

Egalité de traitement et différences de statut *

par Mireille POIRIER,

Maître de conférences à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

PLAN

PREMIÈRE PARTIE :

Egalité de traitement et différences de statut légal

- A. Coexistence de contrats de travail de droit commun et de contrats de travail atypiques
- B. Coexistence de travailleurs du public et du privé
- C. Coexistence de travailleurs français et étrangers

DEUXIÈME PARTIE :

Egalité de traitement et différences de statut conventionnel

- A. Le périmètre de comparaison des droits conventionnels
- B. L'application du principe d'égalité des droits conventionnels

De l'interdiction de discriminations à l'exigence d'une égalité de traitement.

A l'origine, se trouve l'interdiction de discriminations entre les femmes et hommes, suivie de près par celles opérées en raison de l'appartenance syndicale des salariés (3). Ces interdictions constituent la première manifestation d'une exigence d'égalité entre salariés. On connaît la fortune de l'interdiction de discriminations, en particulier depuis la loi du 4 août 1982 sur les *libertés des travailleurs dans l'entreprise* qui a introduit, dans le Code du travail, un article au futur plus que prometteur

Qui s'aventure du côté de l'égalité de traitement en droit du travail (1) est confronté, de prime abord, à des difficultés d'ordre terminologique. Une confusion règne, en effet, entre discriminations, principe « à travail égal, salaire égal », égalité de traitement et égalité tout court (2). Pour comprendre les raisons de cette confusion, ainsi que la nécessité d'une clarification, un rapide détour historique s'impose.

entièrement consacré à la question : l'article L. 122-45 (article L. 1132-1) du Code du travail (4).

Mais cette exigence d'égalité ne concerne que certaines catégories de salariés, les plus vulnérables : celles visées expressément par les règles interdisant des discriminations, en particulier l'article L. 1132-1 (L. 122-45) du Code du travail (5). On ne peut donc pas déceler une exigence d'égalité tout court, pas plus qu'une exigence d'égalité de traitement – si ce n'est pour les travailleurs expressément protégés par les règles de non-discrimination.

En 1996, dans le célèbre arrêt *Ponsolle* (6), la Cour de cassation découvre la positivité (7) de la règle « à travail

* La deuxième partie de cet article sera publiée dans le numéro suivant du Droit Ouvrier.

- (1) Parmi l'abondante littérature, cf. notamment : Isabelle Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », RDT 2008, 648 ; Christophe Radé, « De l'effectivité du principe 'à travail égal, salaire égal' (Soc. 20 février 2008) », Dr. Soc. 2008, 530 ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe 'à travail égal, salaire égal'. Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? », JCP éd. E 2007, 1960 ; Jean-Michel Gasser, « Les justifications de l'inégalité de traitement ou que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" », RJS 08-09/07, 687 ; Antoine Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, 16 ; Gilles Auzero, « L'application du principe de l'égalité de traitement dans l'entreprise », Dr. Soc. 2006, 822 ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "A travail égal, salaire égal" et politiques de gestion des rémunérations », Dr. Soc. 2005, 18 ; Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. Soc. 2004, 694 ; Pierre Bailly, « L'égalité des salariés en droit du travail », Rapport 2003 de la Cour de cassation, La Doc. Fr., 81 ; Philippe Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », Dr. Doc. 2003, 276 ; Antoine Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », Dr. Soc. 1990, 68 ; Danièle Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », Dr. Soc. 1987, 778.
- (2) Confusion soulignée par de nombreux auteurs, notamment : Danièle Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination » (précité) ; Antoine Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail » (précité) ; Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de

traitement des salariés » (précité) ; Gilles Auzero, « L'application du principe de l'égalité de traitement dans l'entreprise » (précité) ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "à travail égal, salaire égal". Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? » (précité) ; Antoine Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens » (précité). Cf. également Marie-Thérèse Lanquetin, obs. sous Soc. 26 juin 2008, Dr. Soc. 2008, 1129.

- (3) Cf. Pierre Bailly, « L'égalité des salariés en droit du travail », précité.
- (4) Cf. Gérard Lyon-Caen, « Du nouveau sur le règlement intérieur et la discipline dans l'entreprise », D. 1983, chro., 7.
- (5) L'article L. 1132-1 du Code du travail vise : l'origine du salarié, son sexe, ses mœurs, son orientation sexuelle, son âge, sa situation de famille, son éventuelle grossesse, ses caractéristiques génétiques, son appartenance ou sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou mutualistes, ses convictions religieuses, son apparence physique, son nom de famille, son état de santé ou son handicap. L'article L. 1132-2 ajoute son exercice normal du droit de grève, et l'article L. 1132-3, son témoignage en justice d'agissements discriminatoires.
- (6) Soc. 29 octobre 1996, *Ponsolle*, Dr. Soc. 1996, 1013, obs. Antoine Lyon-Caen, Dr. Ouv. 1997, 149, obs. Pascal Moussy.
- (7) Cf. Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », précité.

égal, salaire égal », à propos d'une affaire de différence de rémunération entre plusieurs salariées (8). C'est la deuxième grande manifestation d'une exigence d'égalité en droit du travail. Cette règle fût érigée en « principe » trois ans après l'arrêt *Ponsolle* (9). Aujourd'hui, le principe « à travail égal, salaire égal » peut valablement être classé au rang des principes fondamentaux du droit du travail (10).

Son champ d'application est à la fois plus large et plus étroit que pour les règles de non-discrimination : l'ensemble des salariés est concerné, cependant l'égalité n'est exigée qu'en matière de rémunération. Encore que... La notion de salaire est ici entendue dans son sens le plus large (11), ce qui confère à la règle « à travail égal, salaire égal » une très large portée. Surtout, l'exercice du pouvoir patronal s'est trouvé encadré plus qu'il ne l'était avec la simple interdiction de discriminations. En effet l'exigence signifie que, désormais, « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés [...] pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » (12) ; la Cour de cassation ayant au fil des arrêts précisé la nouvelle tâche dévolue aux juges : « une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (13).

A l'arrivée, le pouvoir d'individualisation des employeurs est placé sous contrôle : au salarié d'établir la différence de rémunération pour un travail « égal », à l'employeur de justifier les raisons « objectives » de cette différence, le juge ayant pour mission d'en contrôler, de surcroît, la « pertinence ».

Est-ce à dire que toute distinction en matière de rémunération salariale est désormais proscrite ? Qu'un strict *principe d'égalité* doit s'appliquer dans l'entreprise ? A l'évidence, non. L'individualisation des décisions patronales reste possible, mais à la condition de reposer sur des motifs « objectifs » et « pertinents » : « ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal" (...) l'employeur qui justifie par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale » (14). Les nombreux salariés qui ont vu dans la jurisprudence *Ponsolle* l'opportunité d'une harmonisation vers le haut de leur rémunération ont, de ce fait, assez souvent été déçus : l'employeur reste admis à justifier des différences de rémunération.

Parachève l'évolution la troisième grande manifestation d'une exigence d'égalité en droit du travail : l'affirmation d'un *principe d'égalité de traitement* dans l'entreprise. Cette terminologie, utilisée tant en doctrine qu'en jurisprudence, présente l'avantage de souligner que l'égalité prescrite n'est pas absolue : elle signifie simplement (ce qui est déjà beaucoup) qu'à des situations de travail semblables (15) soit réservé le même traitement (16). Cette terminologie offre aussi l'avantage de souligner que l'égalité ainsi entendue ne concerne pas que le salaire : l'égalité de traitement s'impose comme limite à toute décision patronale – dans ses relations avec ses salariés comme dans ses relations avec les syndicats (17), en matière de salaire comme dans les autres matières objet du droit du travail. Dans un arrêt en date du 5 mai 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi souligné que « le principe d'égalité (...) est de valeur constitutionnelle » et « que le juge doit [l']appliquer » (18).

(8) Cette règle figure explicitement dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 : « Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal » (art. 23).

(9) Soc. 18 mai 1999, Dr. Soc. 1999, 747, obs. Christophe Radé.

(10) Cf. notamment Christophe Radé, « De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal" (Soc. 20 février 2008) ». La Chambre sociale de la Cour de cassation a préféré ranger le principe "à travail égal, salaire égal" au rang des principes fondamentaux du droit du travail plutôt que de le rattacher à l'article L. 1121-1 du Code du travail (L. 120-2), comme le lui avait pourtant suggéré le Conseiller M. Pierre Bailly (art. précité). Ce choix doit être souligné. Il est vraisemblablement destiné à conforter la valeur de la règle posée, à favoriser « l'applicabilité directe de la règle dans les rapports de travail » (Antoine Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », précité). Il permet aussi de distinguer le *principe* "à travail égal, salaire égal" des *règles* d'interdictions des discriminations (idem). Il reste que, comme l'article L. 1121-1 (L. 120-2), le principe "à travail égal, salaire égal" encadre et légitime le pouvoir de direction en conférant au juge un pouvoir d'appréciation de la justification de la décision patronale, selon des modalités comparables.

(11) Cf. par exemple Soc. 29 novembre 2006, *Sté Timken Compagny*, Dr. soc. 2007, 355, obs. Christophe Radé : le ticket restaurant constitue un avantage en nature payé, au sens de l'article L. 140-2 [L. 3221-3] du Code du travail, par l'employeur. Il entre dans la rémunération du salarié et doit être pris en considération pour l'application du principe d'égalité de rémunération des travailleurs intérimaires.

(12) Arrêt *Ponsolle*, 29 octobre 1996, précité.

(13) Soc. 15 mai 2007, Dr. Soc. 2007, 896, obs. Christophe Radé, Dr. Ouv. 2007, 362, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(14) Soc. 1^{er} décembre 2005, Dr. Soc. 2006, 224, obs. Christophe Radé. Cf. également Soc. 21 juin 2005, Dr. Soc. 2005, 1047, obs. Christophe Radé.

(15) La question de savoir si le travail effectué est identique ou semblable est évidemment une question cruciale. Cependant, dans cet article, nous considérerons la question résolue. Nous nous plaçons donc a priori dans l'hypothèse où l'identité de tâche et/ou de fonction a été démontrée. Il reste à s'interroger sur les relations (complexes) entre égalité de traitement et différence de statut. Sur la notion de travail identique, cf. notamment la note de Mme Marie-Thérèse Lanquetin sous Cour d'appel de Paris, 6 novembre 2008, *Bastien*, Dr. Ouv. 2009, 135.

(16) Comme le Conseil constitutionnel déduit du principe d'égalité devant la loi que « à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles ». Cf. notamment Antoine Jeammaud « Du principe d'égalité de traitement des salariés », précité.

(17) Soc. 29 mai 2001, Dr. Soc. 2001, 821, obs. Georges Borenfreund, Dr. Ouv. 2001 p. 361, obs. Marie-France Bied-Charreton ; et Soc. 5 mai 2004, Bull. Civ. V, n° 119, Dr. Soc. 2004, 705 ; en annexe à l'article de M. Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », précité.

(18) S'agissant des rapports de l'employeur avec les syndicats, cf. Soc. 5 mai 2004, précité.

Dans un arrêt du 30 avril 2009, elle vient d'ajouter que « l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération » (19). La jurisprudence a donc bel et bien « franchit le pas de l'exigence de non-discrimination à celle d'égalité de traitement » (20).

La présentation proposée ici, schématique, du passage de l'interdiction (négative) de discriminations à l'exigence (positive) d'égalité de traitement dans l'entreprise ne doit pas masquer des difficultés conceptuelles perceptibles encore aujourd'hui.

Raisons de confusion et clarifications nécessaires.

Ces raisons sont d'abord à rechercher dans l'ambiguïté du recours au terme « discrimination » (21). Dans le langage courant, la discrimination se définit comme « le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal ». Discriminer revient à « distinguer, séparer ». Le terme antinomique de la discrimination, c'est « l'égalité » (22). A ce compte là, toute différence de traitement, a fortiori si elle est considérée comme injustifiée, peut être qualifiée de discrimination.

L'histoire nous montre, cependant, que la notion de discrimination a, le plus souvent, en droit, une signification bien plus précise : au plan juridique, la discrimination peut se définir comme la différenciation fondée sur des motifs que la loi exclut expressément des motifs légalement admissibles (23) : sexe, opinions politiques, situation de famille, etc. (24). Comme le conseillaient Mme Danièle Lochak il y a déjà plus de vingt ans (25), pour éviter toute confusion, il est préférable de réserver le terme de « discrimination » aux différenciations spécialement

prohibées par le législateur, et d'utiliser le terme de « distinction » (ou de « différenciation ») pour pointer les différences de traitement fondées sur d'autres motifs – la discrimination illicite, comme la distinction injustifiée, rompant l'égalité érigée en principe. D'ailleurs, comme l'a souligné ultérieurement M. Antoine Lyon-Caen (26), il faut être attentif au fait que la jurisprudence invite à faire une distinction entre le principe d'égalité de traitement et les règles de non-discrimination (27).

