnables nécessaires à leur embauche, leur maintien dans l'emploi et leur évolution de carrière.

Discrimination raciale. Quand cette situation existe dans l'entreprise, il peut proposer des mesures pour mettre fin à « l'ethnisation » du travail (affectation aux tâches les plus ingrates des personnes étrangères ou d'origine étrangère, etc.).

Harcèlements discriminatoires. Le CHSCT peut jouer un rôle dans la prévention des discriminations par harcèlement (liées au handicap, à l'âge, à l'orientation sexuelle, à la religion, etc.).

Michel Miné

(66) C. trav., art. L. 2242-5-1 (C. trav., art. L. 2323-47 et L. 2323-57).

(67) C. trav., art. L. 1143-1.

(68) C. trav., art. R. 2242-3.

(69) ANI 12 oct. 2006, préc., art. 10 A.

(70) C. trav., art. L. 4612-1.

(71) C. trav., art. L. 4612-2.

(72) C. trav., art. L. 4612-3.

(73) N. Guignon, « Risques professionnels : les femmes sont-elles à l'abri ? », INSEE-DARES, 2008. « La dimension de genre dans la sécurité et la santé au travail », Luxembourg, 2007, et FACTS n° 42. V. Daubas-Letourneux et A. Thébaud-Mony, *Organisation du travail et santé dans l'Union européenne*, Luxembourg, Office des Publications Officielles des Communautés européennes, 2002, spéc., pp. 99-100. L. Vogel, *La santé des femmes au travail en Europe. Des inégalités non reconnues*, ETUI, Bruxelles, 2003. « L'analyse sexuée des chiffres-clés de la sinistralité au travail révèle d'importantes inégalités femmes-hommes », ANACT, mars 2014 ; « Les conditions de travail ont-elles un sexe ? », *Travail & Changement*, n° 348, mars 2013. DARES Analyses, « Des risques professionnels contrastés selon les métiers », mai 2014, n° 39.

(74) Cette évaluation des risques tient compte de l'impact différencié de l'exposition au risque en fonction du sexe, C. trav., art. L. 4121-3 (C. trav., art. L. 4121-2-2° et 4°).

(75) C. trav., art. L. 4612-11.