

Suite aux dernières évolutions jurisprudentielles, les partenaires sociaux vont devoir procéder rapidement à un toilettage de leurs accords collectifs pour supprimer les différences injustifiées entre cadres et non-cadres.

Jacques Barthélémy explique pourquoi et dresse un état des lieux complet de la problématique de l'égalité de traitement.

Le principe d'égalité de traitement

Dans la saga judiciaire relative à l'égalité de traitement, la chambre sociale de la Cour de cassation vient, par un arrêt du 1^{er} juillet 2009 ⁽¹⁾, de franchir un nouveau pas. En gros, les différences organisées par les conventions collectives ne sont valides que si, selon la formule désormais consacrée, elles sont justifiées par des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence.

Pour le coup, et même si cette solution est dans le droit fil de la jurisprudence que la Cour Suprême élabore petit à petit, c'est à un bouleversement des tissus conventionnels qu'elle invite les acteurs sociaux, spécialement au niveau des branches. Même si le principe d'égalité de traitement se distingue de l'interdiction des discriminations, notamment en ce qui concerne ses effets, on ne peut qu'être tenté d'opérer un parallèle avec l'égalité entre les sexes qui a condamné, de la même façon,

nombre de dispositions conventionnelles qu'il a fallu de ce fait harmoniser.

Cette forte invitation, par la jurisprudence, à revisiter les tissus conventionnels afin de gommer les différences entre catégories de personnels qui ne seraient pas justifiées, alors que les salariés sont placés dans une situation identique au regard de tel avantage, est de même type que celle ayant conduit à la conclusion d'accords de mensualisation sur l'incitation du constat de Grenelle, ce qui *in fine* s'est traduit par l'accord national du 10 décembre 1977 dont les dispositions ont été intégrées ultérieurement dans le Code du travail par l'ordonnance du 12 mars 2007 sur la recodification. A la différence importante près qu'il ne s'agit plus d'unifier seulement les statuts conventionnels des ouvriers et des mensuels, mais ceux de tous les salariés, y compris les cadres.

L'égalité de traitement est l'une des questions majeures de notre temps. En atteste le nombre des arrêts de la Cour de cassation en traitant.



Par Jacques Barthélémy
Avocat conseil en droit social
Ancien Professeur associé à la
Faculté de droit de Montpellier
Créateur du Cabinet Jacques
Barthélémy et associés

(1) Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675 ; Marie Hautefort, « Conventions collectives : les différences entre catégories professionnelles sont remises en question », *Jurisprudence Sociale Lamy* n° 260, juill. 2009, p. 7.

Ce nombre, mais surtout la multiplicité des domaines à propos desquels elle est invoquée, atteste de la grande difficulté à cerner le concept. Cela tient pour une bonne part à « *la fragilité des bases textuelles* »⁽²⁾. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par égalité salariale. Celle-ci vient, pour l'essentiel, de ce que, dans sa quête d'une règle nouvelle, la Cour de cassation a conjugué des textes ayant une finalité différente. Cette action l'a conduit à concevoir un principe. Le caractère d'ordre public attaché à l'égalité de traitement qui découle de la qualification de principe oblige à cerner parfaitement la notion de raison objective qui autorise les différences. Cette qualification oblige, puisque les éléments de fait l'emportent alors sur la volonté des parties, à s'intéresser à la nature et l'étendue du contrôle par le juge du fond, d'autant que la Cour de cassation l'oblige à apprécier la réalité et la pertinence des raisons objectives qui rendent acceptables les différences. Il faut enfin s'inquiéter de la capacité de chaque source de droit à constituer une raison objective, en particulier du fait de son arsenal juridique propre.

Principe de l'égalité de traitement

De l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, au principe général « à travail égal, salaire égal »

En partant de l'égalité entre femmes et hommes prévue par la loi⁽³⁾, la Cour de cassation s'est intéressée de manière plus large,

donc plus ambitieuse, à l'égalité entre salariés quel que soit leur sexe.

A cet effet, est mis en évidence que l'égalité entre femmes et hommes n'est qu'un cas d'application de quelque chose de plus vaste concernant tous les travailleurs. Ce débordement était favorisé par le contenu de l'article L. 2261-22 du Code du travail énumérant les clauses obligatoires des conventions collectives susceptibles d'extension. Son alinéa 10 vise « *l'égalité de traitement entre salariés et la prévention des discriminations* ». En outre, l'article L. 2271-1 du Code du travail impose à la Commission nationale de la négociation collective de suivre l'évolution dans les conventions collectives non seulement du principe à travail égal, salaire égal, mais aussi de ceux d'égalité professionnelle entre femmes et hommes ainsi que d'égalité de traitement entre les salariés.

