

DISCRIMINATIONS Réparation intégrale du préjudice – Repositionnement dans le coefficient de rémunération – Office du juge.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 21 novembre 2018

Mme Y. contre Fédération nationale de la mutualité française (p. n° 17-15.174)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Y. a été engagée le 16 janvier 2001 par la Fédération nationale de la mutualité française (la Fédération) selon contrat de travail à durée indéterminée, en qualité de médecin santé publique ; qu'estimant être victime d'une discrimination en raison de son sexe et de ses origines, elle a saisi le 21 juillet 2010 la juridiction prud'homale en annulation de l'avertissement dont elle a fait l'objet le 19 décembre 2011, en fixation de son salaire à un niveau supérieur, en paiement de dommages-intérêts pour préjudice moral et manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ;

Sur le premier moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu que la Fédération fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée la somme de 30000 euros en réparation du préjudice subi du fait de la discrimination toutes causes de préjudice confondues, alors, selon le moyen :

1°/ que le salarié qui se prétend victime d'une discrimination doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une telle discrimination ; que le simple fait qu'un salarié ait réclamé de manière répétée une revalorisation salariale ne constitue pas un fait laissant présumer l'existence d'une discrimination ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que la salariée avait saisi formellement son employeur, puis l'inspecteur du travail, en 2003, 2007 et 2010, de la question de l'adéquation de sa rémunération à ses fonctions et que les entretiens annuels d'évaluation faisaient apparaître que la salariée avait réclamé de bénéficier d'une augmentation dès 2001, ainsi que dans les années suivantes ; qu'en affirmant que ces éléments laissaient supposer l'existence d'une discrimination, la cour d'appel a violé les articles L.1132-1 et L.1134-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant relevé qu'en 2005, la supérieure hiérarchique de la salariée notait

ne pas avoir connaissance des rémunérations pratiquées sur le marché tout en cochant sur le formulaire d'évaluation de la salariée que la rémunération accordée était inférieure à ce qui était conventionnellement prévu et que la salariée se plaignait à nouveau de l'absence d'augmentation, qu'en 2006, la supérieure hiérarchique indiquait : « salaire à revoir en fonction des collaborateurs de même fonction », que par ailleurs, la salariée exposait, au vu des documents produits par la Fédération, que les salaires des femmes étaient inférieurs à ceux des hommes de la catégorie cadre niveau 3 C3 à laquelle elle appartenait, que le sien était moins important que le salaire moyen des femmes de sa catégorie dès l'embauche et jusqu'en 2009, que si la Fédération opposait que le salaire annuel de la salariée en 2009 était de 58 921 euros, le rapport de situation de cette même année mentionnait pour les cadres C3 une rémunération moyenne pour les hommes de 78 410 euros et pour les femmes de 76 809 euros, la cour d'appel a pu en déduire que ces éléments laissaient supposer l'existence d'une discrimination ; que le moyen, inopérant en sa troisième branche qui vise des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu que la Fédération fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la salariée la somme de 30 000 euros en réparation du préjudice subi du fait du manquement à l'obligation de sécurité, alors, selon le moyen :

1°/ que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail ; qu'un employeur qui refuse une promotion à un salarié qui n'en remplit pas les conditions ne méconnaît pas son obligation de sécurité ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que l'état de santé de Mme Y. s'était dégradé après que l'employeur avait décidé d'accéder à ses revendications salariales mais avait refusé « un repositionnement hiérarchique qui ne se justifiait pas compte tenu des missions qui lui étaient effectivement confiées » ; que la cour d'appel a ensuite estimé que « cette situation a placé la salariée dans une position de blocage et revendicative sur le long terme dont la responsabilité incombe incontestablement à l'employeur » ; qu'en attribuant ainsi une responsabilité à l'employeur pour une situation qui résultait, d'après ses propres constatations, de la position de blocage et revendicative de la salariée, à qui l'employeur avait accepté d'accorder une revalorisation salariale et n'avait refusé un repositionnement hiérarchique qu'en raison de son caractère injustifié, la cour

d'appel a violé les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail, ensemble l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ qu'il appartient au juge saisi d'une demande de dommages-intérêts fondée sur l'obligation de sécurité de l'employeur de caractériser *in concreto* un manquement subi personnellement par le salarié ; qu'en l'espèce, en se fondant, au vu du rapport établi par l'organisme SECAFI, sur l'existence au sein de l'entreprise de problèmes généraux, tels que surcharge de travail, carences dans le fonctionnement, management insuffisant, sans vérifier si ces problèmes affectaient personnellement Mme Y..., pour en déduire que « la Fédération nationale de la mutualité française n'a manifestement pas su protéger la santé physique et mentale de sa salariée et l'a placée, de fait, en situation de danger », la cour d'appel a statué par des motifs impropres à caractériser l'existence d'un manquement à l'encontre de la salariée et privé sa décision de base légale au regard des articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail ;