On observe pourtant, assez souvent, une confusion terminologique. Parfois le respect du principe d'égalité semble se résumer à l'interdiction de discriminations, ce qui est faussement réducteur (28). D'autres fois le terme de discrimination est présenté comme synonyme de « distinction », ce qui est également source d'erreur (29). Gardons-nous, donc, de confondre discrimination illicite et distinction injustifiée, règles d'interdiction de discriminations et principe d'égalité de traitement.

Les raisons d'une confusion sont également à rechercher dans le régime juridique de la preuve des discriminations, et des distinctions injustifiées. La règle découverte par la Chambre sociale, en 1996, avec l'arrêt *Ponsolle* s'est en effet avérée, dans un premier temps, très utile y compris (et même tout d'abord) en matière de discriminations. A l'époque, la preuve d'une discrimination ne faisait pas l'objet d'une réglementation particulière. Il était très difficile, pour les salariés, de prouver que telle ou telle décision de l'employeur était fondée sur un des motifs discriminatoires. A partir de l'arrêt *Ponsolle*, la preuve d'une discrimination s'est trouvée grandement facilitée par application de la règle « à travail égal, salaire égal » (30). En effet, le salarié prétendant subir une discrimination salariale n'avait plus à démontrer l'attitude

(19) Soc. 30 avril 2009, n° 07-40.527, publié au Bulletin, Dr. Ouv. 2009, 321, obs. M. Henry et ci-après p. 459, obs. C. Ménard.

(20) Antoine Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », précité.

(21) Cf. Danièle Lochak, « Réflexions autour de la notion de discrimination », précité.

(22) Dictionnaire *Petit Robert*.

(23) Cf. le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, Association Henri Capitant.

(24) Cf. article L. 1132-1 et ss (art. L. 122-45) du Code du travail.

(25) « Réflexions autour de la notion de discrimination », précité, note 1.

(26) « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », précité.

(27) Cf. par exemple Soc. 27 octobre 1999, *EDF* (Dr. Soc. 2000, 189 et Dr. Ouv. 2003, 489) : « une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 [L. 1132-1] du Code du travail ». On peut reprocher à cette phrase d'être rédigée « en emporte pièce » (car après tout une différence de traitement peut reposer sur une discrimination), mais, replacée dans son contexte, cet extrait de l'arrêt *EDF* est bel et bien destiné à insister sur la distinction entre discrimination et égalité de traitement. D'ailleurs, dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a modifié sa formulation : « une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue

*pas en elle-même [souligné par nous] une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 [L. 1132-1] du Code du travail » ; Soc. 18 janvier 2006, *Sogara (Carrefour)*, Dr. Ouv. 2006, 491, note Arnaud de Senga.*

(28) Cf. l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, précité ; ou la Directive 97/80 du 15 décembre 1997 : « la personne qui s'estime lésée par le non-respect du principe d'égalité de traitement doit établir devant la juridiction nationale des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et c'est au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe d'égalité de traitement ». Cf. également Marie-Ange Moreau, « Les justifications des discriminations », Dr. Soc. 2002, 1112 ou les obs. de M. Antoine Jeammaud, sous Soc. 9 novembre 205, Dr. Soc. 2006, sp. 222.

(29) Cf. notamment Soc. 25 février 2004, Dr. Soc. 2004, 704 : le changement d'horaire imposé à un salarié « présentait un caractère discriminatoire parce qu'il ne résultait pas des nécessités d'organisation de l'entreprise et ne répondait à aucun motif légitime ». Cf. également Franck Héas, « Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés », JCP éd. S, doct., 1179.

(30) Cf. par exemple Soc. 16 décembre 1998, *S.A. Aubin* (discrimination syndicale), Liaisons sociales, JP, n° 616 du 1^{er} février 1999, Dr. Ouv. 1999, 169, obs. Henri Peschaud et Soc. 28 novembre 2000, *Harba* (discrimination sexuelle), RJS 2001, n° 165, Dr. Ouv. 2001, 116 note Michel Miné.

discriminatoire (31), mais à prouver l'existence d'une différence de traitement pour un même travail. Faute, pour l'employeur, de convaincre les juges de l'objectivité et de la pertinence du motif de cette différenciation, le salarié victime d'une discrimination pouvait prétendre à réparation. Le régime probatoire découlant du principe de l'égalité de traitement en matière salariale a donc, en premier lieu, présenté une grande utilité dans le domaine de la chasse aux discriminations – d'où les confusions possibles.

Ce n'est plus tout à fait le cas aujourd'hui : la loi du 16 novembre 2001 a organisé un régime probatoire spécifique aux discriminations, qui figure à l'article L. 1134-1 (L. 122-45) du Code du travail (32). Largement inspiré de l'arrêt *Ponsolle* et du droit communautaire, il ne doit cependant pas être confondu avec le régime probatoire applicable en matière d'égalité de traitement – ne serait-ce qu'en raison de son fondement (33).

Autre différence notable – et très contestable – le salarié victime d'une discrimination illicite sera réintégré *s'il est licencié* en raison de l'action en justice pour discrimination qu'il a intentée contre son employeur. Pas le salarié licencié pour s'être plaint, jusqu'en justice, d'une inégalité de traitement (34).

Il apparaît donc bel et bien nécessaire de distinguer interdiction de discriminations et égalité de traitement (35), même si toutes les deux concourent au respect de l'exigence d'égalité entre salariés. C'est même plus que jamais nécessaire : la Chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'« *une Cour d'appel saisie d'un litige (36) afférent à la seule méconnaissance du principe "à travail égal, salaire égal" n'a pas à se prononcer sur une discrimination en raison de l'un des cas énumérés à*

l'article L. 122-45 [articles L. 1132-1 et ss] du Code du travail » (37).

Enfin, ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel qu'un motif discriminatoire pourra être admis au rang de *motif possible* de décision patronale (38). L'inégalité de traitement pourra, quant à elle, être bien plus largement admise dans la mesure où elle sera justifiée par l'employeur.

Dans ces conditions, une différence de statut doit-elle être considérée comme pouvant valablement justifier une inégalité de traitement ?

Contrats et statuts.

Le recours à la notion de « statut » en droit du travail du secteur privé peut surprendre. N'oppose-t-on pas, traditionnellement, la situation contractuelle des salariés de droit privé à la position statutaire des travailleurs de la fonction publique ? La logique contractuelle à la logique statutaire ?

Comme l'a démontré M. Alain Supiot (39), « *l'invention du contrat de travail* » a été rendue possible par « *une synthèse originale des concepts de statut et de contrat* » (40). Là réside une « *ambivalence structurelle qui caractérise le droit du travail* » (41). « *C'est le contrat qui a servi de cadre à la définition juridique de la relation de travail, mais (...) ce maintien du cadre contractuel n'a été possible qu'au prix d'une absorption par le contrat d'un statut du travailleur* » (42). Dans cette optique, le terme de statut implique « *un état de la personne du salarié, i.e. un ensemble de droits et de devoirs définis indépendamment de sa volonté (par la loi, la convention collective ou les usages)...* » (43).

(31) Exercice plus que redoutable – sauf grande maladresse de la part de l'employeur.

(32) Le salarié supporte la charge de l'allégation : il « *présente [au juge] des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination* ». L'employeur supporte quant à lui la charge et le risque de la preuve : il doit « *prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Le juge participe, lui aussi, à l'administration de la preuve en ce sens qu'il peut ordonner « *en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

(33) La « *boucle sera bouclée* » lorsque la Cour de cassation, se fondant sur l'article 1315 du Code civil, s'inspirera de la logique probatoire de l'article L. 1134-1 (L. 122-45) pour l'appliquer en matière de différences de traitement (cf. Soc. 28 septembre 2004, Dr. Soc. 2004, 1147, obs. Christophe Radé, Dr. Ouv. 2005, 65 obs. Michel Henry). Le salarié s'estimant victime d'une différence de traitement devra « *soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité* ». Il incombera alors à l'employeur « *de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence* ». Le juge ayant aussi pour mission d'en contrôler la « *pertinence* ». Sur le régime probatoire dans le contentieux de l'égalité de rémunération, cf. notamment Anja Johansson, « *La preuve de l'atteinte au principe "à travail égal, salaire égal" et l'article 1315 C. civ.* », RJS 2005, 823.

(34) Soc. 20 février 2008. Cf. Christophe Radé, « *De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal"* », précité ; Frédéric

Guiomard, « *Droit d'agir en justice du salarié discriminé : une protection inachevée* », RDT 2008, 330 ; Mireille Poirier « *Pour la nullité du licenciement décidé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié contre son employeur* », Dr. Ouv. 2008, 505.

(35) Le principe « *à travail égal, salaire égal* » se présentant comme une déclinaison de l'exigence d'égalité de traitement.

(36) Souligné par nous.

(37) Soc. 5 juillet 2005, n° 03-44281.

(38) Cf. les obs. critiques de Mme Marie-Thérèse Lanquetin sous Soc. 26 juin 2008, *Sté Sermo Montaigu*, Dr. soc. 2008, 1129.

(39) *Critique du droit du travail*, PUF, 1^{re} édition « *Les voies du droit* » en 1994, édition « *Quadrige* » en 2002. Cf. Chap. prélim., « *Entre contrat de statut : une vue européenne de la relation de travail* », p. 13 et ss, sp. II, « *L'insertion du statut dans le contrat* », p. 27 et ss. Cf. également, du même auteur, « *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?* », Dr. Soc. 2003, 59.

(40) *Critique du droit du travail*, précité, p. 13.

(41) *Critique du droit du travail*, précité, p. 33.

(42) Idem.

(43) « *...et ce terme ne présume donc pas l'existence sociologique d'une communauté où cet état prendrait sens* », *Critique du droit du travail*, précité, p. 32 et 33.

Cette « insertion d'un statut dans le contrat de travail » (44) a notamment favorisé une unification de la condition salariale. Etant entendu qu'au statut légal s'est peu à peu superposé un statut conventionnel – lequel a été, pendant longtemps et par hypothèse, plus favorable.

La « disparition progressive des distinctions assises sur la prise en considération de l'objet concret de la prestation de travail » est aujourd'hui contrariée par une « balkanisation des formes d'emploi [et par] une promotion du contrat dirigée contre le statut acquis par les salariés » (45). L'objectif d'unification du statut de salarié n'a certes pas disparu, mais il est concurrencé par un mouvement contraire de fragmentation de ce statut, comme par exemple avec la multiplication des contrats de travail atypiques ou avec le développement des conventions et des accords collectifs de travail. Dès lors, on assiste à une diversification des statuts des travailleurs d'une même entreprise, susceptible de poser problème au regard du principe de l'égalité de traitement.

Si elle avait été tentée par un contrôle *a minima* du principe de l'égalité de traitement, la Chambre sociale de la Cour de cassation aurait pu affirmer, sans plus de précision, qu'une différence de statut pouvait justifier une inégalité de traitement. Ce n'est, fort heureusement, pas le cas. Par exemple, en matière d'égalité salariale, « la Cour de cassation ne se contente pas de critères standards susceptibles de justifier **abstraitement** des

différences de rémunération entre salariés ayant un même travail, elle exerce un contrôle renforcé sur les justifications et exige des juges du fond qu'ils vérifient de manière **concrète** la pertinence des éléments avancés par les employeurs » (46).

Ainsi, dans un arrêt *Chavance*, en date du 15 mai 2007, la Chambre sociale de la Cour de cassation a posé en principe « qu'une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération », pour ajouter « qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans une même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler **concrètement** (47) la réalité et la pertinence » (48).

Des motifs « passe partout », comme la différence de statut, ne sont finalement pas admis à justifier une différence de traitement. Il convient, à l'inverse, d'envisager concrètement, au cas par cas, la différence de statut susceptible, ou non, de justifier une inégalité de traitement. Et dans la mesure où l'élaboration du statut de salarié est intimement liée au développement d'une réglementation étatique (la loi) et/ou autonome (les conventions collectives), il faut successivement s'interroger sur les différences de statut légal (première partie) et les différences de statut conventionnel (deuxième partie).