La Cour de cassation pouvait de ce fait énoncer que, la « *la règle d'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes étant une application de la règle plus générale à travail égal, salaire égal* », l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un et l'autre sexe, pour autant que les salariés soient placés dans une situation identique. C'est le très médiatique arrêt *Pon-solle*⁽⁴⁾. Elle pouvait d'autant plus franchir ce pas que la règle d'égalité faisait déjà partie des normes de l'Organisation internationale du travail de 1919 et que nombre de législations nationales la connaissent sous des formes parfois plus sophistiquées et contraignantes, telles celles des Etats-Unis d'Amérique⁽⁵⁾ selon une loi sociale majeure de 1963 sous l'intitulé « *Equal pay act* ».

(2) Antoine Jeammaud, « Principe à travail égal, salaire égal. Justification d'une inégalité de rémunération. Absence de discrimination », *Dr. soc.* 2006, p. 222 ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe à travail égal, salaire égal et politique de gestion des rémunérations », *Dr. soc.* 2005, p. 18. (3) C. trav., art. L. 3221-2 : « Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. » (4) Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680 ; Antoine Lyon-Caen, « De l'égalité de traitement en matière salariale », *Dr. soc.* 1996, p. 1013. (5) Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe à travail égal, salaire égal. Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », *Semaine juridique entreprise*, 26 juill. 2007, p. 45.

De l'égalité de rémunération à l'égalité de traitement

La Cour de cassation a par ailleurs permis de dépasser le seul thème des salaires pour viser l'égalité de traitement, entendue ici non au sens de rémunération (traitement des fonctionnaires), mais plus largement sans doute de l'ensemble des conditions de rémunération, d'emploi, de travail, de formation ainsi que des garanties sociales, c'est-à-dire tous les avantages individuels et collectifs objets de négociation collective au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail.

Là encore, le Code du travail prévoit, spécialement au travers des articles L. 2271-1 et L. 2261-22, les arguments justifiant cette tendance expansive. La règle « à travail égal, salaire égal » ainsi conçue prend au demeurant sa source dans l'article 119 du Traité de Rome, ce qui permet à la CJCE de la consacrer ⁽⁶⁾. La Cour de cassation a pu dès lors appliquer la règle par exemple aux chèques restaurants ⁽⁷⁾. Les attendus de cet arrêt préfigurent du reste l'arrêt du 1^{er} juillet 2009 dans la mesure où il s'agissait déjà de différences entre cadres et non-cadres.

Dans l'affaire dont a traité la Cour de cassation le 1^{er} juillet 2009, c'était l'égalité en matière de jours de congés qui était concernée. Est donc posée la règle selon laquelle la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait justifier un volume de congés différent.

Une règle érigée en principe fondamental

Pour bien marquer l'importance de la règle d'égalité, la Cour de cassation en fait un principe ⁽⁸⁾. Dans ses récents arrêts ⁽⁹⁾, la Cour de cassation en vient même à prendre l'arrêt au

visa du principe d'égalité de traitement. A cet effet, elle pouvait s'appuyer sur les termes du Code du travail, spécialement de l'alinéa 8 de l'article L. 2271-1 qui parle du principe « à travail égal, salaire égal », du principe d'égalité de traitement entre les salariés, du principe d'égalité professionnelle entre hommes et femmes.

Donner à la règle d'égalité la qualification de principe ne peut que lui conférer la portée d'un droit fondamental de la personne, même si ce principe n'est qualifié ni de général, ni de fondamental ⁽¹⁰⁾. Il participe dès lors de l'ordre public absolu, ce qui ne fait que contraindre les autres sources de droit.

Eu égard au positionnement qui découle de la qualification de principe dans la hiérarchie des sources, il est important de bien séparer « à travail égal, salaire égal » de la « non-discrimination ». Les deux concepts ont des effets différents et reposent sur des bases différentes. Toutefois, la confusion entre les deux est entretenue par le droit communautaire selon lequel « le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe » ⁽¹¹⁾.

Le champ doublement plus large (par les populations concernées et par la non-limitation aux questions de salaires) du principe d'égalité de traitement par rapport à la règle d'égalité de salaire donne toutefois une importance considérable à la différence avec l'arsenal juridique consacrant la non-discrimination, en ce qui concerne aussi bien les exigences requises pour leur remise en cause que leurs effets. En particulier, l'application de la disposition la plus favorable prévue pour telle catégorie, si l'on est sur le terrain du principe d'égalité de traitement, et non (comme cela est ■ ■ ■

