

Egalité de traitement et différences de statut (suite et fin*)

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



Deuxième partie : Egalité de traitement et différences de statut conventionnel

En droit du travail, il est traditionnel de distinguer trois sources principales : la loi, le contrat de travail, et le statut collectif en vigueur dans l'entreprise (1). Ce statut collectif est composé d'une part des normes unilatérales patronales – tels les engagements unilatéraux de l'employeur et les usages de l'entreprise ; et, d'autre part, des conventions et accords collectifs de travail.

S'agissant des normes unilatérales patronales, le principe est que « si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient définies et contrôlables » (2). Les engagements unilatéraux de l'employeur et les usages de l'entreprise sont ainsi soumis au principe de l'égalité de traitement – sous l'œil vigilant des juges.

Ainsi, une prime annuelle ne pourra pas être versée au seul personnel non roulant d'une entreprise de

transport (3), pas plus que l'octroi de tickets restaurant ne pourra être réservé au personnel non cadre – l'employeur ne justifiant « d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité » (4). C'est également en ce sens qu'il convient, selon nous, d'interpréter l'arrêt *OEHC* du 19 juin 2007 (5). En effet, dans cet arrêt, la Chambre sociale condamne – au nom de l'égalité de traitement – l'engagement d'un repreneur de réserver le bénéfice d'avantages à caractère collectif en vigueur dans l'entreprise transférée (6) aux seuls salariés présents à la date du transfert. Cet engagement trouvait sa source dans le contrat d'affermage conclu entre un district (celui de Bastia) et le repreneur de la gestion du service public de la distribution d'eau potable (*OEHC* prenant la suite de Vivendi). Cet engagement devait bel et bien recevoir la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur – son objet étant le maintien d'avantages collectifs (7). Il était donc soumis au principe de l'égalité de traitement – violé par le repreneur en l'espèce.

(*) La première partie de cet article a été publiée au *Droit Ouvrier*, septembre 2009, p. 425.

- (1) Cf. notamment Philippe Waquet, « Contrat de travail et statut collectif », *RJS* 1994, 399.
- (2) Soc. 18 janvier 2000, *Bull. civ.*, V, n° 25.
- (3) Soc. 19 mai 2004, n° 03-41.562
- (4) Soc. 20 février 2008, *Bull. civ.*, V, n° 39.
- (5) Soc. 19 juin 2007, *Dr. Ouv.* 2007, 559. Cf. Isabelle Meyrat, « Le sort des avantages issus du statut collectif à l'épreuve du principe "à travail égal, salaire égal" », *Dr. Ouv.* 2007, 556 et le

Rapport de M. le Conseiller Pierre Bailly publié à la *Sem. Soc.* Lamy n° 1314 du 2 juillet 2007, 8.

- (6) En l'espèce, il s'agissait de dispositions relatives aux grilles, aux indices, à l'avancement et aux primes applicables au personnel en vertu de l'accord d'entreprise ou de la convention collective de l'entreprise transférée, lui étendant le bénéfice de certaines dispositions du statut d'EDF.
- (7) Alors qu'en cas de mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif, la loi ne prévoit, à certaines conditions, que le maintien des avantages *individuels* acquis. Cf. art. L. 2261-14 (L. 132-8 dernier al.) du Code du travail.

Enfin, le récent arrêt d'Assemblée plénière, *La Poste* (8), conforte lui aussi l'idée selon laquelle tout engagement unilatéral de l'employeur est soumis à l'exigence d'égalité de traitement.

S'agissant des conventions et des accords collectifs de travail, la situation est nettement plus complexe. Jusqu'où doit aller la liberté des acteurs de la négociation collective ? Sont-ils, eux aussi tenus, de respecter l'égalité de traitement ? Pour certains, « *il conviendrait d'admettre que l'accord collectif peut à lui seul justifier des différenciations (...) sans qu'il soit nécessaire d'une justification supplémentaire* » (9). Autant dire que les juges n'auraient pas à vérifier la pertinence des différenciations de traitement pour des situations de travail identiques, à partir du moment où celles-ci seraient instituées par convention collective (10).