3°/ que le juge ne peut pas dénaturer les documents de la cause ; qu'en affirmant que « l'accident cardiaque subi sur le lieu de son travail le 18.01.2013 sera reconnu comme accident du travail » et que la FNMF était informée de « la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident du 18.01.2013 », alors que la FNMF produisait (pièce d'appel n°151) un courrier du 11 avril 2013 de la CPAM l'informant que l'accident avait été classé sans suite faute de certificat médical, la cour d'appel a dénaturé ce courrier du 11 avril 2013, en violation du principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause ;

4°/ que le juge doit préciser l'origine de ses constatations ; qu'en affirmant que « l'accident cardiaque subi sur le lieu de son travail le 18.01.2013 sera reconnu comme accident du travail » et que la FNMF était informée de « la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident du 18.01.2013 », sans à aucun moment préciser d'où résultait que cet accident avait effectivement été reconnu comme accident du travail, d'autant que la FNMF contestait les allégations de la salariée sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les troisième et quatrième branches du moyen, la cour d'appel, ayant relevé que la Fédération avait été informée des difficultés rencontrées par sa salariée du fait du renouvellement des arrêts maladie de cette dernière pour le même motif, en dépit des soins suivis, qu'elle avait été alertée non seulement par la salariée, mais aussi par le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et également par une salariée concernée, qui

était la supérieure directe de la salariée en cause, et était demeurée sans prendre de mesures pendant de longs mois, laissant ainsi la situation se dégrader, a légalement justifié sa décision ;

Sur le second moyen du pourvoi principal de la salariée :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen ci-après annexé, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de la salariée, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles L.1132-1 et L.1134-5 du code du travail, dans leur rédaction applicable en la cause ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes de repositionnement et de rappels de salaire et limiter à la somme de 30 000 euros les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice consécutif à la discrimination, l'arrêt retient que la salariée se fonde sur la situation professionnelle du Dr A. qui n'a pas une situation comparable eu égard aux fonctions exercées dans l'entreprise depuis son embauche, qu'à défaut elle réclame un salaire équivalent à la rémunération la plus élevée des hommes de la catégorie C3 au vu du bilan social sans justifier concrètement des fonctions exercées par son homologue masculin ni de ses responsabilités effectives ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination et qu'il appartenait au juge de rechercher à quel coefficient de rémunération la salariée serait parvenue sans la discrimination constatée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute la salariée de ses demandes de repositionnement et de rappels de salaire et limite à la somme de 30 000 euros les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice consécutif à la discrimination, l'arrêt rendu le 24 janvier 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

(M. Huglo, prés. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, av.)

Note.

Madame Y. serait-elle vraiment, comme le prétend son employeur, « *une personnalité difficile et polémique... définitivement ingérable* » (1) ? Elle a, à tout le moins, eu le mérite de poser les questions essentielles relatives au statut des femmes dans l'entreprise, aux inégalités trop souvent constatées en termes de rémunération, de classification, d'évolution de carrière ou encore de définition de poste, par rapport à leurs homologues masculins.

Médecin de santé publique, Madame Y. obtient gain de cause devant la Chambre sociale de la Cour de cassation après avoir démontré qu'elle était moins bien payée et moins promue que les hommes.

Tout comme la Cour d'appel de Paris, la Haute juridiction reconnaît l'existence d'une discrimination en raison du sexe, en l'absence de tout élément objectif pouvant expliquer la différence de salaire entre Madame Y. et les hommes de la même catégorie.

En revanche, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel pour avoir alloué des dommages et intérêts forfaitaires. Ce faisant, elle rappelle la nécessité de réparer intégralement le préjudice lorsque des faits de discrimination sont révélés et, plus précisément, l'importance d'ordonner un repositionnement professionnel de la victime.

La Cour de cassation reproche enfin aux juges d'appel de ne pas avoir eux-mêmes recherché quel coefficient de rémunération la salariée aurait dû atteindre si elle n'avait pas été discriminée. Pour ce faire, elle renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de Paris autrement constituée.

Cette affaire permet de revenir sur l'utilité de solliciter un repositionnement professionnel pour la salariée victime de discrimination en raison du sexe, à l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation de ces dernières années (1.). Elle permet, en outre, d'insister sur l'office du juge face à une demande de repositionnement professionnel (2.), à la fois dans le cadre de l'instruction du dossier (2.a) et s'agissant du contrôle de la réparation du préjudice (2.b).

1. Le repositionnement professionnel de la salariée victime de discrimination en raison du sexe

L'article L.1132-4 du Code du travail protège les salariés victimes de discrimination en prévoyant la nullité des faits discriminatoires et l'article L.1134-5, al. 3 ajoute que « *les dommages et intérêts réparent*

(1) Cf. l'arrêt CA Paris, Pôle 6 – Ch. 4, 24 janvier 2017, RG n° S12/09.692 rendu dans cette affaire.

l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée ».

