

ÉGALITÉ. Avec deux lois nouvelles sur la discrimination, une argumentation renouvelée de la Cour de cassation sur l'égalité de traitement, une synthèse s'imposait.

Discrimination, égalité de traitement : où en est-on ?

Incontestablement, l'année 2008 aura été marquée par une exigence toujours plus forte d'égalité dans les rapports de travail. Cette préoccupation vient de toute part : de la Halde qui continue sa montée en charge, du législateur qui confirme par deux lois sur la discrimination que la thématique lui tient à cœur, de la Cour de cassation qui poursuit sa construction jurisprudentielle sur le principe « à travail égal, salaire égal » et l'égalité de traitement, enfin de la CJCE qui ouvre la voie. Si le sujet devient incontournable, la multiplicité de fondements juridiques et d'acteurs le rend complexe et en renouvellement permanent. Dès lors, l'objet de l'article s'imposait : quelles sont les dernières nouveautés en cette matière particulièrement dense ?

ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

► Consécration d'un principe

La référence à l'égalité de traitement supplanterait-elle le fameux principe « à travail égal, salaire égal » ? Selon certains auteurs, l'évolution est en marche (« *Le principe d'égalité de traitement, nouveau principe fondamental en droit du travail* », C. Radé, *Dr. soc.* 2008, p. 981). La Cour de cassation a en effet visé expressément le principe dans un arrêt rendu en les formes les plus solennelles (*Cass. soc.*, 10 juin 2008, n° 06-46.000 P + B + R, *Semaine sociale Lamy*, n° 1359, p. 10, *entretien avec P. Bailly*). Comment justifier cette évolution ?

Manifestement, deux raisons principales ont motivé la Cour de cassation. Celle-ci ne ferait que reprendre mot pour mot un principe de droit communautaire. Qui présente de surcroît l'avantage « d'embrasser plus de situations que le principe "à travail égal, salaire égal" » (C. Radé, *précité*). En témoigne l'arrêt du 10 juin 2008 qui visait une situation d'absence de travail.

► Deux étapes

L'argumentation qui sous-tend le principe « à travail égal, salaire égal » est-elle pour autant remise en cause ? Au vu de l'arrêt du 10 juin 2008, il n'en est rien. Les juges procèdent toujours en deux étapes.

Ils vérifient d'abord quel est le périmètre de référence dans lequel les situations peu-

vent réellement se comparer. *A priori*, aucune différence de traitement ne saurait être tolérée dans cette aire, les salariés devant être traités selon des critères identiques et constants. Pour apprécier l'identité ou l'absence d'identité de situation entre salariés, la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de préciser qu'il y a lieu de considérer l'objet de l'avantage litigieux. Elle a ainsi estimé qu'un employeur n'était pas fondé à réserver l'attribution de titres restaurants à la seule catégorie de salariés non cadres, à moins de justifier d'une raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (*Cass. soc.*, 20 févr. 2008, n° 05-45.601).

Dans un deuxième temps, l'employeur est admis à produire des éléments de justification (*pour une explication de ce raisonnement*, v. « *Les grands arrêts du droit du travail* », J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, Ed. Dalloz, 4^e Ed., n° 71-73).

À TRAVAIL ÉGAL, SALAIRE ÉGAL

► Que reste-t-il du principe ?

La Cour de cassation poursuit sa jurisprudence initiée en 1996 avec le fameux arrêt Ponsolle (*Cass. soc.*, 29 oct. 1996, n° 92-43.680). Douze ans plus tard, quel constat dresser ? Pour certains, le principe « à travail égal, salaire égal » s'est réduit à une peau de chagrin : « on a pu avoir le sentiment que l'invocation de ce principe était souvent vaine et que la chambre sociale était prompte à trouver une bonne raison d'admettre la différence de rémunération dénoncée par l'une ou l'autre partie au nom de cette norme » (« *Droit du travail* », J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, G. Auzero, Ed. Dalloz, 24^e Ed., n° 761, v. aussi « *Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" ?* », J.-M. Gasser, *RJS* 2007, p. 687).