Ni le droit européen, ni le Code du travail français ne l'entendent – fort heureusement – de cette oreille. La CJCE refuse de considérer que le recours à un accord collectif permettrait de s'affranchir du principe d'égalité de traitement. Elle affirme, au contraire, que le principe « *à travail égal, salaire égal* » est susceptible d'être invoqué dans le cas de différences de rémunération qui ont directement leur source dans des conventions collectives du travail (11). Quant au Code du travail, il donne toujours pour mission à la Commission nationale de la négociation collective de « *suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe « à travail égal, salaire égal » (...) et du principe d'égalité de traitement entre les salariés (...)* » (12).

Cette soumission des conventions et des accords collectifs de travail au principe d'égalité de traitement (13) ne surprend guère, tant elle paraît logique. Elle soulève cependant deux catégories de questions qui méritent une attention particulière. Il s'agit tout d'abord du point de savoir quel doit être le périmètre de comparaison des droits supposés égaux – le jeu de la négociation collective étant susceptible de perturber ce

périmètre (A). Il s'agit ensuite des modalités de déclinaison, par la jurisprudence, du principe d'égalité de traitement appliqué aux droits conventionnels (B).

A. Le périmètre de comparaison des droits conventionnels

La convention collective a d'abord été le fruit de la pratique – les syndicats cherchant à restaurer au niveau collectif un équilibre qui fait défaut au plan des relations individuelles de travail (14). L'Etat n'est cependant pas demeuré indifférent puisqu'en 1919 (15), il a doté les conventions et les accords collectifs de travail d'une force obligatoire (16). Plus encore, par la technique de l'extension imaginée en 1936 (17), le législateur a imposé le respect des conventions collectives pour tous les employeurs relevant d'une même branche d'activité.

La convention collective s'est ainsi vue dotée d'un « *rôle de police sociale de la concurrence* » (18). « *Les entreprises appartenant à une même branche d'activité opèrent en effet sur les mêmes marchés, où elles se trouvent en compétition. Dès lors qu'elle est liée par une convention de branche, une entreprise ne peut plus rechercher un avantage comparatif sur ses concurrentes dans une baisse comparative des salaires ou des conditions de travail. Dès lors la concurrence entre les entreprises de la branche ne peut plus porter que sur la qualité de leurs produits ou de leurs services* » (19).

Le droit des conventions collectives de travail est donc, à ses débuts et pendant de longues années, intimement lié à l'objectif d'égalité de traitement entre salariés – via l'égalisation dans le progrès des règles de la concurrence entre entreprises appartenant à une même branche d'activité. Il en résulte qu'« *à la négociation collective [...] est, de tradition, confiée une mission de promouvoir une certaine égalité entre travailleurs salariés* » (20).

A partir de 1971 (21) et, plus nettement encore de 1982 (22), la négociation collective s'est vue

(8) Ass. Plén. 27 février 2009, *La Poste*, reproduit en annexe de la première partie du présent article au Dr. Ouv. sept. 2009 p. 442.

(9) Michel Morand, « Statut collectif et égalité de rémunération : analyse critique et prospective de la jurisprudence », JCP 2008, éd. E, 1754, sp. n° 19.

(10) Voir par décision unilatérale de l'employeur – *Idem*, n° 15.

(11) Cf. notamment CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/45 Rec. CJCE 1976, 455 ; Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ? », JCP 2006, éd. E, 1909.

(12) Article L. 2271-1 (L. 136-2) du Code du travail.

(13) Cf. notamment Elisabeth Laherre, « Le statut collectif sous la présence de l'égalité de traitement », *Sem. Soc. Lamy* n° 1304 du 23 avril 2007, 7 ; Michel Morand, « Statut collectif et égalité de rémunération : analyse critique et prospective de la jurisprudence », précité.

(14) Sur les grandes lignes de l'évolution du droit de la négociation collective qui nous intéressent ici, cf. notamment Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud et Gilles Auzero,

Droit du travail, Précis Dalloz, 24^e éd. 2008, 1299 et ss ; Michel Despax, « Les paradoxes de la négociation collective d'entreprise », *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, 281 ; et Jean Pélissier, « Droit des conventions collectives : évolutions ou transformations », *Mélanges Maurice Verdier*, Dalloz 2001, 95.

(15) La reconnaissance de l'effet normatif des conventions collectives date d'une loi du 23 mars 1919.

(16) Intervention nécessaire en raison de l'effet relatif des conventions.

(17) Loi du 24 juin 1936.

(18) Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud et Gilles Auzero, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24^e éd. 2008, n° 1033.

(19) *Idem*.