⁽⁶⁾ CJCE, 16 sept. 1999, Dr. soc. 2000, p. 645, obs. C. Radé ; CJCE, 30 oct. 2006, RDT 2006, 393, obs. Thérèse Aubert-Monpeyssen. ⁽⁷⁾ Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601. ⁽⁸⁾ Cass. soc., 18 mai 1999, n° 98-40.201, Dr. soc. 1999, p. 747, obs. C. Radé ; Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-41.567, Dr. soc. 1999, p. 771, Concl. Kehrig. ⁽⁹⁾ Exemple : Cass. soc., 1^{er} juill. 2009 précité. ⁽¹⁰⁾ Antoine Jeammaud, « Des principes d'égalité de traitement des salariés », Dr. soc. 2004, p. 697, spec. I et article précité Dr. soc. 2006, p. 222. ⁽¹¹⁾ Dir. n° 2002/73, 23 sept. 2002.

prévu en cas de discrimination) la nullité du dispositif prévu à l'article L. 1132-1 du Code du travail⁽¹²⁾ consacré par la jurisprudence⁽¹³⁾. Cela induit nécessairement des stratégies adaptées, en ce qui concerne aussi bien la politique de ressources humaines dans l'entreprise que la pratique conventionnelle au niveau de la branche. Sauf à créer des imbroglios juridiques inextricables, il faut que les négociateurs de branche procèdent rapidement à un toilettage de la convention collective, comme ils ont dû le faire pour la purger de toute discrimination entre hommes et femmes. Si une différence est maintenue, ils devront la justifier en mettant en exergue une raison objective au regard du principe d'égalité.

Notion de raison objective

L'exigence d'égalité de traitement étant un principe, il consacre un droit fondamental du travailleur, lequel exclut qu'il soit transgressé par accord, que celui-ci soit collectif ou individuel. La volonté des parties est inopérante ou, à tout le moins, ne peut seule faire échec à son non-respect.

Il faut donc rechercher, dans les éléments de fait à l'origine de la différence, les raisons qui pourraient justifier la différence, la rupture d'égalité devant être l'exception.

Celle-ci ne peut venir que de la déclinaison de l'expression prévue à l'article L. 2221-2 du Code du travail (« pour un même travail ou pour un travail de valeur égale »), s'il s'agit de personnes affectées à des fonctions identiques ou assorties d'une même classification conventionnelle.

Mais il faut aller plus loin dès lors que le principe concerne aussi les avantages nés du statut

collectif, autres que ceux relatifs au salaire, tout spécialement les conditions de travail. C'est autour de ce constat que se structure la notion de raison objective. L'analyse des attendus des arrêts de la Cour de cassation, effectuée dans le but de dégager une ligne de force, risque, à cet égard, de s'avérer décevante. D'abord parce que, souvent, la Cour suprême dit que telle raison n'est pas objective, ensuite parce que c'est souvent la convergence de plusieurs éléments qui va permettre la reconnaissance d'une raison objective. Par ailleurs, il faut faire, par souci de clarté, une distinction entre les raisons liées à la personne et celles qui lui sont extérieures.

Raisons liées à la personne

Ont été considérés par la chambre sociale comme inopérants (à eux seuls, faut-il souligner) les motifs tirés de diplômes, de l'expérience professionnelle⁽¹⁴⁾. A l'inverse, ont pu être retenus une technicité propre, des responsabilités inhérentes au poste ou à des tâches plus larges⁽¹⁵⁾. L'ancienneté est susceptible de créer de la compétence, ceci d'autant qu'est organisée la valorisation de l'acquis par l'expérience. Mais elle fait souvent l'objet de l'attribution d'une prime spéciale qui, par définition, ne se cumulera pas avec une rémunération plus élevée pour ce seul motif.

Plus fondamentalement, on doit pouvoir soutenir qu'aucun motif n'est à lui seul déterminant et que c'est la conjugaison de différents éléments qui concrétise la raison objective requise.

Exemple, le diplôme n'est pas déterminant, mais celui d'Architecte le devient dès lors que l'exercice d'une profession libérale induit indépendance technique et un fort degré d'autonomie au plan des conditions de travail, ce

⁽¹²⁾ Ancien C. trav., art. L. 122-45. ⁽¹³⁾ Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-43.789 : « Qu'à supposer une inégalité de traitement entre les salariées demanderesse et les salariés engagés avant 1990 qui continueraient à bénéficier de la prime de vie chère, les premières étant fondées comme les seconds à obtenir une prime de vie chère... ». ⁽¹⁴⁾ Cass. soc., 14 janv. 2009, n° 06-45.055. ⁽¹⁵⁾ Cass. soc., 13 mars 2002, n° 00-42.536 ; Cass. soc., 8 janv. 2003, n° 00-41.228 ; Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45.608, voir à ce sujet l'article Thérèse Aubert-Monpeyssen précité.

qui la différencie concrètement de celles assumées par un technicien ayant des grandes compétences effectuant les mêmes tâches, en apparence pourrait-on alors ajouter ⁽¹⁶⁾.