Qu'on en juge, la Cour de cassation admet les justifications suivantes :

- le niveau de formation (*Cass. soc.*, 12 mars 2008, n° 06-40.999) ;
- la qualité du travail accompli (*Cass. soc.*, 24 sept. 2008, n° 07-40.848) ;
- les bilans d'évaluation professionnelle

(*Cass. soc.*, 20 févr. 2008, n° 06-40.085, *Semaine sociale Lamy* n° 1344, p. 8, *Rapport H. Gosselin*) ;

- l'ancienneté, à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale, mais dans le salaire de base (*Cass. soc.*, 20 juin 2001, n° 99-43.905 ; 10 avr. 2008, n° 06-44.944) ;

- la pénurie de candidats entraînant le risque de fermeture de l'établissement (*Cass. soc.*, 21 juin 2005, n° 02-42.658), ce qu'admettait déjà la jurisprudence communautaire (CJCE, 27 oct. 1993, C-127/92) ;

- des tâches plus larges dans un poste de travail identique (*Cass. soc.*, 13 mars 2002, n° 00-42.536) ;

- l'appartenance de salariés à des statuts différents (*salariés de droit privé et fonctionnaires* : *Cass. soc.*, 11 oct. 2005, n° 04-43.171) ;

- des salariés qui exercent des fonctions différentes n'effectuent pas un travail de valeur égale et peuvent donc subir des différences de traitement. Dans une affaire, la Cour de cassation a considéré qu'un directeur des ressources humaines et de la communication n'exerçait pas les mêmes fonctions qu'un directeur spécialisé (directeur industrie, directeur études-projet, directeur commerce) pourtant également membre du comité de direction et bénéficiant de la même classification (*Cass. soc.*, 26 juin 2008, n° 06-46.204). Il est probable que la Cour de cassation fasse évoluer sa jurisprudence sur ce point et exige d'autres justifications de l'employeur.

Ainsi, très récemment, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt qui sera mentionné dans son rapport annuel, que « la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions, sauf s'il est démontré par des justifications, dont il appartient au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique atteste de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée » (*Cass. soc.*, 16 déc. 2008, n° 07-42.107).

► La négociation collective et le principe d'égalité

Les partenaires sociaux peuvent-ils dans le cadre de leurs négociations aménager le

principe « à travail égal, salaire égal » ? Un temps, on a pu le penser. La Cour de cassation a ainsi fait référence dans certains de ses arrêts à la notion de « parcours professionnel » des salariés, expression utilisée dans certains accords collectifs justifiant une différence de situation entre salariés et par suite une différence de traitement (*Cass. soc.*, 3 mai 2006, n° 03-42.920). Pour les auteurs des « grands arrêts », « à suivre un tel raisonnement, il y aurait toujours lieu de respecter une différence constituée ». Depuis, la Cour de cassation ne fait plus référence à cette notion de « parcours professionnel » et s'attache à conjuguer les règles applicables au principe « à travail égal, salaire égal » et le droit de la négociation collective, comme en témoignent les arrêts suivants :

- Les partenaires sociaux peuvent négocier dans le cadre de l'établissement. À ce niveau, existe une autonomie collective. Ils peuvent donc négocier un accord collectif différent d'un autre établissement. « Prétendre que ce qui est négocié dans un établissement doit nécessairement être appliqué dans toute l'entreprise, ce serait bloquer la négociation d'établissement » (« Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés », G. Couturier, *Dr. soc.* 2000, p. 187). La jurisprudence est bien sur cette ligne mais exige que les caractéristiques des établissements justifient bien une différence de traitement (*Cass. soc.*, 27 oct. 1999, n° 98-40.769, *Semaine sociale Lamy* n° 914, p. 14 ; 18 janv. 2006, n° 03-45.422, *Semaine sociale Lamy* n° 1246, p. 14) ;

- Lorsqu'un accord collectif est dénoncé, les salariés conservent les avantages individuels acquis en l'absence d'un accord de substitution. Ce mécanisme issu de l'article L. 2261-13 autorise une différence de traitement entre les salariés embauchés avant la dénonciation admis au bénéfice des avantages individuels acquis et ceux recrutés postérieurement qui en sont privés. La Cour de cassation justifie une telle distinction en précisant que le maintien des avantages individuels acquis a « pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice que les salariés subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif » (*Cass. soc.*, 11 juill. 2007, n° 06-42.128, *Semaine sociale Lamy*, n° 1319, p. 11, même solution dans l'hypothèse de la mise en cause d'un accord : *Cass. soc.*, 11 janv. 2005, n° 02-45.608) ;

- Le maintien d'un avantage individuel acquis au profit des salariés qui en bénéficiaient antérieurement peut également résulter d'un accord de substitution, si les négociateurs en décident ainsi (*Cass. soc.*, 4 déc. 2007, n° 06-44.041, *Avis J. Duplat*,

Semaine sociale Lamy, n° 1334, p. 11) ;