La consécration du principe de réparation intégrale du préjudice ouvre des perspectives pour le salarié qui saisit la juridiction prud'homale, alors qu'il subit une évolution de carrière ralentie par rapport à celle de ses collègues placés dans une situation comparable à l'embauche. En effet, la condamnation de l'employeur à des dommages et intérêts uniquement forfaitaires n'est généralement pas suffisante pour assurer une réparation intégrale et surtout annihiler les effets de la discrimination pour l'avenir. Il est acquis que « *la réparation intégrale d'un dommage oblige à placer celui qui l'a subi dans la situation où il se serait trouvé si le comportement dommageable n'avait pas eu lieu* » (2).

Par conséquent, la Cour de cassation retient que le salarié est « *fondé à se voir reclasser dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination* » (3), « *son avancement* » ayant été « *délibérément négligé* » (4).

Les exemples de repositionnements sont assez nombreux en matière de discrimination syndicale (5) lorsqu'un décrochage de carrière est constaté.

Le raisonnement trouve également à s'appliquer en matière de discrimination fondée sur le sexe ou la situation de famille (6), en matière de discrimination multiple (7), lorsque la différence de salaire existe dès l'embauche ou que l'évolution de carrière ne suit pas celle des hommes.

La position de la Cour d'appel de Paris, qui consistait, en l'espèce, à débouter la salariée de sa demande de repositionnement, équivalait à la replacer dans la situation discriminante qu'elle subissait avant de saisir le juge. Il paraît contradictoire de condamner l'employeur à payer des dommages et intérêts tout en l'autorisant à maintenir la salariée à un coefficient qui ne traduit pas ses compétences et qui résulte d'une discrimination pourtant constatée par la juridiction.

C'est exactement ce que rappelle la Cour de cassation en l'espèce, appliquant une jurisprudence constante : « *le salarié privé d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination peut*

prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'il aurait atteint en l'absence de discrimination ».

La Cour de cassation insiste ensuite sur le rôle actif que le juge doit adopter pour rechercher le repositionnement professionnel que la salariée aurait atteint sans traitement discriminatoire.

2. L'office du juge face à une demande de repositionnement professionnel

La prérogative donnée au juge en matière d'instruction (8) paraît essentielle, non seulement pour assurer l'égalité des armes et la garantie d'un procès équitable, lorsque le salarié ne peut accéder aux documents qui permettraient de confirmer la différence de traitement ressentie comme illicite (a), mais également pour donner à la réparation du préjudice son plein effet (b).

a. L'office du juge prud'homal et la révélation de la discrimination

Les juges du fond exercent un premier contrôle sur l'existence d'une discrimination, car ils peuvent contraindre l'employeur à produire divers éléments.

L'employeur est généralement seul à détenir les éléments de référence devant être pris en considération pour apprécier l'existence d'une discrimination, en particulier les informations permettant d'établir une comparaison avec les salariés placés dans des conditions comparables à l'embauche.

En vertu de leur pouvoir d'instruction, dès lors que le salarié présente des faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, les juges du fond peuvent ordonner à l'employeur de fournir tout élément qu'ils estiment nécessaires à la solution du litige et, par conséquent, les éléments de comparaison pertinents (9).

La jurisprudence est désormais bien construite sur ce point, la Cour d'appel de Paris ayant, par exemple, retenu que « *lorsque le salarié soutient que la preuve de tels faits se trouve entre les mains de l'autre partie, il peut demander au juge d'en ordonner la production* » (10).

(2) Cass. Soc. 24 février 2004, n° 01-46.499 ; Cass. Soc. 23 novembre 2005, n° 03-40.826 et récemment Cass. Soc. 16 janvier 2019, n° 17-17.475.

(3) Cass. Soc. 30 juin 2011, n° 09-71.538.

(4) Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-14.662.

(5) Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° 00-45.359 ; Cass. Soc. 15 mars 2005, n° 02-43.560 ; Cass. Soc. 10 avril 2008, n° 06-45.821.

(6) À titre d'exemples : CA Paris, Pôle 6 – Ch. 9, 1^{er} avril 2015, RG n° S 14/00.903 ; CA Paris, Pôle 6 – Ch. 5, 4 juin 2015, RG n° S 14/00.255.

(7) CA Aix-en-Provence, 9^{ème} Ch. A, 20 octobre 2017, RG n° 15/05.837 (discrimination sexuelle et syndicale), *Mme P. c/ SNCF* ; v. Dr. Ouvr. 2017, p. 222, n. E. Boussard Verrecchia.

(8) Art. L. 1134-1, C. trav. : « *Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* » et art. 143 et s. du CPC.