Les éléments concrétisant une raison objective pourraient alors naître de la notion de fonction, de rang hiérarchique, du niveau de formation, de l'expérience professionnelle ⁽¹⁷⁾. Différents éléments, insuffisants en eux-mêmes, peuvent ne pas être écartés ⁽¹⁸⁾.

Le souci de sécurisation juridique oblige néanmoins à une tentative de définition théorique de la notion de raison objective. C'est sans doute dans les caractéristiques particulières de l'emploi qu'il faut s'investir à cet effet. Ceci étant, les qualités personnelles du salarié peuvent contribuer à différencier l'emploi. A cet égard, et même si la convention collective ne saurait par elle-même constituer une raison objective, on ne peut qu'inciter ses parties à justifier, par des éléments liés à la nature de l'emploi, les éventuelles différences qu'elles instaurent. Il faut que les salariés soient placés dans une situation identique dans leur activité professionnelle pour que le principe joue. Le travail doit en effet être égal ou de valeur égale.

Raisons extérieures à la personne

Une raison objective peut à l'évidence naître de causes extérieures à la personne du travailleur.

Application d'une règle légale

L'application d'une règle légale, parce qu'elle s'impose à l'entreprise, est une raison objective.

Ainsi en est-il de l'obligation de maintenir les avantages individuels acquis en cas de non-remplacement d'un accord par un accord de substitution dans l'hypothèse de sa dénonciation ou par un accord d'adaptation dans celle de sa mise en cause ⁽¹⁹⁾. Ainsi encore la différence de rémunération entre agents de droit public et de droit privé née du statut de la fonction publique justifie la différence, mais ceci ne vaut pas pour les compléments de rémunération attribués par l'entreprise ⁽²⁰⁾.

Situation de l'emploi

La pénurie de candidats à un emploi – qui modifie le rapport entre l'offre et la demande – peut constituer une raison objective, cette position étant du reste admise aussi par le juge communautaire ⁽²¹⁾.

On est alors tenté d'admettre que la politique de sauvegarde de l'emploi, mise en œuvre notamment dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi et/ou d'une stratégie de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ⁽²²⁾, peut constituer une raison objective. Pourrait alors être admis le blocage des salaires des anciens et l'embauche de nouveaux à des tarifs moindres si le dispositif résultait d'une décision arrêtée après consultation du comité d'entreprise préalable à un licenciement économique ⁽²³⁾. Bien sûr à condition que l'avantage différentiel soit versé à tous les salariés se trouvant dans la même situation.

L'argument économique tiré de l'emploi et de sa sauvegarde pourrait trouver à s'appliquer si la source de la différence était un accord collectif. Spécialement, un salarié engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un ■ ■ ■

⁽¹⁶⁾ Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.848. ⁽¹⁷⁾ Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-40.999 ; Cass. soc., 11 avr. 2008, n° 06-45.149. ⁽¹⁸⁾ Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-45.275. ⁽¹⁹⁾ Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041, *Jurisprudence Sociale Lamy*, 14 janv. 2008, obs. Marie Hautefort. Dans le même sens, Cass. soc., 24 sept 2008, n° 06-43.529, selon lequel l'application du dernier alinéa de l'ancien article L. 132-8 du Code du travail constitue la justification de la différence de traitement. ⁽²⁰⁾ Stéphane Béal, « Principe à travail égal, salaire égal. Complément de rémunération fixé par décision de l'employeur » à propos de l'arrêt Cass. plén., 27 févr. 2009, n° 08-40.059, *Semaine juridique*, 16 avr. 2009, p. 40. ⁽²¹⁾ CJCE, 27 oct. 1993, aff. C 127/12 Enderby. ⁽²²⁾ C. trav., art. L. 2241-4. ⁽²³⁾ « L'exigence de raison objective et pertinente trouve bien à s'appliquer au plan de sauvegarde de l'emploi », Pierre Bailly, *Conseiller à la Cour de cassation, Semaine Social Lamy*, 1^{er} juin 2009, p. 6.

accord ne se trouve pas dans une situation identique du fait de la modification de la structure de la rémunération, d'une diminution du salaire de base, que l'attribution d'une indemnité compensatrice différentielle a pour objet de compenser⁽²⁴⁾. Ceci n'est pas incompatible avec le fait que « la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement »⁽²⁵⁾. De même, peut-on aisément le soutenir, après la dénonciation ou la révision d'un accord collectif, si cette modification d'un élément du statut collectif s'inscrit dans un processus visant à éviter des licenciements économiques et à sauvegarder des emplois. On peut donc estimer qu'une telle différence trouverait à se justifier et ce ne serait pas contradictoire avec les attendus de l'arrêt ci-dessus. Tout étant question de preuve, un exposé des motifs de l'accord collectif, de substitution ou de révision pourrait conforter la situation, bien sûr à condition de correspondre à la réalité de la situation.