Première partie : Egalité de traitement et différences de statut légal

L'heure est donc à la diversification du statut de travailleur, promue par le droit étatique. Cette diversification prend tout d'abord la forme de l'enrichissement de la typologie des contrats de travail, le contrat de travail de droit commun côtoyant désormais des contrats de travail atypiques (A). La vague de privatisation de pans entiers du secteur public amène, par ailleurs, à ce que des travailleurs du secteur public se rapprochent des salariés du secteur privé, et inversement (B). Enfin, la circulation des travailleurs est susceptible d'entraîner la coexistence de travailleurs français et étrangers (C).

A. Coexistence de contrats de travail de droit commun et de contrats de travail atypiques

Le statut juridique des salariés varie de plus en plus en fonction du type de contrat de travail dont ils sont titulaires, et dont la conclusion a été autorisée, voire favorisée, par le législateur : contrats de travail à durée déterminée, contrats de travail temporaire, contrats de travail à temps partiel, etc. (49). Cette multiplication des formes contractuelles d'emploi induit une altération de la figure « typique » ou « de droit commun » (50) du travailleur salarié, imposée

(44) *Critique du droit du travail*, précité, p. 33. « L'englobement d'un statut professionnel dans le contrat de travail est une donnée commune à tous les pays "développés" » ; Alain Supiot, « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », précité, 59.

(45) *Critique du droit du travail*, précité, p. 34.

(46) Christophe Radé, « De l'effectivité du principe "à travail égal, salaire égal" (Soc. 20 février 2008) », précité, p. 530.

(47) Souligné par nous.

(48) Soc. 15 mai 2007, *Chavance*, Dr. Soc. 2007, 896, obs. Christophe Radé, Dr. Ouv. 2007, 362, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(49) Cf. *Les contrats de travail atypiques*, thèse Bordeaux I, 1992. Cf. également Jean Pélissier, « La relation de travail atypique », Dr. Soc. 1985, 531 ; Antoine Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail. Brefs propos » Dr. Soc. 1988, 540 ; Antoine Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail » dans *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, 316.

(50) Cf. dernièrement le nouvel article L. 1221-2 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail : « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail ».

par l'histoire et les rapports de production, dans une perspective de stabilité et de sécurité de l'emploi.

En effet, chaque forme « atypique » de contrat de travail déroge, ne serait-ce que pour partie, aux règles qui s'appliquent par principe à l'ensemble des salariés – chaque catégorie de contrat de travail atypique présentant, de ce fait, des particularismes propres, et soulevant des problèmes spécifiques (51).

Au-delà de cette diversité, un problème commun se pose : « *le législateur offre [certes] (52) un domaine aux pratiques d'individualisation contractuelle des relations de travail* » (53), mais dans quelle mesure cette individualisation est-elle compatible avec un principe d'égalité de traitement ? La réponse à cette question a donné lieu à d'importantes précisions législatives (1°) et jurisprudentielles (2°).

1. Les précisions législatives

La réglementation des contrats de travail atypiques constitue un enrichissement du droit du travail : elle donne un cadre juridique aux courts besoins en main d'œuvre, au travail à temps partiel, aux contrats qui associent formation et emploi, etc. Cependant, il ne faut pas se cacher que la conclusion de contrats de travail atypiques figure aussi au nombre des techniques mises à la disposition des entreprises pour leur permettre de fuir des règles posées par le Code du travail. C'est d'ailleurs l'essence même des contrats de travail atypiques : autoriser telle ou telle dérogation au droit commun du travail.

a) Contenu

L'égalité de traitement entre salariés est donc *par hypothèse* malmenée par la multiplication des contrats de travail atypiques. Par exemple, le salarié sous contrat de travail à durée déterminée ou le travailleur intérimaire n'auront pas droit au bénéfice des règles applicables au licenciement (54) ; ni le travailleur à temps partiel au régime de droit commun des heures supplémentaires (55). Cependant, en toute logique, le recours aux contrats de travail atypiques ne devrait pas aboutir à un évitement des règles du droit commun du travail *plus que proportionnel* aux dérogations autorisées par le législateur. Par exemple, les travailleurs à temps partiel ou sous contrats de travail à durée déterminée ne devraient pas percevoir une rémunération moindre que leurs homologues à temps complet ou sous contrat de travail à durée indéterminée.

C'est la raison pour laquelle le législateur a pris soin d'édicter des règles d'égalité de traitement entre travailleurs sous contrats de travail de droit commun et travailleurs sous contrats de travail atypiques (56). L'article L. 1242-14 (L. 122-3-3 al. 1) du Code du travail prévoit, par exemple, que : « *Les dispositions légales et conventionnelles ainsi que celles résultant des usages applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée s'appliquent également aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée, à l'exception des dispositions concernant la rupture du contrat de travail* » (57). Ou encore, en matière de travail à temps partiel, l'article L. 3123-11 (L. 212-4-5) du Code du travail précise que : « *le salarié à temps partiel bénéficie des droits reconnus au salarié à temps complet par la loi, les conventions et les accords collectifs d'entreprise ou d'établissement, sous réserve, en ce qui concerne les droits conventionnels, de modalités spécifiques prévues par une convention ou un accord collectif de travail* ».

Il convient de souligner ici qu'en matière de travail intérimaire, la situation a été quelque peu perturbée par la recodification de 2008. En effet, l'ancien article L. 124-9 du Code du travail indiquait : « *Sous réserve des dispositions qui précèdent, il n'est pas dérogé au droit commun en ce qui concerne les rapports nés du contrat de travail unissant l'entrepreneur de travail temporaire à ses salariés* », article interprété comme le siège du principe de l'égalité de traitement entre travailleurs intérimaires et travailleurs relevant du droit commun (58). L'ordonnance du 12 mars 2007 sur la recodification du Code du travail a abrogé cet article.

Faut-il en déduire que, désormais, le principe de l'égalité de traitement ne concerne plus, de manière générale, les salariés sous contrat de travail temporaire ? Certainement pas. Car, ne l'oublions pas, la recodification s'est faite « *à droit constant* » (59). N'oublions pas, non plus, que les juges n'hésitent pas à appliquer le principe d'égalité de traitement en droit du travail, même en l'absence de stipulation législative précise. Il n'en demeure pas moins que cette abrogation est curieuse, sinon critiquable... Le bon sens invite en effet à penser que « *même si cela va sans dire, c'est encore mieux en le disant* ».

Au-delà ce que l'on peut espérer n'être qu'une simple péripétie, il faut retenir que le législateur a pris soin de préciser, à plusieurs reprises, que les salariés titulaires de contrats de travail atypiques doivent bénéficier d'une

(51) Cf. « Les contrats de travail atypiques », thèse Bordeaux I, 1992.

(52) Rajouté par nous.

(53) Antoine Jeammaud, « Les polyvalences du contrat de travail », précité, p. 309.

(54) Sauf, bien entendu, requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

(55) Sauf exception (exemple : travail à temps partiel annualisé).

(56) Pour une étude concernant les contrats à durée déterminée et d'intérim, cf. Pierre-Yves Verkindt, « L'application du principe de l'égalité de traitement aux travailleurs précaires », Dr. Soc. 1995, 870.

(57) Cf. également l'article L. 1242-15 (L. 122-3-3 al. 2) sur l'égalité en matière de rémunération.

(58) Cf. par exemple Pierre-Yves Verkindt, précité.

(59) Cf. notamment Christophe Radé, « Avant-Propos » à l'édition 2008 du Code Dalloz.

égalité de traitement avec les salariés sous contrats de travail de droit commun ; ce principe connaissant pour seule limite les dérogations autorisées pour tel ou tel type de contrat – et ses conséquences directes sur les droits des salariés concernés.

Quelles sont les raisons d'une telle attention de la part du législateur ?

b) Finalités

L'affirmation d'une égalité de traitement entre travailleurs « typiques » et « atypiques » poursuit deux grandes finalités (60). La première est, tout simplement pourrait-on dire, d'assurer, autant que faire se peut, une égalité de droits individuels et collectifs entre les tous les salariés, peu important la catégorie de contrat de travail qui les rattache à leur employeur. L'atypisme entraîne déjà, par nature, des dérogations au droit commun du travail. Il s'agit de limiter ces dérogations *au strict nécessaire*, au moyen de l'application du principe d'égalité de traitement (61).

La deuxième finalité est de réduire l'intérêt que représente le recours aux contrats de travail atypiques pour les employeurs en leur interdisant de fuir un trop grand nombre de règles posées par le Code du travail. « *Affirmer et mettre en œuvre dans ce contexte le principe d'égalité de traitement, c'est réduire l'attrait de la formule pour les employeurs ayant quelque velléité de frauder la loi en usant de la possibilité qu'elle leur donne à des fins qu'elle ne prévoit pas* » (62). Réduire cet attrait, c'est aussi, et c'est loin d'être négligeable, *limiter le recours* au travail atypique ; ce recours étant par ailleurs le plus souvent encadré par des règles de forme et de fond (63).

Dans ce contexte, on comprend assez mal la solution donnée par la Cour de cassation dans un arrêt *Moutot* en date du 28 avril 2006 (63 bis).

2. L'interprétation jurisprudentielle

La Cour de cassation a eu de nombreuses occasions d'appliquer le principe d'égalité de traitement entre salariés sous contrats de travail atypique et typique. Il existe ainsi une jurisprudence, relativement « classique » et abondante, qui impose aux employeurs de ne pas commettre d'inégalité de traitement en défaveur des salariés sous contrat atypique. Cette jurisprudence, relativement bien connue, ne retiendra pas notre attention (64).

La situation inverse, à savoir une différence de traitement défavorable aux salariés de droit commun, assez paradoxale, pose des difficultés singulières au regard des finalités de l'égalité de traitement entre travailleurs typiques et atypiques. C'est une question qui fait l'objet

d'un contentieux non négligeable, la jurisprudence montrant des signes d'évolution ou, à tout le moins, d'hésitation. C'est cette question qu'il convient, par préférence, d'étudier ici.

a) L'arrêt *Moutot* du 28 avril 2006

L'espèce concernait deux salariées effectuant un travail identique dans une société de production artistique. L'une, intermittente du spectacle (65) percevait 609,80 € par semaine, tandis que l'autre, titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, ne percevait que 422,28 €. La différence de rémunération était très importante puisqu'elle s'élevait à près de 200 € par semaine. La Cour de cassation va décider que cette différence ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal » dans la mesure où l'employeur la justifiait « *par des raisons objectives* » : « *la rémunération d'un même emploi, à condition de ne pas être inférieure à celle d'un salarié occupant cet emploi sous contrat de travail à durée indéterminée, peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise* ». Elle ajoute que « *en l'espèce, le statut d'intermittent du spectacle d'une salariée, ainsi que son ancienneté non prise en compte par ailleurs, pouvaient justifier à son seul profit la différence de rémunération* ».

Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet donc, au titre des raisons objectives de différence de traitement, le caractère atypique du contrat de travail – à la condition qu'il s'agisse d'une augmentation de la rémunération. Il est vrai qu'en matière de contrat de travail à durée déterminée, l'article L. 1242-15 (L. 122-3-3 al. 2) du Code du travail prévoit que la rémunération des salariés concernés « *ne peut être inférieure* » à la rémunération versée aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée ; ce qui sous-entend qu'elle peut être supérieure.

La différence de rémunération est donc justifiée par une raison objective. Mais cette raison est-elle pertinente ? Oui, considère d'abord la Chambre sociale de la Cour de cassation : l'employeur est autorisé à se fonder sur le « *statut d'intermittente du spectacle d'une salariée* » ainsi que sur son « *ancienneté non prise en compte par ailleurs* ». Passons rapidement sur le critère de l'ancienneté, critère classique de justification d'une inégalité de traitement, si ce n'est pour souligner que les deux salariées avaient une différence d'ancienneté de... deux ans ! Les 200 € de plus, par semaine, ne pouvaient, si ce n'est à la marge, s'expliquer ainsi.

(60) Cf. Pierre-Yves Verkindt, article précité, notamment II.

(61) A noter que cette démarche est insuffisante, à elle seule, pour assurer une identité de droits. Il faut aussi adapter le droit commun du travail à ces nouvelles formes d'emploi (ex : congés payés des salariés sous CDD).

(62) Pierre-Yves Verkindt, article précité, p. 876.

(63) Exemples : exigence d'écrit formalisant l'accord de volonté entre l'employeur et le salarié, cas de recours, etc.

(63 bis) Bull. civ. V n° 152, n. J.F. Césaro au JCP 2006, ed. S, II, 1440, reproduit ci-après p. 441.