(20) Antoine Lyon-Caen, « "A travail égal, salaire égal". Une règle en quête de sens », *RDT* 2006 p. 16, spec. p. 18.

(21) La loi du 13 juillet 1971 élargit le domaine de la négociation collective à l'entreprise et à l'établissement.

(22) Loi du 13 novembre 1982.

décentralisée : son centre de gravité est moins, aujourd'hui, la branche que l'entreprise. Par ailleurs, elle s'est vu attribuer une autonomie par rapport à la loi, avec la multiplication des facultés de dérogation *in pejus*. Dès lors la question de l'égalité de traitement a pris une tout autre allure. Désormais, la négociation collective sert moins à unifier le statut de salarié (et les règles de la concurrence entre entreprises) qu'à permettre de le différencier ; la loi du 4 mai 2004 parachevant l'évolution en permettant aux accords collectifs d'entreprise de s'affranchir des conventions et accords d'un niveau supérieur (23). Résultat : « *La négociation collective constate moins de différences qu'elle ne les conçoit et les construit* » (24). Le développement et le débridement de la négociation collective d'entreprise est finalement à l'origine d'une mutation de grande ampleur dans les rapports entre conventions collectives et égalité de traitement.

Dans ce contexte renouvelé, se pose la question de savoir si la production normative conventionnelle décentralisée (25) est susceptible de mettre en échec le principe de l'égalité de traitement. A l'évidence, oui. Mais dans quelle proportion ? La réponse à cette question dépend de la délimitation du périmètre de comparaison des droits conventionnels des salariés travaillant dans une situation semblable. Il n'est pas question d'élargir ce périmètre aux différentes branches d'activités, ni aux différentes entreprises appartenant à une même branche d'activité – puisque les négociations par branche et par entreprise sont reconnues et consacrées par la loi (26). Plus plausible est de considérer que le périmètre de comparaison est ni plus ni moins que l'entreprise (27). Cependant la notion d'entreprise est extrêmement fuyante : « *notion toujours employée mais jamais définie, l'entreprise n'est [...] pas un concept juridique mais un instrument de référence se prêtant à toutes les conjugaisons* » (28).

Doit-on alors considérer, avec M. Gilles Auzero (29), que le périmètre pertinent pour la comparaison, notamment des droits conventionnels, n'est autre que la personne morale employeur (30) – c'est-à-dire le plus souvent la société au sein de laquelle travaillent les salariés ? Plus vraisemblablement, oui. Mais c'est pour ajouter, comme le fait d'ailleurs cet auteur, que la

négociation collective elle-même est susceptible de perturber ce schéma classique. En effet, si le concept d'entreprise ne se prête pas à une définition juridique uniforme applicable en toute circonstance, le droit du travail n'en fournit pas moins des représentations utiles notamment s'agissant des relations collectives de travail. En droit collectif du travail, l'entreprise peut être démembrée (1°) ou recomposée (2°) – au risque de créer quelques perturbations avec le travail d'identification de l'employeur tenu au respect de l'égalité de traitement. Ce problème n'est cependant pas insurmontable. Comme le souligne M. Antoine Lyon-Caen, « *de la détermination du débiteur des obligations patronales, il faut distinguer une autre aspiration, celle d'étendre au-delà de l'organisation qui est sous la maîtrise directe de l'employeur, l'espace d'exécution des obligations* » (31) – comme c'est le cas aujourd'hui avec l'obligation de reclassement. Dans cet esprit, pourquoi ne pas admettre la délimitation d'un périmètre d'appréciation de l'égalité de traitement indépendante de la détermination de la personne morale employeur débitrice de l'obligation d'égalité de traitement ?

1° L'entreprise démembrée

Il s'agit ici de s'interroger sur l'articulation entre égalité de traitement et négociation décentralisée dans les différents établissements que peut comporter une entreprise. A cet égard, la jurisprudence a livré des précisions, tant en ce qui concerne le contenu des accords d'établissement (a) que celui des accords d'entreprise (b), dans les entreprises à établissements multiples.

a) Les conventions et accords d'établissement dans l'entreprise à établissements multiples

Dès 1999, autant dire trois ans seulement après l'arrêt *Ponsolle*, La Chambre sociale a eu à se poser la question de savoir s'il était possible, en présence de situations identiques dans deux établissements distincts d'une même entreprise, que des droits conventionnels soient institués en faveur des salariés de l'un, et refusés aux salariés de l'autre. Ainsi, dans l'arrêt *EDF* du 27 octobre 1999 (32), la Cour de cassation décide, au visa de l'article L. 132-19 (L. 2321-6) du Code du travail, que « *la négociation collective au sein d'un établissement*

(23) Art. L. 2253-3 (L. 132-23) du Code du travail.