Avantages concernés

Quoi qu'il en soit, le motif valable ne saurait se trouver dans l'exercice du pouvoir normatif de l'employeur. Au demeurant, extrapolant les attendus du célèbre arrêt du 5 mars 2008 concernant le CHSCT⁽²⁶⁾, on peut aisément soutenir que constituera un détournement de pouvoir la décision unilatérale, voire la signature d'un accord collectif, dont la seule, et même sans doute la principale motivation, sera de faire échec au principe d'égalité de traitement. Cette considération oblige à s'interroger sur la nature des avantages qui sont concernés par ce principe.

Il est logique que tous les éléments de rémunération (y compris indemnités de fin de carrière, voire de licenciement) et de conditions de travail (en particulier durée du travail, repos, congés) soient concernés lorsqu'ils engagent la responsabilité contractuelle de l'employeur. Ainsi, on l'a vu⁽²⁷⁾, si l'employeur n'est pas tenu de justifier la différence de salaire entre fonctionnaire et salarié de droit privé, il n'en est pas de même s'agissant d'un complément décidé au niveau de l'entreprise.

Mais *quid* des primes à caractère discrétionnaire ? Dans un arrêt du 30 avril 2009⁽²⁸⁾, la Cour de cassation applique à un cas d'espèce, où était invoqué le caractère discrétionnaire de l'avantage, l'exigence d'éléments objectifs et pertinents pour justifier la différence de traitement. A cet argument, il est rétorqué par la chambre sociale que l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de manière objective et pertinente une différence de rémunération (d'où d'ailleurs l'intérêt de se référer à l'idée de détournement de pouvoir).

Est-ce la « *fin des bonus* » pronostiquée par un auteur⁽²⁹⁾ ? On peut en douter. Une prime qualifiée de discrétionnaire a toujours fait l'objet de réserves de la part de la jurisprudence. La Cour de cassation a toujours écarté cette qualification, quelle qu'ait été sa présentation, lorsque des éléments de fait apparaissent les critères de constance, de fixité, de généralité en faisant un élément du statut collectif par usage d'entreprise. Appliqué au principe d'égalité de traitement, il semble logique que l'employeur s'en explique au juge. Et même si la qualification autoproclamée par l'employeur de prime discrétionnaire n'est pas en soi une

(24) Cass. soc., 16 janv. 2009, n° 05-42.212. (25) Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 06-45.401. (26) P.Y. Verkindt, « Santé au travail et pouvoir de direction. Un retour de la théorie institutionnelle de l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 519. (27) Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, n° 08-40.059, commentaire Stéphane Béal, précité. (28) Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-40.527. (29) Patrick Morvan, « La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas », *JCP éd. E*, 29 mai 2009, 1558.

justification, il est possible de rechercher dans les effets de cette prime, fut-elle de circonstance, sa raison objective.

L'importance de l'égalité de traitement élevée par la jurisprudence au rang de principe fait que logiquement celui-ci s'exerce sur l'ensemble de l'entreprise. De ce fait, les différences de traitements entre salariés d'établissements distincts (exerçant bien sûr un travail égal ou de valeur égale) ne sont possibles que si elles s'appuient sur des raisons objectives⁽³⁰⁾.

A l'issue de cette analyse de la notion de raison objective permettant de justifier les différences de traitement, il est important de souligner que la Cour de cassation associe à l'adjectif « objectif » celui de « pertinent ». La raison à l'origine de la décision d'introduire une différence qui ne saurait être subjective implique des éléments de faits précis tenant à l'emploi. L'exigence simultanée de pertinence crée la relation entre la situation de fait et le principe d'égalité.

En matière de rémunération, c'est par référence à l'idée de « valeur égale » ; en matière de conditions de travail, il faudra rechercher si la nature de l'activité justifie une différence en termes de repos, de congés, de garanties sociales. Par exemple, le degré élevé d'autonomie de certains cadres (en particulier ceux ayant accès aux forfaits en jours ou aux forfaits en heures à l'année) permet de justifier des droits à congés différents. Mais pas la simple qualité de cadre. L'association des adjectifs objectif et pertinent atteste de la volonté de la Cour Suprême de faire œuvre de pragmatisme dans la recherche des raisons permettant de faire échec à l'application de principe. Des spécificités de l'emploi, des conditions de travail peuvent, à condition

d'être réelles, justifier l'exception. Ainsi un salarié en congé sans solde ayant trouvé un emploi externe ne se trouve pas dans une situation identique, « la perte de son emploi ayant pour lui des conséquences »⁽³¹⁾. Ceci étant, cela est de nature à accroître l'insécurité juridique préjudiciable au bon fonctionnement de l'entreprise dans la mesure où le juge du fond se voit doter, de ce fait, d'un très large pouvoir d'appréciation. On ne peut alors que s'interroger sur l'intérêt de cette adjonction à celle de l'exigence de raison objective.