(64) Cf. notamment l'article de M. Pierre-Yves Verkindt, précité.

(65) Donc sous contrat de travail à durée déterminée.

Intéressons-nous plutôt au critère du statut d'intermittente du spectacle. On comprend fort bien que, pour la Cour de cassation, la précarité de ce statut puisse être un élément pris en considération par l'employeur pour calculer le montant de la rémunération des salariés concernés. Le législateur n'a-t-il pas institué une prime de précarité pour les salariés titulaires de contrats de travail à terme ? On pourra rétorquer que cette prime de précarité n'est, après tout, que la sœur jumelle des indemnités de licenciement dont sont privés les travailleurs intérimaires ou sous contrat de travail à durée déterminée.

Surtout, on peut déduire de l'arrêt *Moutot* que, s'il y met le prix fort, l'employeur est autorisé à inciter ses salariés à préférer la précarité à la stabilité. S'il y met le prix, l'employeur peut flexibiliser sa main d'œuvre. N'est ce pas contradictoire avec le principe posé par le Code du travail selon lequel : « *Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail* » (66) ? A l'évidence, oui. Dans notre affaire, on peut penser que la différence de rémunération – considérable – n'était pas seulement destinée à compenser la précarité du statut d'intermittent du spectacle. Elle avait aussi vocation à peser sur le choix des salariés de la société de production en les dissuadant d'opter pour un contrat de travail à durée indéterminée, comme l'avait – malheureusement pour elle ! – fait Mme Moutot.

La Cour de cassation aurait dû prendre en considération cet élément qu'elle pouvait aisément déduire de l'ampleur de la différence de rémunération. Ce qui revient à souligner, au passage, que les juges devraient, dans leur contrôle de la pertinence des raisons de l'inégalité de traitement, tenir compte de l'importance de l'écart de rémunération (ou de statut) pratiqué par l'employeur pour le mettre en regard des motifs que celui-ci allègue. Il s'agirait, en quelque sorte, d'effectuer un *contrôle de la proportionnalité* entre la différence pratiquée et les raisons invoquées à son appui.

b) L'arrêt *Chavance* du 15 mai 2007

Quoi qu'il en soit, les employeurs n'ont pas intérêt à s'engouffrer trop vite dans la brèche ouverte par l'arrêt *Moutot*. En effet, dans un arrêt *Chavance*, rendu par la Chambre sociale le 15 mai 2007 (67), la Haute juridiction semble se raviser. Il s'agissait, ici encore, d'une inégalité de traitement entre salariés titulaires de contrats de travail à durée déterminée et indéterminée : six formateurs exerçant leur travail sous contrat de travail à durée indéterminée demandaient un rappel de salaire au motif que des formateurs vacataires ou occasionnels bénéficiaient d'une rémunération supérieure à la leur. Les

arguments invoqués par l'employeur ressemblaient, à s'y méprendre, à ceux invoqués dans l'affaire *Moutot* : précarité de la situation de vacataire, absence de déroulement de carrière, régime applicable en matière de cotisations sociales... Ces arguments avaient d'ailleurs convaincu la Cour d'appel de Dijon de l'existence et de la pertinence des raisons avancées par l'employeur pour mieux rémunérer les formateurs vacataires que les formateurs permanents.

La Cour de cassation se laisse, quant à elle, beaucoup moins facilement convaincre. Dans un premier temps, elle pose l'important principe selon lequel : « *une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération* » ; cette différence devant, rappelle-t-elle, « *reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ». Puis elle casse la décision soumise à son contrôle au motif que « *en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher concrètement si les différences de rémunération constatées étaient justifiées en l'espèce par des raisons objectives matériellement vérifiables, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Certes, il est possible de ne voir aucune contradiction entre cette décision et l'arrêt *Moutot*. On peut convenir en effet, que, dans l'affaire *Chavance*, la Cour d'appel de Dijon « *avait, semble-t-il, fait l'économie d'une analyse approfondie de la situation concrète des salariés dans l'entreprise* » (68). Il n'en demeure pas moins que la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel de Dijon était loin d'être laconique : elle reprenait, ou peu s'en faut, les motifs qui avaient convaincus la Cour de cassation dans l'affaire *Moutot*. A tout le moins doit-on souligner une évolution jurisprudentielle : à l'avenir, la Cour de cassation ne semble pas vouloir se laisser facilement convaincre de la pertinence d'une différence de traitement entre travailleurs sous contrat de travail atypiques/précaires et travailleurs titulaires de contrat de travail à durée indéterminée, préjudiciable à ces derniers.

Si tel est le cas, tant mieux ! La précarité ne doit pas devenir objet de négociation entre employeurs et salariés. Elle doit être combattue (69).

B. Coexistence de travailleurs du public et du privé

La différence qui oppose les travailleurs du public et du privé est bien connue. Les premiers sont des

(66) Art. L. 1221-2 du Code du travail.

(67) Soc. 15 mai 2007, *Chavance*, Dr. Soc. 2007, 896, obs. Christophe Radé, Dr. Ouv. 2007, 362, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(68) Christophe Radé, obs. sous l'arrêt *Chavance*, précitées.

(69) C'est d'ailleurs le sens de la législation française en matière de travail précaire, même si, reconnaissons-le, il y a une distance non négligeable de la coupe aux lèvres...

fonctionnaires ou des agents publics soumis à un statut législatif et/ou réglementaire, rémunérés par un traitement dont le montant est réglementairement fixé. Les seconds sont des salariés couverts par le Code du travail et les conventions collectives, dont la rémunération est « librement » négociée sous réserve des minima légaux et conventionnels, et de l'interdiction de discriminations.

Schématiquement, les salariés relevant du Code du travail travaillent essentiellement dans les entreprises du secteur privé ainsi que dans les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), tandis que les fonctionnaires et agents publics sont essentiellement employés dans les services de l'Etat, des collectivités territoriales (70) et des établissements publics administratifs (EPA). Il arrive cependant, de plus en plus fréquemment, que cette frontière soit « brouillée » (1.) ce qui n'est pas sans conséquence sur l'application du principe d'égalité de traitement (2.).

1. Les formes de la coexistence

La coexistence de personnels de droit public et de droit privé dans une même entreprise ou un même établissement n'est certes pas nouvelle, mais elle tend à se développer (71) (a), comme en témoigne la création de *La Poste*, en 1990 (b).

a) Une coexistence en développement

La coexistence de travailleurs du public et du privé dans une même entreprise ou un même établissement se présente dans quatre grandes hypothèses (72) : établissements publics « à double visage » (73) ; groupements d'intérêt public (74) ; établissements publics administratifs autorisés, par dérogation, à recruter des agents de droit privé (75) ; et, enfin, établissements publics industriels et commerciaux employant des fonctionnaires (76).

Depuis 1986, et les vagues de privatisation de pans entiers du secteur public, cette dernière catégorie est en augmentation. En effet, plusieurs services de l'administration ou établissements publics administratifs (EPA) ont été transformés en établissements industriels ou commerciaux (EPIC) (77), parfois à titre d'intermédiaire

avant un passage en société nationale (78), voire en société privée (79).

Conséquence de la transformation de l'EPA ou des services de l'administration en EPIC : les salariés recrutés à compter de cette transformation le sont par contrat de travail de droit privé, comme il est de principe dans les EPIC. Complémentairement, le législateur a, le plus souvent, prévu un droit d'option, pour le personnel de droit public présent au jour de la transformation – entre la conservation du statut de fonctionnaire et la conclusion d'un contrat de travail de droit privé avec la nouvelle structure. Enfin, ces nouveaux EPIC sont autorisés, toujours à titre transitoire, à employer directement des agents bénéficiant du statut de fonctionnaire.

Cette forme de privatisation d'entreprises appartenant au secteur public est donc susceptible d'entraîner, ne serait-ce que provisoirement (80), la coexistence de salariés relevant de statuts juridiques différents : fonctionnaires – ou assimilés, et salariés. Prenons l'exemple de *La Poste*...

b) L'exemple de *La Poste*

En 1990 (81), le service des Postes et télécommunications (PTT) a été décomposé/divisé en deux EPIC : *La Poste* et *France Télécom*, *France Télécom* ayant été par la suite transformé en société anonyme (82).

Lors de cette privatisation, le gouvernement a pris l'engagement de maintenir le statut des fonctionnaires concernés, tout en l'assortissant de la possibilité, en principe limitée, d'embaucher des « agents contractuels » – i.e. des salariés. Ainsi, le premier contrat de Plan entre l'Etat et *La Poste* limitait la part des agents de droit privé à 12 % du total du personnel. Cependant, cette limite a disparu des contrats de Plan ultérieurs – favorisant ainsi le recours de *La Poste* à du personnel contractuel de droit privé (83).

Complémentairement, le personnel de droit public du service des PTT s'est vu offrir un droit d'option entre la conservation de son statut de fonctionnaire, et la conclusion d'un contrat de travail de droit privé avec *La Poste*.

Depuis 1990, l'EPIC *La Poste* comprend donc deux grandes catégories de travailleurs : des agents

(70) Les « trois » de la fonction publique : l'Etat, les collectivités territoriales et les hôpitaux.

(71) Cf. Jacky Chorin, « Les établissements publics employant simultanément des personnels de droit public et de droit privé », AJDA 2000, doct., 382.

(72) Cf. Jacky Chorin, précité.

(73) Etablissements publics administratifs autorisés à créer et à gérer des services publics industriels et commerciaux. Exemple : les Chambres consulaires, Ports autonomes.

(74) Organismes (établissements publics) qui associent des structures publiques et privées pour des projets d'intérêt commun. Exemple : établissements de transfusion sanguine (Etablissement français du sang depuis 1998)

(75) Cas des trois Caisses nationales du régime général de Sécurité sociale.

(76) Exemple : Office nationale des forêts, TF1, SEITA, PTT (France Télécom et La Poste).

(77) Exemple : cf. note précédente.

(78) Exemple : France Télécom, audiovisuel public

(79) Exemple : TF1, SEITA.

(80) Jusqu'à la disparition physique – ou juridique – des travailleurs recrutés par l'entreprise lorsqu'elle appartenait au secteur public. Donc un « provisoire » qui peut durer...

(81) Loi du 2 juillet 1990.

(82) Loi du 26 juillet 1996. NB : en cette fin de juillet 2008, le Conseil ds ministres examine un projet de loi destiné à transformer *La Poste* en société anonyme.

(83) Cf. Jacky Chorin, article précité.

fonctionnaires et des agents de droit privé, cette dernière catégorie prenant peu à peu le pas sur la première (84). En effet, si la proportion d'agents contractuels de droit privé n'atteignait « que » 21 % du total des effectifs en 1997, elle s'élève aujourd'hui à 41,6 % – soit encore, à l'heure actuelle, 58,4% de fonctionnaires (85).

Comment cette différence de statut public/privé se conjugue-t-elle avec le principe d'égalité de traitement ? La Cour de cassation a eu récemment l'occasion de se prononcer sur cette très épineuse question, précisément à la suite de la privatisation des PTT (86).

2. Les conséquences de cette coexistence

Le litige impliquant La Poste est survenu à propos d'un complément de prime intitulé « complément Poste » (a). Ce litige s'est élevé jusqu'à permettre à l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation de livrer une position de principe (b).

a) Le « complément Poste »

Institué en 1992 par le conseil d'administration de La Poste, ce complément indemnitaire a tout d'abord été réservé aux fonctionnaires et agents publics de La Poste. Puis en 1995, il a été étendu aux « agents contractuels de droit privé », c'est-à-dire aux salariés de La Poste ; la rémunération de référence pour calculer son montant étant, selon le statut juridique, soit le traitement indiciaire, soit le salaire de base.

Fait important : le montant de ce « complément Poste » était substantiellement différent pour les deux catégories d'agents, puisqu'il était supérieur de 4 500 francs par an (87) en faveur des fonctionnaires ; ces derniers percevant, en plus d'indemnités mensuelles, une indemnité semestrielle de 2 250 francs non prévue pour les salariés de droit privé. D'ailleurs, un accord salarial concernant les agents de droit privé fut conclu le 10 juillet 2001, prévoyant un « processus de convergence » permettant d'aboutir, en 2003, à une égalité des « compléments Poste » pour les fonctionnaires et les salariés de La Poste.