(24) Antoine Lyon-Caen, « "A travail égal, salaire égal". Une règle en quête de sens », précité, p. 18.

(25) Dans l'entreprise, l'établissement, le groupe...

(26) Encore que... la situation est peut-être susceptible d'évolution au regard de la jurisprudence sur la négociation dans le cadre de l'établissement distinct - cf. *infra*.

(27) Cf. Gilles Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », *Dr. Soc.* 2006 p. 822, spec. p. 823

(28) Alain Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *Rev. tr. Dr. Com.* 1985, 622.

(29) « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », précité, sp. p. 823

(30) Débitrice de l'obligation d'égalité de traitement.

(31) « L'UES sauvée de ses excès. A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 mai 2007 », *Sem. Soc.* Lamy n° 1318 du 3 septembre 2007, 9, n° 5.

(32) Arrêt reproduit à la suite de l'article de M. Gérard Couturier, « Négociation d'établissement et discriminations entre les salariés », *Dr. Soc.* 2000, 185 ainsi qu'au *Dr. Ouv.* 2003, 489.

distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise » ; « il en résulte que des salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne peuvent faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficient pas des dispositions de cet accord ».

La solution de principe ne peut surprendre : elle trouve une assise légale dans la reconnaissance, par le législateur, de l'établissement comme niveau de négociation et de conclusion des conventions et des accords collectifs (33). Cet arrêt n'en a pas moins suscité des interrogations en doctrine : n'autorise-t-il pas l'employeur à « s'affranchir à bon compte du principe d'égalité de traitement » (34) ? « Se ranger à la thèse selon laquelle l'autonomie de l'établissement doit prévaloir sur le principe d'égalité de traitement équivaut à accepter une source d'arbitraire patronal, que l'existence d'une négociation ne suffit pas à écarter » (35). C'est tout le problème posé par l'étendue du contrôle judiciaire en matière d'égalité de traitement : des différences de traitement instituées par accords d'établissement sont possibles – doivent-elles être contrôlées ?

La Cour de cassation n'a pas hésité à répondre par l'affirmative. Dans un premier temps, en 2006, elle a indiqué que : « un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, **compte tenu de leurs caractéristiques** (36), des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement » (37). La formule restait relativement vague. Dans un second temps, par arrêt en date du 21 janvier 2009, la Chambre sociale a précisé que : « il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (38). En l'espèce, la Haute juridiction condamne la Société Radio France qui, sans justification pertinente, pratiquait un « abattement de zone » de 0,70 % du salaire brut des salariés de Radio France Hérault, conduisant pour certains de ces salariés à une rémunération inférieure de 30 %.

Non sans une certaine audace, la Cour de cassation a donc placé les conventions et les accords d'établissement sous contrôle : les négociateurs devront s'assurer que les différences de traitement instituées par eux, au moyen d'accords d'établissement, reposent sur des considérations objectives et pertinentes. Et ce sera à l'employeur, débiteur de l'obligation d'égalité de traitement, d'en apporter la preuve.

La solution doit être saluée (39) car elle tient compte de la finalité de la négociation par établissement : « la négociation au niveau des établissements n'a de sens et d'intérêt que parce que ces établissements présentent des spécificités qui les distinguent » (40).

Il faut finalement retenir que la négociation par établissement entre pleinement dans le giron du principe de l'égalité de traitement – solution susceptible de favoriser la suppression des disparités salariales injustifiées entre salariés exerçant un travail de valeur égale dans différents établissements d'une même entreprise.

b) La convention et l'accord d'entreprise dans l'entreprise à établissement multiples

Il s'agit maintenant de déterminer s'il est possible, par accord d'entreprise, d'instituer un traitement différent pour des salariés travaillant dans des établissements différents, notamment par renvoi, pour certains d'entre eux seulement, à une négociation par établissement. Ici, la différence de traitement n'est pas, comme envisagé précédemment, le résultat de négociations spécifiques menées dans le cadre de chacun des établissements, mais elle est la conséquence d'un accord conclu au niveau de l'entreprise. La réponse à cette question fait débat, en particulier depuis que la Cour de cassation a livré sa position.