Administration de la preuve

Charge de la preuve

Puisque principe il y a, il est logique que l'employeur, eu égard à son positionnement privilégié et à l'étendue du pouvoir de direction, qui ne reçoit de limite de fond qu'au travers de la notion d'intérêt de l'entreprise, se voit imposer une responsabilité essentielle dans l'administration de la preuve en ce qui concerne les raisons permettant d'écarter les conséquences de l'égalité de traitement dans un cas précis. D'où la formule habituellement retenue par la Cour de cassation : « Il appartient à l'employeur d'établir que la différence de rémunération constatée entre les salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale est justifiée par des éléments objectifs et pertinents ». De manière plus fondamentale, l'employeur ne peut opposer un pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente une différence de rémunération⁽³²⁾.

Si l'on en revient aux bonus, la Cour de cassation ne pourrait pas, sous couvert d'un ■ ■ ■

⁽³⁰⁾ Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-41.391. ⁽³¹⁾ Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-46.474. ⁽³²⁾ Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-40.527.

principe ayant un objectif différent, interdire à l'employeur de donner, à tel ou tel salarié, tel ou tel avantage, ce qui, indirectement, remettrait en cause le droit d'entreprendre. En revanche, puisque l'employeur a l'obligation de respecter le principe d'égalité de traitement, il doit justifier de ce que telle prime non seulement est donnée sans référence à la moindre norme collective, mais encore que son attribution n'est pas destinée à faire échec à ce principe.

Si l'employeur rapporte la preuve d'éléments objectifs tenant (au cas précis) à la nature des fonctions exercées, au rang hiérarchique, au niveau de formation et à l'expérience professionnelle respectifs, « ces éléments pertinents » justifient la différence de traitement ⁽³³⁾. Pour justifier sa position, la Cour de cassation précise que si, en application de l'article 1315 du Code civil, il appartient au salarié, qui invoque l'atteinte au principe, de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant la différence. On voit ici réitérée la démarche en vigueur en matière de harcèlement et/ou de discrimination.

Contrôle du juge

Pour les mêmes raisons tirées de la qualification de principe de l'égalité de traitement, la volonté des parties, et encore moins celle du seul employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, est impuissante à définir, seule, les avantages et les situations justifiant des différences qui restent l'exception.

Il est alors logique que le juge du fond soit investi de la charge du contrôle des éléments

avancés pour justifier les différences. D'où la formule : « La différence doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » ⁽³⁴⁾.

Eu égard aux effets de l'article 1315 du Code civil, le juge du fond peut valablement écarter les prétentions du salarié s'il ne rapporte aucun élément laissant supposer l'existence d'une disparité de traitement ⁽³⁵⁾. Si le salarié a fourni ces éléments, le juge va apprécier souverainement, sur la base des éléments avancés par l'employeur, que les différences sont (ou non) justifiées par des raisons objectives et pertinentes.

Dans l'instruction du dossier, le juge du fond ne saurait pour autant inverser la charge de la preuve, ce qui l'oblige à prendre d'abord en compte des éléments fournis par le demandeur et attestant de différences ⁽³⁶⁾. Si ces preuves existent, l'employeur ne peut se soustraire, sans risque, à l'obligation de démontrer l'existence de raisons objectives et pertinentes. Ainsi, en affirmant son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire, sans risque, à l'obligation de démontrer l'existence de raisons objectives et pertinentes, l'employeur s'expose à ce que le juge du fond cède aux demandes du salarié sans s'exposer à la critique de la Cour de cassation ⁽³⁷⁾.

Le contrôle par le juge doit se réaliser de manière concrète, c'est-à-dire au vu des éléments de fait. Cela n'exclut pas que les éléments de la raison objective puissent se trouver dans l'application d'une règle légale, comme par exemple le principe de maintien des avantages individuels acquis. L'exigence jurisprudentielle de pertinence oblige en revanche le juge du fond à établir la corrélation entre cette règle et le principe d'égalité.

⁽³³⁾ Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-40.999. ⁽³⁴⁾ Notamment Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, précité, mais la formule est utilisée depuis longtemps par la Cour de cassation. ⁽³⁵⁾ Cass. soc., 10 avr. 2008, n° 06-44.944. ⁽³⁶⁾ Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-40.378. ⁽³⁷⁾ Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-40.527, précitée.