- D'une manière générale, au regard du principe « à travail égal, salaire égal », la circonstance que les salariés aient été embauchés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux. Ce critère peut être retenu si l'accord collectif a pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de son entrée en vigueur, raison objective et matériellement vérifiable. La Cour de cassation a eu l'occasion d'éprouver ce raisonnement s'agissant d'un accord de RTT instituant une indemnité différentielle destinée à compenser la réduction du salaire de base par l'effet de la réduction du temps de travail et excluant les nouveaux embauchés de son bénéfice (*Cass. soc.*, 1^{er} déc. 2005, n° 03-47.197, *Semaine sociale Lamy*, n° 1240, p. 12 ; v. aussi *Cass. soc.*, 31 oct. 2006, n° 03-42.641, *Semaine sociale Lamy*, n° 1282, p. 11 s'agissant d'une indemnité différentielle compensant la diminution du salaire liée au passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe).

DISCRIMINATION

■ Deux lois nouvelles

Une meilleure effectivité du droit communautaire. Dans un souci de transposition des directives communautaires, bien compréhensible en période de présidence française de l'Union européenne, le législateur a adopté les définitions de la discrimination directe et indirecte qui prévalent en droit communautaire. C'est la loi du 27 mai 2008 (L. n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JO* 28 mai, *Semaine sociale Lamy*, n° 1355, p. 2, *entretien avec M.-T. Lanquetin*).

- Aux termes de la loi nouvelle, constitue une discrimination directe « la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou à une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». L'ensemble des motifs discriminatoires est mentionné à l'article L. 1132-1

du Code du travail (ancien L. 122-45). Néanmoins, le texte autorise des différences de traitement lorsqu'elles répondent à « une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

- Toujours dans le droit fil du droit communautaire, constitue une discrimination indirecte « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner pour l'un des motifs (discriminatoires énumérés par la loi), un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

Au regard du principe « à travail égal, salaire égal », la circonstance que les salariés aient été embauchés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux

La réforme de la prescription. Si la prescription en matière salariale reste fixée à cinq ans, il n'en est pas de même pour les prescriptions soumises jusqu'ici à la prescription trentenaire, en particulier la discrimination syndicale

(*Cass. soc.*, 15 mars 2005, n° 02-43.560, *Semaine sociale Lamy*, n° 1208, p. 12). Aux termes de la loi nouvelle du 17 juin 2008 (L. n° 2008-561, *JO* 18 juin, *Semaine sociale Lamy*, n° 1361-1362, p. 2, *entretien avec P. Sargos*), les actions en discrimination se prescrivent désormais par cinq ans, « à compter de la révélation de la discrimination » (*C. trav.*, art. L. 1134-5). En réalité, le salarié dispose de cinq ans pour agir « une fois qu'il aura eu une connaissance effective de tous les éléments lui permettant d'exercer son droit, c'est-à-dire lorsqu'il aura eu entre les mains l'ensemble des documents permettant d'établir qu'il a été victime de cette discrimination » (*Rapport AN*, p. 16).

Si le salarié exerce son action en discrimination dans ce délai de cinq ans, il pourra réclamer des dommages-intérêts couvrant l'intégralité du préjudice pendant toute la durée de la discrimination. Dans l'entretien publié dans nos colonnes, Pierre Sargos, Président de chambre de la Cour de cassation livrait un exemple : « Supposons en effet une discrimination réalisée en juillet 2008 mais dont le salarié a eu connaissance qu'à son départ de l'entreprise en juillet 2014. Il pourra, s'il agit avant l'expiration du délai de cinq ans suivant cette dernière date, avoir réparation de son entier préjudice depuis juillet 2008. ●●●

●●● *Par contre, s'il n'agit que plus de cinq ans après juillet 2014, son action sera bien prescrite et il n'aura droit à aucune réparation.* »

► La jurisprudence

La Cour de cassation a d'ores et déjà commencé à appliquer ces prescriptions légales.

Justification de la discrimination. Dans la célèbre affaire Synchrotron qui a donné lieu à deux arrêts de la Cour de cassation et à une délibération de la Halde, la chambre sociale admet qu'une société réserve le versement d'une prime dite d'expatriation exclusivement aux salariés étrangers. L'avantage octroyé dont le but affiché est de « compenser les inconvénients résultant de l'expatriation du salarié et de sa famille et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence international » repose pour l'ensemble de ces motifs sur une « raison objective, pertinente et étrangère à toute discrimination prohibée et proportionnée à l'objectif poursuivi par les États contractants » (Cass. soc., 17 avr. 2008, n° 06-45.270, *Semaine sociale Lamy*, n° 1354, p. 12, *entretien avec A. Jeammaud*). Dans son raisonnement, la Cour de cassation admet une possible justification à une décision en lien pourtant avec la nationalité. Cependant, en principe, la discrimination ne saurait être justifiée (*v. sur ce point les explications précitées du Professeur Jeammaud*), à moins que la Cour de cassa-

tion n'ait intégré dans son argumentation la loi du 27 mai 2008...