Au regard de l'engouement pour le principe « à travail égal, salaire égal », arriva ce qui devait arriver : plusieurs salariés de La Poste, recrutés sous contrat de travail ou ayant opté pour celui-ci, saisirent des conseils de prud'hommes d'une demande en rappel de salaire à hauteur de 4 500 francs par an pour la période allant de 1996 à 2002, au motif d'une différence de traitement injustifiée entre salariés et fonctionnaires, entre agents de droit privé et de droit public, travaillant tous pour un même employeur : La Poste.

Le Conseil de prud'hommes de Lyon, saisi dans ce cadre, a débouté des salariés de leurs demandes, le 6 février 2004 – jugements réformés par la Cour d'appel de Lyon qui, par arrêts du 25 février 2005, a condamné La Poste à payer aux agents de droit privé demandeurs les sommes réclamées. Par décision en date du 21 décembre 2006, la Cour de cassation a cependant cassé les arrêts de la Cour d'appel de Lyon. Pour la Haute juridiction : « *les salariés agents de droit privé dont la rémunération résulte de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquent une égalité de traitement* » (87 bis).

La Chambre sociale considère donc que la différence de statut public/privé caractérise une différence de situation permettant de justifier la différence de traitement en matière salariale. En conséquence, la Haute juridiction casse les arrêts de la Cour d'appel de Lyon pour violation de la loi et renvoie les parties devant la Cour d'appel de Grenoble.

L'affaire ne s'arrête pas là puisque la Cour d'appel de Grenoble résiste à l'interprétation de la Cour de cassation : elle décide, comme l'avait fait avant elle la Cour d'appel de Lyon, que les salariés de La Poste peuvent, au contraire, prétendre à un rappel de salaire au titre du « complément Poste ». Pour la Cour d'appel de Grenoble, « *une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération* ». Elle ajoute qu'« *une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* », et retient qu'en l'espèce La Poste ne justifiait pas de telles raisons. On reconnaît là, mot pour mot, la motivation adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Chavance* (88).

L'affaire est finalement à nouveau portée devant la Cour de cassation qui, en raison de la résistance de la Cour d'appel de Grenoble, statue en Assemblée plénière par un arrêt rendu le 27 février 2009 (89).

b) L'arrêt d'Assemblée plénière

L'Assemblée plénière devait se prononcer sur le point de savoir si La Poste, EPIC qui emploie des fonctionnaires et des salariés, avait la possibilité, comme elle l'avait fait, de

(84) A souligner que La Poste (anciennement PTT) a toujours eu recours à du personnel de droit privé.

(85) Cf. le Rapport du conseiller-rapporteur, M. Henri Mas, relatif à l'arrêt d'Assemblée plénière du 27 février 2009 (Bull. n° 574, ci-après p. 442), consultable sur le site de la Cour de cassation, et publié au Dr. Soc. 2009, 792.

(86) Postes et télécommunication.

(87) Soit environ 686 €.

(87 bis) Pourvoi n° 05-41.919.

(88) Précité.

(89) Ass. Plén. 27 février 2009, *La Poste*, Bull. n° 574, ci-après p. 442.

prévoir une rémunération différente pour chacune de ces deux catégories de travailleurs.

Comme le montre la lecture de l'avis de Mme Petit, premier avocat général (90), de fortes pressions s'exerçaient sur l'Assemblée plénière pour qu'elle maintienne la position adoptée par la Chambre sociale dans son arrêt de décembre 2006. L'Avocat général soulignait, par exemple, « *qu'une comparaison des deux statuts [fonctionnaires et salariés de La Poste] n'a pas de sens* ». Ou encore que la jurisprudence selon laquelle la différence de statut public/privé caractérise une différence de situation recueillait l'assentiment de la CGT, de la DRH de La Poste, du Directeur général du travail, ou encore de la Direction de la fonction publique... Dans son arrêt rendu le 27 février 2009, l'Assemblée plénière ne va toutefois pas suivre intégralement l'avis de Mme Petit – sans pour autant reprendre explicitement la motivation de la Cour d'appel de Grenoble empruntée à l'arrêt *Chavance* (91).

L'Assemblée plénière va tout d'abord poser en principe que « *celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé* ». On retrouve ici la même idée que celle contenue dans l'arrêt de la Chambre sociale du 21 décembre 2006, mais formulée tout autrement. En effet, la Haute juridiction abandonne l'équation différence de statut public/privé égale différence de situation. Elle préfère indiquer que cette différence peut éventuellement être invoquée par un employeur pour justifier une différence de rémunération. Etant entendu que, dans ce cas, précise l'Assemblée plénière, la justification objective et pertinente de la différence de traitement se situe au plan du mode de détermination du montant de la rémunération : règlement pour les fonctionnaires, négociation pour les salariés.

D'ailleurs, l'Assemblée plénière ajoute que : « *il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé* ». Il en va donc autrement dans l'hypothèse où l'élément de rémunération ne trouve sa source ni dans le règlement pour les fonctionnaires, ni dans une convention (92) pour les salariés, mais dans une décision unilatérale de l'employeur commun (93) qui s'applique à

tous, dans des conditions identiques, quel que soit le statut juridique. Dans cette seconde hypothèse, le principe de l'égalité de rémunération doit être respecté... Etant entendu que l'employeur justifie la différence de traitement par une raison objective et pertinente, ajoute l'Assemblée plénière.

Le « complément Poste » à l'origine du litige s'inscrivait dans ce dernier schéma, et il n'était pas justifié par une autre raison que la différence de statut. En conséquence, dans son arrêt du 27 février 2009, l'Assemblée plénière rejette le pourvoi et condamne La Poste à verser aux salariés demandeurs le rappel de salaire de 4 500 francs par an pour la période allant de 1996 à 2002.

Autant dire que la différence de statut public/privé ne peut valablement être invoquée par un employeur de droit privé, pour justifier une différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs, qu'à la condition que cette différence soit inhérente au mode de détermination du statut de chacun d'entre eux – i.e. prévue par la loi ou le règlement pour les fonctionnaires, et/ou le contrat ou la convention collective pour les salariés.

Mais si, d'aventure, un employeur d'agents publics et de salariés, institue par décision unilatérale, un droit, tel le versement d'une prime, qui s'adresse indifféremment et dans les mêmes conditions à toutes les personnes travaillant pour lui, alors ce droit doit être le même pour tous. Sauf si cet employeur justifie la différence de traitement par une raison objective et pertinente... On retrouve là l'application classique du principe de l'égalité de traitement.

Tout dépend, finalement, de la source du droit en cause : loi ou règlement portant statut des fonctionnaires, disposition conventionnelle de droit privé, ou décision unilatérale de l'employeur applicable à tous.

Saluons ici la logique et la rigueur du raisonnement suivi par l'Assemblée plénière, face à un problème pour le moins délicat : la différence de statut entre travailleurs du public et du privé, irréductible même en cas de cohabitation dans une même entreprise ou un même établissement, n'autorise pas toutes les différences de traitement décidées par leur employeur commun. Encore faut-il que ces différences de traitement puissent être justifiées soit par la stricte appartenance à l'une ou l'autre des deux catégories de travailleurs, soit par une autre raison, objective et pertinente. Une pierre de plus est ainsi donnée à l'édifice de l'égalité de traitement... toute en finesse !

(90) Cet avis ainsi que le rapport de M. Henri Mas sont consultables sur le site internet de la Cour de cassation.

(91) Cf. *supra*.

(92) Contrat ou convention collective.

(93) Rappelons que le « complément Poste », instituée en 1992 par La Poste pour ses seuls fonctionnaires, a été étendu fin 1995 à ses salariés. En 1996, par décision de son Conseil d'administration, il concernait donc tous les travailleurs de La Poste ; la rémunération de référence étant, selon le statut juridique, soit le traitement indiciaire, soit le salaire de base.

C. Coexistence de travailleurs français et étrangers

L'internationalisation de la vie économique – la mondialisation – n'est pas, à proprement parler, une nouveauté. Que l'on songe, par exemple, au commerce « triangulaire » – que la ville de Bordeaux peine à se remémorer malgré les richesses accumulées, au (mauvais) temps des Colonies (94)... Il est vrai qu'à ces époques, la question de l'égalité de traitement ne se posait pas tout à fait dans les mêmes termes qu'aujourd'hui !

Il n'en demeure pas moins qu'encore aujourd'hui, « *on change de lieu, donc de loi, pour réduire les coûts* » (95). La mise en concurrence des opérateurs économiques s'accompagne, en effet, d'une mise en concurrence des législations nationales encadrant l'utilisation (osera-t-on dire l'exploitation ?) du travail humain. Certes, le droit international et européen n'est pas totalement désarmé face à ces pratiques (96). Par exemple, la convention n° 117 de l'OIT sur « *la politique sociale (objectifs et normes de base)* » (97) prévoit, dans son article 8 (98) : « *Lorsqu'il sera fait appel dans une région aux ressources en main d'œuvre d'un pays soumis à une administration différente, les autorités compétentes des pays intéressés devront (...) conclure des accords pour régler les questions d'intérêt commun (...). Ces accords devront prévoir que le travailleur migrant jouira d'une protection et d'avantages qui ne soient pas moindre que ceux dont bénéficient les travailleurs résidant dans la région de l'emploi* ». Autre illustration, et non des moindres : l'article 136 du Traité CEE fait de « *l'amélioration des conditions de travail et de vie, permettant leur égalisation dans le progrès* », l'un des objectifs de la Communauté européenne. La réalité est cependant toute autre, comme en témoigne de récents arrêts de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE).

Il est vrai que, s'agissant de la coexistence de travailleurs français et étrangers, la déclinaison du respect du principe de l'égalité de traitement, qui adopte principalement deux formes, tend à s'éloigner du schéma traditionnel. De facture assez classique est l'hypothèse où travailleurs français et étrangers travaillent en France pour le même employeur établi en France – même si elle réserve quelques surprises (1°). Plus originale est la question du travailleur étranger détaché en France par un employeur établi hors de France (2°). Dans ce second cas, en effet, la question de l'égalité de traitement s'internationalise doublement dans la mesure où elle amène à s'interroger sur la réglementation applicable aux travailleurs français et étrangers travaillant tous sur le sol français, mais pour des employeurs de nationalité différente.

1. Travailleurs français et étrangers travaillant en France pour le même employeur établi en France

Le principe d'égalité de traitement quelle que soit l'origine nationale est envisagé par de nombreuses - et prestigieuses - normes internationales : Déclaration universelle des droits de l'Homme (99) ; Pacte international sur les droits civils et politiques (100) ; Convention relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (101) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (102) ; ou enfin, Conventions n° 97, 111 et 143 de l'OIT (103).

Au niveau européen, l'article 12 du Traité CE interdit toute discrimination en raison de la nationalité dans le domaine d'application de celui-ci. L'article 39 interdit, quant à lui, toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi et les conditions de travail (104) – étant entendu que si cette interdiction concerne sans nul doute l'ensemble des ressortissants communautaires, le débat est ouvert sur le point de savoir si elle concerne

(94) En ce sens, cf. également Gérard Lyon-Caen, « Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée », Dr. Ouv. 2004, 49.

(95) Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz 1995, Coll. Connaissance du droit, p. 88.

(96) Sur l'apport des normes internationales à la condition des salariés, cf. notamment Michèle Bonnechère, « Droit international du travail, droit social européen : réflexion sur quelques enjeux actuels », Dr. Ouv. 1989, 249. Cf. également Sophie Robin-Olivier, « La mobilité internationale du salarié », Dr. Soc. 2005, 495.

(97) Conclue en 1962, cette convention n'a pas (encore ?) été ratifiée par la France. C'est assez surprenant dans la mesure où la France fait figure de « bon élève », en ayant ratifié 102 des 188 conventions de l'OIT conclues à ce jour. A titre de comparaison, les Etats-Unis n'en ont ratifié que 14... Mais on sait bien que comparaison n'est pas raison.

(98) Partie III de la convention intitulée : « Dispositions relatives aux travailleurs migrants ».

(99) Article 2.

(100) Article 26.

(101) Article 5 e) i) qui affirme le « *droit du travailleur au libre choix de son travail* », sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale.

(102) Article 2, selon lequel les droits doivent être exercés sans discrimination aucune fondée sur l'origine sociale.

(103) La Convention n° 111 relative aux discriminations (emploi et profession) de 1958, dispose, dans son article 1, que sont considérées comme des discriminations les distinctions fondées sur l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui ont pour effet de détruire l'égalité des chances en matière d'emploi ou de profession. La Convention n° 97 sur les travailleurs migrants de 1949 énonce également un principe général de non discrimination en matière de travail et de sécurité sociale. Enfin, la convention n° 143 de 1975 (non ratifiée par la France) sur les migrations dans des conditions abusives et la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants prévoit que « *tout membre pour lequel la convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir et à garantir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession pour les travailleurs qui se trouvent également sur leur territoire* ».