Sources de droit créatrices d'avantages et principe d'égalité de traitement

Caractère d'ordre public du principe d'égalité de traitement

Le caractère d'ordre public né de la qualification de principe de la règle d'égalité de traitement fait que toute décision arrêtée par l'employeur y contrevenant sera impuissante à écarter les demandes de rémunération ou d'indemnisation liées au constat de différences. Ceci vaut aussi pour le contrat de travail et peu important l'accord du salarié. Il est logique que s'applique ici la jurisprudence en vigueur pour la reconnaissance ou pas du contrat lui-même. La seule volonté des parties est impuissante à soustraire un salarié du statut social découlant des conditions d'accomplissement de son travail ⁽³⁸⁾.

Mais ceci vaut aussi s'agissant des normes collectives issues de la seule volonté de l'employeur ou d'une décision unilatérale explicite de celui-ci ou d'une décision implicite au constat du caractère constant, fixe et général de l'octroi de l'avantage, ce qui consacre ce que l'on a coutume d'appeler un usage d'entreprise.

Si l'employeur a toujours, à condition de respecter les droits collectifs du personnel et en particulier sous réserve de consulter le comité d'entreprise, la possibilité de mettre en place, de réviser et de supprimer, en respectant les exigences imposées par le Cour de cassation, un engagement unilatéral, cet acte juridique ne saurait en lui-même constituer une raison objective justifiant la différence de traitement.

Donc, peu importe que, par ailleurs, des effets juridiques ne soient pas contestables, par exemple en ce qui concerne la poursuite (ou non) d'effets dans les rapports individuels et/ou collectifs de travail. Ainsi, la Cour de cassation ne peut être critiquée lorsqu'elle précise que « au regard du principe à travail égal salaire égal, la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement entre eux » ⁽³⁹⁾ ; donc indépendamment des questions inhérentes à la validité de la dénonciation, c'est-à-dire du respect ou non de la procédure prétorienne qui s'impose. Par conséquent, la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un engagement unilatéral de l'employeur ⁽⁴⁰⁾ n'exclut pas que, pour d'autres motifs, en particulier liés à l'emploi et à sa sauvegarde, une telle solution ne soit pas critiquable.

Cas particulier des accords collectifs

La question des différences contenues dans un accord collectif doit évidemment être abordée de la même façon. *A priori*, on pourrait être amené à soutenir qu'une distinction doit être faite entre l'accord d'entreprise, dont l'employeur est acteur, et la convention de branche, dont il est sujet. La nature duale de la convention, contrat mais aussi loi professionnelle, pourrait y inviter, tout autant que l'identité de nature juridique de ces types d'accords. Toutefois, on ne peut positionner la question sur le terrain de la négociation, même si la jurisprudence communautaire s'oppose à ce que l'employeur contourne le principe d'égalité par le biais de négociations séparées ⁽⁴¹⁾. Ce qui est essentiel, ce ■ ■ ■

⁽³⁸⁾ Cass. plén., 4 mars 1983, n° 81-15.290, D. 1983 381, Concl. Cabannes. ⁽³⁹⁾ Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 06-45.397. ⁽⁴⁰⁾ Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.848 précité. ⁽⁴¹⁾ CJCE, 31 mars 1981, aff. 96/80 Jenkins, recueil CJCE 81, p. 929, point 27.

sont les actes fondateurs naissant de la négociation et d'éventuelles différences. De ce fait, tous les types d'accords collectifs sont à traiter de manière identique. Il n'y a même pas à faire de distinction entre convention ordinaire et convention étendue dans la mesure où l'arrêté d'extension n'altère pas la nature contractuelle du tissu conventionnel. Il ne suffit pas, selon la jurisprudence communautaire, d'invoquer la circonstance que les rémunérations respectives de (ces) deux fonctions ont été déterminées par processus distincts de négociation collective et peu important que chacun d'eux, pris isolément, n'ait pas d'effet discriminatoire ⁽⁴²⁾.

Concrètement, cela signifie que l'acte conventionnel en lui-même ne saurait être une raison objective et pertinente. Celle-ci doit être recherchée ailleurs, essentiellement dans les conditions d'emploi et/ou de travail. Dès lors que le champ de la règle d'égalité a été doublement élargi pour, d'une part, traiter de l'égalité entre tous les salariés et pas seulement entre femmes et hommes, d'autre part, de l'égalité de traitement et pas seulement des salaires, nul doute que les différences, aussi bien entre catégories de personnels qu'entre personnes exerçant le même emploi-existant, dans de très nombreuses conventions collectives de branche, vont poser problème. L'arrêt précité du 1^{er} juillet 2009 en atteste, mais il n'est pas le premier.