Les accords de rattrapage. Dans une affaire récente, un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux précisait, d'une part, les conditions dans lesquelles ces représentants pouvaient prétendre à une progression de leur coefficient ; d'autre part, les modalités de l'augmentation prévue « dans la limite de neuf points ». La Cour de cassation affirme qu'un tel accord constitue une discrimination directe (Cass. soc., 4 sept. 2008, n° 06-46.179). La chambre sociale s'inscrit-elle pleinement dans le cadre offert par la loi du 27 mai 2008 en affirmant que « constitue une discrimination directe, la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de ses convictions, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ; que tel est le cas d'une stipulation conventionnelle qui, dans le cadre d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux, limite pour ces seuls salariés la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite d'une promotion ».

La Cour de cassation se réfère ici explicitement à la définition de la discrimination directe, telle que donnée par la loi du 27 mai 2008. Mais ne condamne-t-elle pas un peu vite la logique des mesures de rattrapage accordant des avantages particuliers aux victimes de discrimination (ici syndi-

cale) ? Ce n'est pas le sens qu'il faut donner à cet arrêt qui, loin de s'opposer à une volonté de rattrapage des salaires de ceux qui auraient pu être discriminés, s'oppose à ce que ces progressions de salaire soient limitées pour les représentants du personnel ou syndicaux, alors qu'elles ne le sont pas pour les salariés dits ordinaires.

La discrimination par association. Reconnue par la CJCE le 17 juillet 2008 (Aff. C-303/06, *Colemann*), la discrimination par association n'est pas encore reconnue dans notre Code du travail. Dans ce nouveau cadre non explicitement prévu par les directives communautaires, une personne subit une discrimination non pas en raison d'une caractéristique qu'elle possède, telle que son handicap, son origine, sa religion, son orientation sexuelle, mais en raison de sa relation avec une autre personne qui possède, elle, une telle caractéristique. La CJCE a reconnu une telle discrimination pour une salariée, mère d'un enfant handicapé et discriminé en vertu de ce lien.

Le conseil des prud'hommes de Caen a entériné, avec le soutien de la Halde, une telle analyse appliquée cette fois à une salariée, discriminée en raison de son concubinage avec un délégué syndical (*CPH Caen*, 25 nov. 2008, F 06/00120). Il reste à vérifier si le législateur et la Cour de cassation suivront la voie ouverte par la CJCE et les conseillers prud'hommes de Caen... ■

F. C.

Quid des discriminations entre les hommes et les femmes ?

La Cour de cassation vient de juger, dans un arrêt qui sera mentionné dans son rapport annuel, qu' « il résulte des dispositions de l'article L. 123-1 du Code du travail devenu L. 1142-1 du même code, interprété à la lumière des articles 2, paragraphe 3, et 5 paragraphe 1, de la directive n° 76-207- CEE du Conseil du 9 février 1976 du conseil des Communautés européennes relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, qu'une salariée, pour laquelle une promotion a été envisagée par l'employeur, ne peut se voir refuser celle-ci en raison de la survenance d'un congé de maternité » (Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 06-45.262).

L'employeur a été condamné pour « perte de chance de promotion au poste de responsable de division par discrimination » à l'égard d'une salariée à qui il avait fait « miroiter » une promotion. De retour de son congé maternité, l'intéressée n'avait pas obtenu le poste en question, l'employeur lui ayant préféré, à deux reprises, des collègues masculins. En l'espèce, l'employeur n'avait fourni aucun élément expliquant les raisons pour lesquelles la nomination de l'intéressée n'était pas intervenue alors qu'elle avait exercé seule l'ensemble des fonctions correspondant au poste pendant dix-sept mois.

Par ailleurs, la salariée demandait des dommages et intérêts pour discrimination en raison d'un niveau de rémunération inférieur à celui de ses collègues masculins occupant les mêmes fonctions. Sur ce point aussi l'employeur est sanctionné car le simple fait d'alléguer que les salariés hommes sont mieux payés en raison de leur recrutement à travers la filière informatique, sans établir en quoi cela apporte une compétence supérieure sur le poste occupé ne permet pas de justifier une différence de rémunération.