(104) Article 39 du Traité modifié : « *1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté. 2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération, et les autres conditions de travail (...)* ».

également les ressortissants des Etats tiers à la Communauté (105).

Enfin, au niveau national, l'article L. 1132-1 (L. 122-45) du Code du travail inclut, au titre des motifs discriminatoires interdits, l'origine et l'appartenance – vraie ou supposée – à une nation (106).

On remarquera que, plus qu'une exigence d'égalité, c'est le plus souvent une interdiction de discrimination qui est posée par les textes (107). Il n'en demeure pas moins que l'assimilation des travailleurs étrangers aux travailleurs français rencontre, encore aujourd'hui, de notables restrictions. Pour s'en convaincre, il convient de distinguer la question de l'accès à l'emploi, de celle de l'occupation d'un emploi, par un travailleur étranger.

a) L'accès à l'emploi

S'agissant de l'accès à l'emploi (108), bien qu'en évolution, la situation reste très contrastée (109).

Comme l'a montré Mme Danièle Lochak, le droit oscille entre un principe universaliste d'égalité, qui conduit à proscrire les discriminations, et un principe de souveraineté étatique, qui aboutit à multiplier les discriminations fondées sur la nationalité. A cela, s'ajoute le souci de protection de l'activité économique des nationaux, contre la concurrence étrangère. Il en résulte que le droit international ne s'oppose pas clairement aux limitations d'accès à l'emploi des étrangers (110).

Résultat (ou cause) : en France, de (très) nombreux emplois sont subordonnés à une condition de nationalité (111). La dernière étude en date sur cette question semble être celle menée par le Groupe d'étude et de liaison sur les discriminations (GELD) en 2000 – et la situation ne semble pas avoir fondamentalement évolué

depuis (112). Selon cette étude, il y a environ 7 millions d'emplois interdits aux étrangers *non communautaires*, soit environ 30 % des emplois disponibles sur le territoire français ; l'essentiel de ces emplois (environ 5 millions) se trouvant dans le secteur public.

Le droit européen a une toute autre allure que le droit international : il prohibe les discriminations fondées sur la nationalité des ressortissants communautaires, sous réserve des emplois occupés dans « l'administration publique » (113). Etant entendu que cette exception doit être interprétée restrictivement : le seul fait qu'un emploi relève de la fonction publique, et *a fortiori* du secteur public, ne suffit pas à permettre d'en réserver l'accès aux seuls français (114).

L'immense majorité des restrictions/discriminations dans l'accès à l'emploi concerne – de ce fait – les travailleurs étrangers non ressortissants communautaires, même si cette situation n'est guère conforme à notre droit positif (115), en particulier aux termes de l'article L. 1132-1 (L. 122-45) du Code du travail.

A n'en pas douter, des « *toilettings s'imposent* » (116). A longue échéance, l'évolution ira sans aucun doute vers une assimilation des étrangers aux nationaux, notamment sous l'impulsion du droit européen, mais pas seulement (117). Cependant qu'à court terme, le discours sur « la préférence nationale » semble (malheureusement) avoir le vent en poupe...

b) Le régime de l'emploi

Une fois la barrière de l'accès à l'emploi franchie, le travailleur étranger ne doit pas subir de différence de traitement avec son collègue français – et inversement ; cela quelle que soit la nationalité de son employeur établi en France (118). Cette exigence, promue tant par le droit

(105) Sur cette question, cf. notamment Jean-Philippe Lhernould, « Interdictions d'emploi des étrangers : la préférence nationale confirmée », Dr. Soc. 2003, 1094, n° 11.

(106) Cf. également l'article 416 du Code pénal.

(107) Sur la différence entre interdiction de discriminations et exigence d'égalité de traitement, cf. supra, introduction.

(108) La question de l'entrée et du séjour en France des travailleurs étrangers (formalités administratives qui en découlent) ne sera pas abordée ici. Sur cette question, cf. notamment Laurent Gamet « Mobilité internationale et autorisation administrative d'employer un étranger », Sem. Soc. Lamy n° 1350 du 21/04/2008, 7.

(109) Cf. Danièle Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », Dr. Soc. 1990, 76.

(110) Cf. la démonstration de Mme Danièle Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », précité.

(111) Cf. le site internet du GISTI (Groupe d'Information et de Soutien aux Travailleurs Immigrés) : www.gisti.org. Cf. également A. Fairise, « Sept millions d'emplois interdits aux étrangers », Liaisons Sociales magazine, mai 2002.

(112) Idem.

(113) Article 39 du Traité, cf. supra.

(114) « La dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs, prévue quant aux emplois dans l'administration publique par l'article 39 § 4 du traité CE, suppose que les

prérogatives de puissance publique attribuées à leurs titulaires soient effectivement exercées de façon habituelle par ceux-ci et ne représentent pas une part très réduite de leur activité », Cass. Crim. 23 juin 2004 (revirement concernant les emplois d'officiers de la marine marchande), JCP 2004, éd. G, II, 10 154, note Jean-Philippe Lhernould.

(115) Cf. les développements de Mme Danièle Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », précité, sp. p. 78.

(116) Danièle Lochak, « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », précité.

(117) Par exemple, depuis octobre 2001, la condition de nationalité n'est plus exigée pour travailler dans un organisme de Sécurité sociale. Autre exemple : en novembre 2002, la RATP a supprimé la condition de nationalité de son statut. Depuis plus rien en ce sens, à en croire le site du GISTI.

(118) Toute entreprise établie en France est assujettie au droit du travail français. Ce à quoi il faut ajouter qu'une entreprise étrangère est assujettie aux dispositions du Code du travail applicables aux entreprises établies en France lorsque son activité, quand bien même elle serait prestataire de service, est entièrement orientée vers le territoire français, ou lorsqu'elle est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures à partir desquelles elle est exercée de façon habituelle, stable et continue, sur le territoire français, notamment par la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés. Cf. art. L. 1262-3 du Code du travail (loi du 2 août 2005).

international et européen que par le droit interne, est à l'origine de plusieurs décisions émanant de la Cour de cassation, dont la plupart concerne l'interdiction de discriminations fondées sur la nationalité entre ressortissants de différents pays européens.

Par exemple, dans un arrêt *Zamolo* en date du 10 décembre 2002 (119), la Chambre sociale décide, en s'appuyant sur le droit européen, qu'une entreprise ne peut pas adopter en France un régime salarial différent selon la nationalité de son personnel. En l'espèce, l'Institut Goethe pratiquait de longue date un système de rémunération plus avantageux pour ses salariés allemands que pour ses salariés français.

De manière beaucoup plus surprenante, la Chambre sociale a posé en principe, dans un arrêt *SNCF* daté du 11 mars 2009 (120), qu'en raison de la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne (121) : « lorsqu'une disposition d'un statut réglementaire national applicable au sein d'une entreprise publique prévoit, pour les employés de cette entreprise, un avancement tenant compte de l'ancienneté dans une catégorie de rémunération déterminée par ledit statut, le travailleur migrant doit pouvoir se prévaloir efficacement des périodes d'emploi, dans un domaine d'activité comparable, accomplies antérieurement au service d'une entreprise publique d'un autre Etat membre ». En l'espèce, un salarié avait travaillé pendant près de huit ans au service de la Sté nationale des chemins de fer belges (SNCB) puis avait ensuite été recruté, à sa demande, en qualité de contractuel par la Sté nationale des chemins de fer français (SNCF). Ce travailleur migrant demandait à la SNCF de prendre en compte son ancienneté dans la SNCB – de manière à pouvoir accéder à un emploi statutaire au sein de la SNCF. La Cour de cassation lui donne raison : en vertu du principe de libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, l'ancienneté de ce salarié doit être calculée en additionnant les années passées au service de la Sté Belge SNCB puis de la Sté française SNCF.

Saluons ici l'audace de la Chambre sociale qui admet que l'ancienneté des travailleurs migrants européens soit décomptée en additionnant les périodes d'emploi « dans un domaine d'activité comparable » au service d'entreprises de nationalités différentes. Voilà une solution

qui pourrait, de manière salubre, inspirer le juge ou le législateur européen... Modérons cependant notre enthousiasme : il n'aura échappé à personne que la Chambre sociale insiste, dans sa motivation, sur le fait que les entreprises en cause étaient toutes deux des entreprises publiques. A quand l'extension de cette jurisprudence aux entreprises privées ?

Enfin, il convient de souligner que, même entre salariés de nationalités différentes travaillant en France pour le même employeur, des différences de traitement pourront être admises – à condition qu'elles soient « justifiées », qu'elles reposent sur des raisons objectives, étrangères à toute discrimination prohibée. Ce sera le cas lorsqu'une entreprise employant des salariés français et italiens, réservera aux seuls salariés relevant de la loi italienne un droit d'option d'achat d'actions en guise de contrepartie à des sacrifices que ces travailleurs avaient acceptés lors d'une restructuration économique (122). Ou encore, s'agissant d'une prime d'expatriation réservée aux salariés étrangers, lorsque la différence de traitement entre français et étrangers vise à compenser les inconvénients résultant de l'installation du travailleur étranger et de sa famille en France, de manière à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international composé desdits travailleurs étrangers (123).

Le principe d'égalité de traitement entre salariés français et étrangers, travaillant en France pour le même employeur établi en France, est, finalement, bien mieux respecté lors de l'exécution du contrat de travail qu'au moment de l'embauche. Ce principe est carrément mis à l'écart pour les travailleurs étrangers détachés en France par un employeur établi hors de France...

2. Travailleurs étrangers détachés en France par un employeur établi hors de France

Le problème est assez simple à exposer (124) : le travailleur étranger, qui a été recruté hors de France par une entreprise étrangère, peut-il exécuter sa prestation de travail sur le sol français à moindre coût, au motif que, mettant sa force de travail au service d'un employeur établi hors de France, le droit du travail français ne lui serait pas applicable ? Peut-il « travailler ici tout en étant soumis au régime du travail en vigueur là » (125) ?

à savoir un glissement de l'interdiction de discrimination vers l'admission « d'inégalités » de traitement, cf. Marie-Thérèse Lanquetin, obs. sous Soc. 26 juin 2008, *Sté Sermo Montaigu*, précitées.

(119) Soc. 10 décembre 2002, *Zamolo*, Bull. V, n° 373, Dr. Ouv. 2003, 252.

(120) Soc. 11 mars 2009, *SNCF*, n° de pourvoi 08-40381, publié au Bulletin. Reproduit ci-après p. 443.

(121) Art. 39 du Traité CE et 7 §1 du Règlement CEE n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968.

(122) Soc. 17 juin 2003, *Mayen*, Dr. Soc. 2004, 703, en annexe à l'article de M. Antoine Jeammaud « Du principe d'égalité de traitement des salariés », précité.

(123) Soc. 9 novembre 2005, *Synchrotron*, Dr. Soc. 2006, 221, obs. Antoine Jeammaud – qui regrette que, dans cet arrêt, « la chambre sociale joue-t-elle droitement sur la différence entre exigence d'égalité de traitement en matière de rémunération et prohibition des certains motifs de décision par la loi (motifs dès lors discriminatoires au sens juridique) ». Dans le même sens,

(124) L'image du « plombier polonais » a marqué les esprits : « ce travailleur qui traverserait l'Europe pour proposer sa force de travail en France, tout en demeurant soumis à la législation sociale de son pays d'origine » (Jean-Philippe Lhernould, « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs », Dr. Soc. 2005, 1191). La paternité de cette expression revenant, semble-t-il à M. Ph. de Villiers (idem), nous nous garderons de la reprendre dans le corps du texte.

(125) Antoine Lyon-Caen, « Le travail dans le cadre de la prestation internationale de service. Quelques observations », Dr. Soc. 2005, 503.

Une réponse positive permet à des entreprises installées à l'étranger de pénétrer le marché français en pratiquant ce que l'on appelle communément « *dumping social* », i.e. une compétition entre entreprises qui se réalise au détriment du sort des seuls salariés. La concurrence est ici libre, mais elle est déloyalement faussée par le truchement de la différence de statut entre des salariés de nationalités différentes (pays d'origine/pays d'accueil).

Une réponse négative permet, au contraire, de rétablir une saine concurrence entre entreprises – une concurrence qui ne soit pas supportée par les seuls salariés ; tout en protégeant les entreprises et les emplois du pays d'accueil. Ce type de réponse s'inscrit d'ailleurs dans cette « *égalisation dans le progrès* » « *des conditions de vie et de travail* », fort heureusement prônée par le Traité de Rome (126).