(9) En ce sens : CPH Paris, Département, 12 janvier 2007, *Niel c/ BNP Paribas*, publié Dr. Ouvr. 2007, p. 473, n. D. Joseph ; CPH Paris, Département, 8 juillet 2008, *Demarcq c/ Société Printemps Haussmann*, Dr. Ouvr. 2009, p. 43, n. F. Clerc.

(10) CA Paris, 9 mai 2014, RG n° 12/04.905.

Les juges du fond exercent ensuite un deuxième contrôle portant sur la pertinence du panel (11). En effet, la Cour de cassation a enjoint aux juges du fond d'étudier le panel de comparaison présenté par le salarié (12) : « *qu'en statuant ainsi (...) sans examiner le panel de comparaison produit par le salarié, ni vérifier si le salarié n'avait pas connu une stagnation de sa carrière en dépit de l'obtention de plusieurs diplômes dans le domaine de la sécurité pouvant être utiles à l'exercice de son activité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Elle a, d'autre part, clairement affirmé que la nécessité de la protection de la vie privée des salariés ne peut faire obstacle à l'application des dispositions législatives organisant la lutte contre les discriminations au sein de l'entreprise et que les éléments demandés, afférents à la situation d'autres salariés, ne présentent pas un caractère de confidentialité permettant à l'employeur de se soustraire à leur production (13). Par conséquent, le juge peut décider d'écarter les panels fournis par l'employeur, en raison de leur anonymat (14).

En l'espèce, la Cour d'appel de Paris a souverainement examiné les éléments de comparaison proposés par la salariée et les documents produits par l'employeur pour en déduire que les faits de discrimination en raison du sexe étaient caractérisés.

Toutefois, le juge d'appel n'a pas cherché à déterminer le coefficient que Madame Y. aurait atteint en l'absence de discrimination. La Cour de cassation rappelle que ce contrôle s'imposait pourtant.

b. L'office du juge prud'homal et la réparation de la discrimination

L'arrêt commenté est particulièrement intéressant en ce qu'il affirme, avec force, le rôle du juge du fond s'agissant du repositionnement du salarié.

La Cour considère qu'une fois la discrimination établie, le juge du fond ne peut objecter qu'il est impossible de reconstituer la carrière de la salariée au motif qu'aucun salarié ne se trouve dans une situation comparable. Cette position n'est pas nouvelle et a, par exemple, été rappelée récemment dans un arrêt rendu le 16 janvier 2019 (15).

Dès 2012 (16), la Cour de cassation jugeait déjà « *Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, alors qu'il lui*

appartenait de rechercher à quelle classification serait parvenu M. X. s'il avait bénéficié d'un déroulement normal de carrière jusqu'en 2006 et d'ordonner, le cas échéant, à titre de réparation, son repositionnement à cette classification, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». La formule a ensuite été régulièrement reprise, pour devenir, depuis 2015 : « *il appartient au juge de rechercher à quel coefficient de rémunération le salarié serait parvenu sans la discrimination constatée* » (17).

Mais certains arrêts ne sont malheureusement pas aussi tranchés sur cette question.

À titre d'exemple, dans un arrêt du 23 mars 2016 (18), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi incident du salarié qui avait obtenu des dommages et intérêts pour des faits de discrimination syndicale, mais aucun repositionnement professionnel, la Chambre sociale se retranchant ici derrière « *l'évaluation souveraine par les juges du fond du préjudice* ».

L'arrêt commenté permet d'espérer que les juges du fond cesseront désormais d'accorder des dommages et intérêts forfaitaires « toutes causes confondues », à la fois non dissuasifs pour les entreprises et insuffisants pour réparer intégralement le préjudice des salariés en mesure de prétendre à un repositionnement professionnel.

Laure Daviau,

Avocate au Barreau de Marseille

(11) Cass. Soc. 5 décembre 2018, n°16-28.745 ; Cass. Soc. 20 septembre 2018, n°17-14.230 ; Cass. Soc. 25 mai 2018, n°16-25.141.

(12) Cass. Soc. 7 novembre 2018, n°16-20.759 ; Cass. Soc. 6 juin 2012, n°10-27.694 ; Cass. Crim. 9 novembre 2004, n°04-81.397.

(13) Cass. Soc. 19 décembre 2012, n°10-20.526 ; Cass. Soc. 7 décembre 2016, n°14-28.391.

(14) Cass. Soc. 24 février 2009, n°08-41.456.

(15) Cass. Soc. 16 janvier 2019, n°17-24.082.

(16) Cass. Soc. 14 mars 2012, n°s 11-11.308 et 11-11.372.

(17) Cass. Soc. 21 novembre 2012, n°11-14.056 ; Cass. Soc. 28 janvier 2015, n°13-19.672 ; Cass. Soc. 20 janvier 2016, n°14-11.360.

(18) Cass. Soc. 23.03.2016, n°14-23.756.