Les salariés de l'établissement Carrefour-Lormont (Gironde) demandaient un rappel de salaire au motif que leurs collègues de l'établissement Carrefour-Mérignac, situé à quelques kilomètres seulement, exerçaient les mêmes fonctions mais percevaient un salaire supérieur. Au soutien de sa défense, la société Carrefour invoquait un accord d'entreprise signé en 1985 prévoyant que ses dispositions relatives à la rémunération ne seraient applicables qu'aux établissements ouverts avant le 11 juillet 1985 – ce qui était le cas du magasin Carrefour de Mérignac. Pour les autres, la rémunération serait

(33) Article L. 2321-6 (L. 132-19) du Code du travail.

(34) Gilles Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », précité, p. 824.

(35) Thérèse Aubert-Monpeyssen, « Principe "à travail égal, salaire égal" et politiques de gestion des rémunérations », Dr. Soc. 2005 p. 18, n° 29.

(36) Souligné par nous.

(37) Soc. 18 janvier 2006, *Sogara (Carrefour)*, Dr. Ouv. 2006, 491, note Arnaud de Senga.

(38) Soc. 21 janvier 2009, *Radio France*, Dr. Soc. 2009, 406, en annexe à l'article de M. Christophe Radé « Variations autour de la justification des atteintes au principe "à travail égal, salaire égal" » ainsi qu'au Dr. Ouv. 2009, 399.

(39) En ce sens, obs. de M. Christophe Radé sous Soc. 18 janvier 2006, Dr. Soc. 2006, 449. Cf. également Gilles Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », précité.

(40) Gilles Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », précité, p. 824.

négociée annuellement par établissement, en fonction des performances économiques de chaque magasin – comme dans le magasin Carrefour de Lormont.

La Cour d'appel de Bordeaux avait donné raison aux salariés en considérant que l'accord d'entreprise de 1985 avait pour effet de créer une « *discrimination illicite* » en matière salariale (41). Cette décision est cassée par la Chambre sociale dans un arrêt *Sogara (Carrefour)* en date du 18 janvier 2006 (42). Sur la forme, la motivation des juges d'appel n'était effectivement pas convaincante dans la mesure où elle confondait discrimination illicite et différence de traitement injustifiée (43). Dans son attendu de principe, la Cour de cassation va donc rappeler « *qu'une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas en elle-même une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 [L. 1132-1] du Code du travail* ». Sur le fond, la Haute juridiction ajoute, au visa de l'article L. 132-19 (L. 2321-6) du Code du travail, qu'« *un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement* ».

Certains commentateurs ont salué, avec plus ou moins de conviction, cette solution qui s'appuie sur la liberté de négociation dans le cadre de l'entreprise ou de l'établissement – ce d'autant que la Cour de cassation pose la réserve de l'existence de « *caractéristiques* » propres à chacun des établissements (44). D'autres commentateurs ont émis de sérieuses réserves (45). Tout d'abord, on peut ne pas être convaincu de la « *caractéristique* » prise en compte en l'espèce par l'accord d'entreprise, avec l'approbation de la Cour de cassation, à savoir la date de création des différents établissements composant l'entreprise. La considération est objective. Est-elle pour autant pertinente ? Rien de moins sûr.

Il faut se rappeler, à ce propos, que le législateur a cru bon d'indiquer, s'agissant de la négociation dans le cadre du groupe de société, que les parties à la convention ou à l'accord de groupe ont le droit d'en limiter la portée à une partie seulement des entreprises constitutives du groupe (46). Si une telle précision se trouve dans le Code du travail, cela veut dire qu'il ne relève pas de l'évidence

qu'une convention ou un accord d'entreprise puisse ne concerner que certains des établissements entrant *a priori* dans son champ d'application.

Par ailleurs, une chose est d'admettre que des différences de traitement puissent être instituées par accords d'établissement, en fonction de considérations propres à chacun d'eux ; autre chose est d'accepter que des accords d'entreprise se déclarent inapplicables à certains établissements, sur la base de critères aussi farfelus que leur date de création. Les accords d'entreprise ont pour objet de définir un statut collectif commun à tous les salariés de l'entreprise, en fonction des spécificités de celle-ci. Les accords d'établissement sont là pour permettre, si besoin, une adaptation encore plus fine, en considération cette fois des caractéristiques de chaque établissement. En suivant cette logique, le principe de l'égalité de traitement aurait pu/dû être utilisé en janvier 2006 par la Cour de cassation, pour refuser qu'un accord d'entreprise ne limite le champ d'application de certaines de ses dispositions à seulement certains des établissements de l'entreprise, cela en fonction de leur date de création - quand bien même cet accord opère un renvoi à la négociation d'établissement dans les autres.