Malgré cela, ni le droit français (a), ni le droit européen (b) n'ont (malheureusement) tranché clairement en faveur de la deuxième option...

a) La loi du 2 août 2005 et le détachement de travailleurs étrangers en France

S'agissant du détachement transnational de travailleurs, le législateur français a été précurseur d'une législation d'inspiration anti-dumping. Les inconvénients de la libre prestation de service au niveau communautaire ont en effet d'abord été soulignés par l'Inspection du travail française (127). Il faut reconnaître qu'en droit international, les articles 6 et 7 de la Convention de Rome (128), qui portent sur la détermination de la loi applicable au contrat de travail comportant un élément d'extranéité, ne permettent pas, à eux seuls, d'éviter les pratiques anticoncurrentielles (129).

Puis la CJCE a admis, dans un arrêt *Rush Portuguesa* de 1990, que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur ; le droit communautaire n'interdit pas*

d'avantage aux Etats membres d'imposer le respect de ces règles par des moyens appropriés » (130). Forte de cette précision, la France a édicté, en 1993 (131) et pour la première fois, une réglementation tendant à assurer une égalité de traitement *a minima* entre salariés étrangers détachés et salariés français, dans plusieurs domaines : respect du SMIC, des durées maximales de travail, des conditions d'hygiène, de santé et de sécurité – en particulier (132).

Trois ans plus tard, le législateur européen adopte la directive n° 96/71 du 16 décembre 1996 relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service (133), qui fait obligation aux Etats membres de l'Union de prévoir l'application d'un « *noyau de règles impératives de protection minimale* » aux travailleurs étrangers détachés, cela quelle que soit la loi applicable au contrat de travail (134) ; ce « *noyau dur* » étant précisé par la directive elle-même (135). C'est cette directive « *Prestation de service* » de 1996 qui aurait pu être modifiée par le célèbre projet ultralibéral de directive *Bolkenstein* (136) – abandonné mais toujours susceptible de renaître de ses cendres.

Pour contrer l'adoption – encore possible – d'une directive ultralibérale sur la prestation de service internationale, le législateur français a, à nouveau, mis sur le métier la réglementation française y relative. L'article 89 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a en effet introduit dans le Code du travail un nouveau chapitre consacré au « *détachement transnational de travailleurs* » dans lesquels trouvent place six nouveaux articles : les articles L. 342-1 à L. 342-6 (137). Ces dispositions figurent aujourd'hui dans un titre intitulé « *Salariés détachés temporairement par une entreprise non établie en France* », sous la numérotation L. 1261-1 à L.1263-2.

La loi du 2 août 2005 n'a pas fondamentalement modifié la trame de notre réglementation en matière de détachement transnational de travailleurs. Quant à son champ d'application, cette réglementation concerne tous

(126) Article 136.

(127) Cf. Bernard Teyssié, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd. 2002, n° 557 et ss.

(128) Convention relative au conflit de loi en matière contractuelle.

(129) Cf. notamment Christine Neau-Leduc, « Le détachement transnational de travailleurs, passager clandestin de la loi PME du 2 août 2005 », JCP 2005, éd. S, doct., 1292 et Sophie Robin-Olivier, « La mobilité internationale du salarié », Dr. Soc. 2005, 495.

(130) CJCE, 27 mars 1990, aff. C 113/89, *Rush Portuguesa*, RDTE 1990, 632, note Pierre Rodière.

(131) Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 dite « Loi quinquennale ».

(132) Ancien article L. 341-5 du Code du travail dans sa rédaction issue de la loi « quinquennale » du 20 décembre 1993.

(133) Dite directive « *Prestation de services* ».

(134) Considérants 13 et 14 de la directive « *Prestation de service* » du 16 décembre 1996, et son article 3.

(135) Article 3 de la directive « *Prestation de service* » du 16 décembre 1996. Il s'agit, notamment : de la durée du travail, des temps de repos et de congé payés, des rémunérations, de la sécurité, la santé et l'hygiène..., etc.

(136) Proposition de directive relative « *aux services dans le marché intérieur* » présenté par la Commission européenne le 13 janvier 2004 qui visait à « *libéraliser* » le marché européen des services. Dite directive « *Bolkenstein* » du nom de l'ancien commissaire européen néerlandais Frits Bolkenstein, à l'initiative de ce projet. Consultable sur le site de la Commission européenne.

(137) Cf. Christine Neau-Leduc, « Le détachement transnational de travailleurs, passager clandestin de la loi PME du 2 août 2005 », précitée, et Jean-Philippe Lhernould, « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs », précité.

les détachements transnationaux vers la France (138) – sans se limiter, fort heureusement, aux situations intra-communautaires. Quant à l'égalité de traitement entre travailleurs français et travailleurs détachés, elle prend toujours la forme de la délimitation d'un noyau dur issu du droit du travail français, applicable aux salariés détachés. Ce noyau dur a été enrichi en 2005, tant par rapport à la législation antérieure de 1993 que par rapport à la directive « Prestation de services » de 1996. L'article L. 1262-4 (139) du Code du travail en a fourni la teneur (140).

Conscient des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de découler du détachement transnational de travailleurs (141), le législateur français a ainsi adopté une législation protectrice – et l'on ne peut que lui en savoir gré. Mais... C'est un peu, si vous passez la trivialité de l'expression, « l'histoire du verre à moitié vide ou à moitié plein ». Car l'égalité de traitement est, à l'évidence, restreinte : elle n'est envisagée que pour certaines règles, ce « noyau dur » délimité par le Code du travail. C'est déjà bien, mais doit-on s'en satisfaire ?

En réponse à cette question, une logique ultralibérale conduira à penser que la libre prestation des services ayant pour objectif de rendre possible, au prestataire, l'exercice de son activité dans l'Etat destinataire de la prestation, il serait à exclure que la législation sociale de l'Etat membre où s'exécute la prestation s'applique intégralement car cela reviendrait à priver de tout effet « utile » la liberté de prestation de service.

L'impératif de concurrence loyale entre entreprises conduira au contraire à penser « qu'une telle promotion de la prestation de service dans un cadre transnational nécessite (...) des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs » – comme l'affirme, dans son préambule, la directive « Prestation de service » de 1996. Dans ces conditions, ne peut-on espérer une égalité de traitement totale – et non partielle – entre salariés travaillant sur le sol français, peu important qu'ils soient détachés – ou pas – par une entreprise étrangère ? L'espoir est toujours possible. La jurisprudence de la CJCE

laisse cependant craindre qu'il ne faille attendre quelque peu pour le voir se réaliser...

b) La jurisprudence de la CJCE

En effet, dans son arrêt *Rüffert*, en date du 3 avril 2008 (142), la CJCE a livré une interprétation assez ahurissante du droit européen, caricature du « *renard libre dans un poulailler libre* » (143).

Le Land de Basse-Saxe en Allemagne avait, après appel d'offres, attribué à une entreprise allemande un marché de travaux publics pour la construction d'un établissement pénitentiaire. Etant entendu que la loi de Basse-Saxe sur la passation des marchés publics impose, pour lutter contre le dumping social, de ne retenir comme adjudicataire que des entreprises s'engageant à respecter au minimum la rémunération prévue par la convention collective applicable au lieu d'exécution de la prestation. L'adjudicataire devait également s'engager à ce que d'éventuels sous-traitants respectent la même obligation. Le contrat résultant de l'accord contenait, donc, l'engagement de respecter les conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution de la prestation, notamment la convention collective régionale du bâtiment et des travaux publics (BTP) qui imposait un salaire minimum.

Pour réaliser le gros œuvre de la construction de l'établissement pénitentiaire, l'entreprise allemande adjudicataire du marché de travaux publics avait eu recours aux services d'un sous-traitant polonais. Or, ce sous-traitant n'avait pas respecté le salaire minimum prévu par la convention collective régionale – et c'est un euphémisme puisque les 53 ouvriers polonais avaient reçu un salaire inférieur d'au moins la moitié (144) au salaire imposé par la convention collective applicable. En réponse, le Land de Basse-Saxe provoqua la résiliation du contrat passé avec l'entreprise allemande ; et le sous-traitant polonais se vit condamné pénalement. A titre de question préjudicielle, la juridiction allemande saisie de ce litige demanda à la CJCE si la loi du Land de Basse-Saxe était conforme à la libre prestation de service à l'échelle communautaire. Réponse : non.

(138) A souligner que sont visés les détachements liés à l'exécution d'une prestation de service, y compris les détachements entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe ; les détachements dans le cadre du travail temporaire ; et enfin les détachements temporaires de travailleurs par une entreprise étrangère pour réaliser un travail pour son propre compte. Cf. article L. 1262-1 du Code du travail.

(139) Complété par de nombreux articles de la partie réglementaire du Code articles R. 1262-1 et ss.

(140) Les employeurs détachant temporairement des salariés en France sont soumis aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises françaises de la même branche d'activité en matière de : libertés individuelles et collectives, discrimination et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, durée du travail, salaire minimum et paiement du salaire, etc.

(141) M. Jean-Philippe Lhernould explique que le détachement transnational de travailleurs a connu une croissance vertigineuse en France, « la DILTI ayant observé une

progression de plus de 80% des déclarations préalables de prestation de service entre 2001 et 2003 » - dans « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs », précité, sp. p. 1191.

(142) Cf. notamment Sylvaine Laulom, « Une nouvelle affaire de dumping social », Sem. Soc. Lamy n° 1350 du 21 avril 2008, 12 ; Antoine Lyon-Caen, « Déconstruction européenne », RDT 2008, 273 ; Fabienne Jault-Seseke, « Le détachement. Au nom de la libre prestation de services, la CJCE limite les moyens de lutte contre le dumping social », RDT 2008, 412 ; Nicolas Moizard, « La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un « noyau dur » protecteur ? », Dr. Soc. 2008, 866 ; M. Bonnechère, « La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2008, 552.

(143) Expression empruntée à Karl Marx.

(144) Très exactement 46,57 % du salaire minimal prévu par la convention collective régionale.

L'article 3 de la directive « Prestation de services » du 16 décembre 1996 impose, en effet, le respect des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, et des conventions collectives ou sentences arbitrales « déclarées d'application générale ». La CJCE considère que la convention collective régionale en cause dans l'affaire *Rüffert* ne répond pas à cette condition pour deux raisons. D'une part elle n'a pas été déclarée d'application générale – alors qu'il existe en Allemagne un système de déclaration d'application générale des conventions collectives (145). D'autre part, son champ d'application est limité : il ne concerne que les salariés employés dans le cadre de marchés de travaux publics, à l'exception de ceux qui travaillent dans le cadre de marchés privés.

Comme cela a été démontré, un autre raisonnement, une autre interprétation – et une autre solution, étaient tout à fait envisageables (146). Sur la base du droit européen lui-même, et de la directive de 1996 (147) qui, dans son préambule, déclare viser à « développer le libre prestation de service entre les Etats membres, tout en assurant une concurrence loyale entre les entreprises prestataires de services et en garantissant le respect des droits des travailleurs ». Sur la base, aussi, du droit

international et de la Convention n° 94 de l'OIT (148), conclue en 1949 (149) qui oblige à l'insertion, dans les contrats publics, d'une clause stipulant le respect, envers les travailleurs employés à l'exécution d'un contrat de travail, des conditions de salaire et de travail établies par la convention collective locale.

Dans l'arrêt *Rüffert*, la CJCE a finalement adopté une interprétation extrêmement restrictive de la directive « Prestation de service » de 1996 en ce qu'elle impose, dans son article 3, le respect d'un « noyau dur » de règles issue du droit du travail. Ce noyau risque, selon les systèmes juridiques, se réduire à une tête d'épingle (150)...

Si la réglementation française ne prévoit pas une égalité « pure et simple » de traitement pour les travailleurs détachés par une entreprise étrangère, on observe finalement que le droit européen s'en éloigne encore plus sérieusement, dangereusement même – du point de vue de la concurrence... Et l'on attend cette « égalisation dans le progrès », terre promise aux européens depuis plus de cinquante ans.

(à suivre)

Mireille Poirier

(145) A l'image du système français d'extension des conventions collectives.

(146) Cf. les références en note 142.

(147) Cf. par exemple Sylvaine Laulom, « Une nouvelle affaire de dumping social », précitée.

(148) Cf. par exemple Antoine Lyon-Caen, « Déconstruction européenne », précité.