Au demeurant, l'article L. 3221-7 du Code du travail voue un traitement radical à la différence introduite par accord collectif, en prévoyant la nullité de plein droit de l'acte. C'est cette règle qui justifie la position de la Cour de cassation ⁽⁴³⁾ selon laquelle la seule circonstance que le salarié

ait été engagé avant ou après l'entrée en vigueur de l'accord ne saurait suffire à justifier des différences. Toutefois, dans la logique de sa vision de la raison objective et pertinente, la Haute Cour admet ces différences si l'accord a (par exemple) comme objet de compenser un préjudice. Il faut souligner que l'article L. 3221-7 du Code du travail stipule aussi que la rémunération la plus élevée est substituée de plein droit à celle que comporte la disposition entachée de nullité. La Cour de cassation en conclut que le salaire le plus élevé s'applique ⁽⁴⁴⁾.

Il reste que si, en soi, la référence à un accord collectif ne matérialise pas une raison objective et pertinente, permettant de justifier une différence de traitement, la mise en œuvre de ces clauses conventionnelles peut très bien ne pas contrevenir au principe d'égalité de traitement, mais seulement dans certaines circonstances.

La Cour de cassation permet de distinguer quelques unes de ces circonstances, qui ne sauraient en aucun cas être considérées comme constituant une liste limitative.

Il s'agit de différences liées à l'appartenance à des établissements distincts de la même entreprise, mais compte tenu des caractéristiques propres à chacune ⁽⁴⁵⁾, situation de laquelle il faut rapprocher celle liée à la capacité d'engager des négociations propres à chaque établissement ⁽⁴⁶⁾; de différences liées à la notion de parcours professionnel ⁽⁴⁷⁾, de différences liées à un préjudice que l'on entend ainsi réparer ⁽⁴⁸⁾. Les différences sont aussi justifiées lorsqu'elles émanent strictement de l'application des règles légalement inspirées de sa dénonciation ou de sa remise en cause ⁽⁴⁹⁾, mais aussi sans aucun doute de sa révision.

⁽⁴²⁾ CJCE, 27 oct. 1993, Aff. C. 127/92, *Enderby*, précitée. ⁽⁴³⁾ Voir en particulier Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-41.411. ⁽⁴⁴⁾ Cass. soc., 23 mai 2001, n° 99-41.600 et plusieurs arrêts du 4 février 2009 (contra : Cass. soc., 3 mai 2006, n° 02-46.153) ; Sur ces questions, voir Thérèse Aubert-Monpeyssen, article précité *SJS* du 26 juill. 2007 ; voir aussi du même auteur « *Egalité salariale : un début d'année constructif et de chantier en perspective* » *chron. JCPE*, 17 sept. 2009, 1884. ⁽⁴⁵⁾ Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 03-45.222, *Dr. soc.* 2006, p. 449, obs. Radé ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, *étude JCP entreprise* n° 23, 8 juin 2008, 1909. ⁽⁴⁶⁾ Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 98-40.769. ⁽⁴⁷⁾ Cass. soc., 3 mai 2006, n° 02-42.920, *Dr. soc.* p. 1048, obs. M.-T. Lanquetières. ⁽⁴⁸⁾ Cass. soc., 1^{er} févr. 2005, n° 02-45.796 ; Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 03-42.641. ⁽⁴⁹⁾ Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041, précitée : J. Dauplat, « *A travail égal, salaire égal en présence d'un accord de substitution* », *Semaine Sociale Lamy*, 24 déc. 2007, n° 1234.

C'est vraisemblablement grâce aux (ou à cause des) problèmes nombreux et variés que pose la confrontation du droit des conventions collectives et du principe d'égalité de traitement que la quête de la Cour de cassation en vue de théoriser la notion de raisons objectives et pertinentes progressera le plus ⁽⁵⁰⁾. Dans cette attente du produit fini, une incertitude règne, d'autant que la confusion s'instaure entre discrimination en matière de salaire et égalité de traitement.



La conclusion sera brève. Certes, un principe est né mais, à défaut de règles légales prévues

pour le mettre en œuvre, l'essentiel de l'effort doit être réalisé par la jurisprudence qui construit un édifice sur de multiples fondements émanant du droit communautaire, du droit international (même si les textes de l'Organisation internationale du travail à ce sujet ont disparu) mais aussi du droit interne.

C'est de temps dont on a besoin de ce fait, mais cela laisse la place provisoirement à de l'insécurité juridique donc à une judiciarisation excessive qui va mal avec le souci d'efficacité économique et d'effectivité du droit. ♦

⁽⁵⁰⁾ Michel Morand, « Statut collectif et égalité de rémunération. Analyse critique et prospective de la jurisprudence » *Semaine Juridique Entreprise* n° 23, 5 juin 2008.