A tout le moins, ce qui heurte frontalement l'entendement dans cet arrêt *Sogara (Carrefour)* de la Cour de cassation, c'est qu'elle se soit contentée du critère de la date de création de l'établissement pour admettre une différence de traitement.

Pour l'heure, le risque est que cet arrêt fasse des émules auprès des chefs d'entreprise à établissement multiples... Jusqu'où ira-t-on dans l'émiettement organisé du statut collectif des salariés ?

2° L'entreprise recomposée

Réalisme oblige, le droit du travail offre des perceptions singulières de l'entreprise, au-delà des montages opérés grâce au droit des sociétés (47). C'est le cas avec la notion d'unité économique et sociale (a) ou de groupe (b) – toutes deux susceptibles d'avoir des incidences sur le périmètre d'appréciation de l'égalité de traitement.

a) L'unité économique et sociale

La notion d'unité économique et sociale (48) (UES) est de création jurisprudentielle, en réaction à des

(41) Cour d'appel de Bordeaux, 21 juin 2003, Dr. Ouv. 2003, 489, obs. Francis Saramito.

(42) Soc. 18 janvier 2006, *Sogara (Carrefour)*, Dr. Ouv. 2006, 491, prec. ; RDT 2006, 38, obs. Hélène Tissandier ; Dr. Soc. 2006, 449, prec. ; JCP 2006 éd. G, II, 10055, note Danièle Corrigan-Carsin.

(43) Cf. *supra*, introduction, Dr. Ouv. sept 2009, 425.

(44) Cf. les obs. de M. Christophe Radé et la note de Mme Danièle Corrigan-Carsin, précitées, concernant l'arrêt *Sogara (Carrefour)*.

(45) Cf. la note de M. Arnaud de Senga et les obs. de Mme Hélène Tissandier, précitées, concernant l'arrêt *Sogara (Carrefour)*.

(46) Article L. 2232-30 du Code du travail.

(47) Cf. Alain Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », prec.

(48) Cf. notamment Isabelle Desbarrats, « La notion d'unité économique et sociale en droit du travail », *Mélanges Despax*, 75 ; Gérard Couturier, « L'unité économique et sociale – Trente ans après » Sem. Soc. Lamy n° 1140 du 20 octobre 2003, 56 ; Bernard Boubli, « Unité économique et sociale : Etat des lieux et souhaits de réforme », *Juris. Soc. Lamy* n° 150-151 du 1^{er} sept. 2004, 2 ; Antoine Lyon-Caen « L'UES sauvée de ses excès. A propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 mai 2007 », *Sem. Soc. Lamy* n° 1318 du 3 sept. 2007, 9.

pratiques frauduleuses consistant à éclater une entreprise en plusieurs entités juridiques distinctes (49) de manière à échapper aux seuils d'effectifs – si nombreux en droit de la représentation du personnel (50). Cette notion prétorienne a reçu une première consécration légale en 1982 (51). Depuis, l'UES s'est émancipée du droit à la représentation du personnel au point de participer désormais à l'une des modalités d'identification de l'« entreprise » en droit du travail (52). Elle peut être reconnue (53) par convention (54) ou par décision de justice.

Schématiquement, les critères de l'UES sont : des organes dirigeants communs, des activités identiques ou complémentaires, l'existence d'une communauté de travail – gestion centralisée du personnel, identité de statut conventionnel, permutabilité du personnel d'une entité juridique à l'autre, etc. L'énumération de ces indices suffit à montrer que la question de l'égalité de traitement entre salariés effectuant un travail de valeur égale est susceptible de se poser dans l'UES – comme elle se pose, par exemple, dans l'entreprise à établissements multiples. Etant entendu que l'UES ne dispose pas de la personnalité juridique (55) ; pas plus qu'elle n'a été consacrée par le législateur comme niveau de négociation collective (56).