(149) Entrée en vigueur en France en 1952.

(150) Par exemple, en France, seules les conventions collectives étendues par arrêté ministériel entreraient dans ce noyau dur. Le problème est que le système juridique de certains pays européens, tel l'Allemagne d'ailleurs, n'est pas adapté aux

exigences posées par la CJCE dans son arrêt *Rüffert* (cf. Fabienne Jault-Seseke, « Le détachement. Au nom de la libre prestation de services, la CJCE limite les moyens de lutte contre le dumping social », précité). Ces pays devront, s'ils le souhaitent, prévoir l'application d'un salaire minimal aux travailleurs étrangers détachés chez eux par un texte législatif ou réglementaire ou par une convention collective déclarée d'application générale - en attendant la fixation d'un salaire minimal européen (?)... Plus généralement, sur la question de la compatibilité de la réglementation française applicable aux détachements transnationaux, avec le droit européen, cf. Jean-Philippe Lhernould, « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs », précité.

Annexes

SALAIRE – Egalité de traitement – Justification d'une différence (oui) – Statut juridique différent – Travailleurs permanents et travailleurs intermittents.

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 28 avril 2006

DEMD Productions contre **M.** (pourvoi n° 03-47.171)

Attendu que Mme M., employée de la société Pathé télévision, a été licenciée pour motif économique le 26 mars 2001 ; (...)

Mais sur le premier moyen :

Vu le principe à travail égal salaire égal, ensemble les articles L. 133-5, 4°, L. 136-2, 8° et L. 140-2 du Code du travail ;

Attendu que pour juger qu'il y avait eu violation par l'employeur du principe à travail égal salaire égal et le condamner au paiement d'un rappel de salaire, l'arrêt énonce que le travail confié étant comparable, la société ne conteste pas qu'à compter de décembre 1999, date à laquelle Mme M. a substitué à son statut d'intermittente du spectacle un contrat à durée indéterminée, la salariée a perçu une rémunération équivalente à 2 770 francs (422,28 euros) par

semaine tandis que Mme L. percevait un salaire de 4 000 francs (609,80 euros) par semaine ; que la société justifie cette inégalité de salaire par le fait que Mme L. restait soumise, en tant qu'intermittente du spectacle, à un statut précaire alors que Mme M., intégrée au personnel permanent de la société, bénéficiait d'avantages tels que la mutuelle, les tickets-restaurants ou le plan épargne entreprise ; que, cependant, cette différence de traitement est inhérente à la différence de situation juridique entre les deux salariées au regard du contrat de travail, situation qui résulte de leur choix, et ne constitue pas un élément objectif justifiant une discrimination dans la rémunération de la prestation de travail fournie par chacune ; que l'inégalité de salaire ne saurait non plus être justifiée, comme allégué par la société, par l'expérience diversifiée de Mme L. au sein de plusieurs

sociétés de production et de son antériorité de deux ans par rapport à Mme M. au sein de la société, celle-ci ayant en effet été embauchée comme cadre ; qu'il ressort de ces éléments que Mme M. rapporte la preuve d'une discrimination salariale à son préjudice ;

Attendu, cependant, qu'il n'y a pas méconnaissance du principe "à travail égal salaire égal" lorsque l'employeur justifie par des raisons objectives la différence des rémunérations allouées aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale ; que pour l'application de ce principe, la rémunération d'un même emploi, à condition de ne pas être inférieure à celle d'un salarié occupant cet emploi sous contrat de travail à durée indéterminée, peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'en l'espèce le statut d'intermittent du spectacle d'une salariée, ainsi que son ancienneté non prise en compte par ailleurs, pouvaient justifier à son seul profit la différence de rémunération, la Cour d'appel a violé les textes visés ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article 625 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que la cassation du chef de l'arrêt qui a condamné la société DEMD à payer un rappel de salaire à Mme M. entraîne par voie de conséquence nécessaire la cassation du chef de l'arrêt qui a condamné la société à verser un complément d'indemnité de licenciement ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a condamné la société DEMD à payer à Mme M. un rappel de salaire et un rappel d'indemnité de licenciement, l'arrêt rendu le 19 septembre 2003, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, 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. Sargos, prés. - M. Bouret, cons. rapp. - M. Legoux, av. gén. - SCP Gatineau, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

SALAIRE – Egalité de traitement – Justification d'une différence (non) – Statut juridique différent – Fonctionnaires et agents contractuels de droit privé.

Deuxième espèce :

COUR DE CASSATION (Ass. plén.) 27 février 2009

La Poste contre P. (pourvoi n° 08-40.059)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 21 novembre 2007), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-41.919), que la direction générale de l'établissement public national La Poste (La Poste) a décidé de regrouper l'ensemble des primes et indemnités versées à son personnel sous la forme d'un complément indemnitaire dit "complément poste" en 1993, pour les agents fonctionnaires, puis en 1995, pour les agents contractuels de droit privé ; que M. P., agent contractuel de droit privé, soutenant que La Poste n'avait pas respecté les dispositions de la délibération du conseil d'administration du 25 janvier 1995 qui ont étendu le bénéfice du complément indemnitaire aux agents contractuels de droit privé, a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement du montant de la prime bi-annuelle versée aux fonctionnaires ; (...)

Et, sur le moyen, pris en sa première branche :

Attendu que La Poste fait grief à l'arrêt d'avoir statué comme il l'a fait, alors, selon le moyen, que l'employeur n'est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés que s'ils sont placés dans une situation identique ; que le personnel de La Poste est constitué d'agents fonctionnaires relevant du statut de la fonction publique et d'agents contractuels de droit privé soumis aux dispositions du code du travail et à la convention commune "La Poste-France Télécom" ; que cette différence objective de situation entre les fonctionnaires et les agents contractuels de droit privé justifie que le complément poste de certains fonctionnaires puisse être versé, en partie, au moyen d'un complément bi-annuel, et que celui des agents contractuels de droit privé relève d'un seuil minimal fixé dans le cadre d'accords salariés librement et annuellement négociés avec les syndicats ; qu'en affirmant que La Poste "ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celle (de l'agent concerné) et des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires", et en exigeant ainsi que le complément poste versé au salarié soit identique dans son montant et ses modalités de versement à celui des agents fonctionnaires ayant des fonctions similaires, la Cour d'appel a violé, par fausse application, les articles L. 140-2, L. 133-5.4 et L. 122-45 du code du travail, et,

par refus d'application, l'instruction du 25 février 1994, la décision du 25 janvier 1995, et la décision n° 717 du directeur de La Poste du 4 mai 1995 ;

Mais attendu que si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé ;

Et attendu qu'ayant relevé que le "complément poste" regroupant l'ensemble des primes non spécifiques de la fonction publique mis en place, pour les agents fonctionnaires, par décision du directeur de La Poste du 27 avril 1993, avait été étendu aux agents contractuels de droit privé par décision du 25 janvier 1995, qu'à compter de cette date, le montant de ce "complément poste" versé aux salariés de droit privé avait été inférieur à celui versé aux fonctionnaires jusqu'à ce que des accords conclus en 2001 et 2003 comblent l'écart existant, que l'objet de ce "complément poste" était défini non par référence aux catégories juridiques mais comme venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste et que M. P. effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions, et retenu que La Poste ne fournissait pas d'explication sur le niveau annuel inférieur du "complément poste" servi à celui-ci, ce dont il résultait que la différence de traitement pour la période se situant entre 1998 et 2003 n'était justifiée par aucune raison objective pertinente, la Cour d'appel a exactement décidé que le principe "à travail égal salaire égal" avait été méconnu ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Lamanda, pr. prés. - M. Mas, rapp. - Mme Petit, pr. av. gén. - SCP Deffrénois et Levis, M^e Jacoupy, av.)

SALAIRE – Egalité de traitement – Travailleur migrant dans l’Union européenne – Libre circulation – Calcul de l’ancienneté.

Troisième espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 mars 2009
D. contre SNCF (pourvoi n° 08-40.381)

Attendu, selon l’arrêt attaqué, que M. D., ressortissant communautaire, a été engagé en 1992 par la société nationale des chemins de fer belge (SNCB) au sein de laquelle il a exercé les fonctions de chef de bord, puis à compter de 1998 de sous-chef de gare ; que s’étant installé en France en 2000, il a postulé, le 19 juillet 2000, au sein de la société nationale des chemins de fer français (SNCF) à des postes similaires à ceux qu’il avait occupés à la SNCB ; que sa candidature a été retenue le 19 novembre 2001 et, par contrat du 7 janvier 2002, il a été embauché par la SNCF comme contractuel relevant de l’annexe C du R PS 25 en qualité d’agent annexe CPS 25 technicien circulation” et affecté à Nîmes avec une période d’essai de trois mois ; qu’il a ensuite demandé à son employeur d’examiner sa situation en vue d’une incorporation au cadre permanent en qualité de technicien transport mouvement ; qu’estimant avoir fait l’objet d’un traitement discriminatoire de la part de la SNCF par restriction à son droit à la libre circulation des travailleurs garantie par l’article 39 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après “Traité CE”), il a saisi la juridiction prud’homale aux fins d’obtenir la condamnation de la SNCF à lui payer diverses sommes ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles 39 du Traité CE et 7, § 1, du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l’intérieur de la Communauté (ci-après le “règlement 1612/68”) ;

Attendu qu’il résulte de ces textes que la libre circulation des travailleurs, qui est assurée à l’intérieur de la Communauté européenne, suppose que le travailleur ressortissant d’un Etat membre ne puisse, sur le territoire des autres Etats membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d’emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement ou de réintégration professionnelle ou de réemploi s’il est tombé en chômage ;

Attendu que, pour débouter M. D. de sa demande en paiement d’un rappel de salaire pour ancienneté, l’arrêt retient qu’aucune disposition du statut des relations collectives entre la SNCF et son personnel (ci-après le “statut”), n’oblige la SNCF à tenir compte de l’ancienneté acquise par le salarié dans une autre entreprise pour la fixation du salaire ; que cette règle s’applique indistinctement aux nationaux et aux ressortissants communautaires, en sorte que le grief de discrimination salariale en raison de sa nationalité n’est pas fondé ;

Qu’en statuant ainsi alors que, lorsqu’une disposition d’un statut réglementaire national applicable au sein d’une entreprise publique prévoit, pour les employés de cette

entreprise, un avancement tenant compte de l’ancienneté dans une catégorie de rémunération déterminée par ledit statut, le travailleur migrant doit pouvoir se prévaloir efficacement des périodes d’emploi, dans un domaine d’activité comparable, accomplies antérieurement au service d’une entreprise publique d’un autre Etat membre, la Cour d’appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le second moyen :

Vu les articles 39 du Traité CE et 7, paragraphe 1, du règlement 1612/68 ;

Attendu que pour débouter M. D. de ses demandes en paiement de dommages-intérêts en raison, d’une part, du refus de son employeur de l’incorporer au cadre permanent de la SNCF et, d’autre part, de l’obligation qui lui a été faite de satisfaire à un concours et à un stage d’essai avant son recrutement statutaire, l’arrêt retient d’abord, que le salarié avait dépassé la limite d’âge prévue par le statut lorsqu’il a présenté sa demande, ensuite, que cette limite d’âge s’applique indistinctement à tout candidat qu’il soit national ou ressortissant d’un Etat membre de la Communauté et, enfin, qu’aucune disposition du statut ne permettant de faire bénéficier un candidat français de son ancienneté, de son expérience et de ses qualifications acquises dans une autre entreprise pour accéder à un emploi statutaire au sein de la SNCF, l’ancienneté, l’expérience et les qualifications de M. D. au sein de la SNCB ne pouvaient être prises en compte sous peine d’accorder à ce salarié plus de droits que ne pouvaient en disposer les ressortissants français ; que les règles statutaires, qui s’appliquent indistinctement au national et au ressortissant communautaire, ne seraient dès lors ni discriminatoires ni contraires au droit communautaire ;

Qu’en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors qu’une entreprise publique d’un Etat membre ne peut, à l’occasion du recrutement de son personnel, refuser de tenir compte de l’ancienneté, de l’expérience et des qualifications acquises antérieurement dans un domaine d’activité comparable, au service d’une entreprise publique d’un autre Etat membre, la Cour d’appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l’arrêt rendu le 21 novembre 2007, entre les parties, par la Cour d’appel de Montpellier ; remet, en conséquence, 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 Toulouse.

(Mme Collomp, prés. - Mme Pécaut-Rivolier, rapp. - M. Lalonde, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e de Nervo, av.)