La Cour de cassation s'est assez récemment prononcée sur l'application de l'égalité de traitement dans une UES au travers d'un arrêt en date du 1^{er} juin 2005, *SA Plastic services* (57). En l'espèce, huit salariés d'une société appartenant à une UES avaient réclamé l'octroi de chèques-déjeuners et d'une prime de treizième mois que recevaient leurs collègues travaillant dans une autre société rattachée à la même UES. La Cour d'appel de Versailles avait accédé à leur demande au motif que les deux sociétés appartenaient à la même

personne et qu'elles devaient être considérées comme « co-employeurs » de l'ensemble des salariés de l'UES.

La Cour de cassation va rejeter ce raisonnement. Dans un attendu de principe, elle décide « *qu'au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir de comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement* ».

De cet arrêt il résulte que, pour la Cour de cassation, en principe, le respect de l'égalité de traitement ne s'apprécie pas au niveau de l'UES. Même à emploi comparable, un salarié travaillant dans l'une des entités juridiquement distinctes ne peut pas revendiquer les droits accordés à un collègue employé dans une autre des entités composant l'UES. La solution n'est pas surprenante : elle était déjà présente dans un arrêt de 2003 (58). De surcroît, elle est cohérente avec le périmètre d'appréciation de l'égalité de traitement dans les entreprises à établissement multiples (59).

Le principe posé par la Chambre sociale, le 1^{er} juin 2005, dans l'arrêt *SA Plastic services*, est toutefois assorti de trois catégories d'exceptions – signe que l'UES est susceptible d'influer sur ce périmètre d'appréciation. Il y a d'abord la réserve de la loi – qui, à l'occasion, se réfère à l'UES pour l'attribution de certains droits (60). Il y a ensuite la réserve de l'existence d'une convention ou d'un accord collectif commun. Précision importante : la Chambre sociale vient confirmer que l'UES est un niveau de négociation possible de conventions et d'accords

(49) Exemples : sociétés, associations.

(50) Cf. par exemple TGI de Paris, 14 nov. 1977, Dr. Ouv. 1977, 69 : société de travaux publics employant 8 500 salariés divisée en trente-neuf entités juridiquement distinctes pour éviter la création d'un comité central d'entreprise...

(51) Toujours en droit de la représentation du personnel : loi du 28 octobre 1982 - article L. 2322-4 (L. 431-1) du Code du travail.

(52) Exemples : les deux lois de passage à 35 heures hebdomadaires (13 juin 1998 et 19 janvier 2000) tiennent compte de l'effectif de l'unité économique et sociale pour fixer la date d'entrée en vigueur de la nouvelle durée légale du temps de travail ; la loi du 17 janvier 2002 prévoit la mise en place d'un service de santé au travail dans les unités économiques et sociales reconnues ; cette même loi invite à tenir compte des moyens de l'unité économique et sociale pour apprécier la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi, etc. Cf. également Soc. 2 juin 2004, *Maisonveve*, et 13 juillet 2004, *Sermeto*, Liaisons sociales, jp, n° 876 du 27 juillet 2004.

(53) Article L. 2322-4 (L. 431-1) du Code du travail.

(54) Accord unanime de tous les acteurs sociaux. Cf. Soc. 31 mars 2009 n° 08-60.494, D. 2009, AJ, 1147. Cf. également « La reconnaissance conventionnelle de l'UES », JCP, S, 1777.

(55) Soc. 16 décembre 2008, *Générali*, Dr. Ouv. 2009, 123 - Rapport de Mme Marie-Laure Morin (p. 117) et note de M. Pascal Rennes (p. 124). Cf. également Cour d'appel de Paris, 31 mai 2007, *Générali*, Dr. Ouv. 2007, 574, note Christophe Baumgarten ; et Antoine Lyon-Caen « L'UES sauvée de ses excès », précité.

(56) Alors même qu'il en a eu l'occasion en 2004, puisque la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 contient une partie relative au « dialogue social » et, qu'à ce titre, le législateur a consacré le groupe comme niveau de négociation collective - cf. *infra*. L'unité économique et sociale a, quant à elle, été superbement ignorée par cette récente loi.

(57) Soc. 1^{er} juin 2005, *SA Plastic services*, Dr. Ouv. 2006, 43, note Pascal Moussy ; Dr. Soc. 2005, 1049, obs. Christophe Radé ; JCP G 2005, II, 10092, note Pascal Lokiec ; Sem. Soc. Lamy n° 1219 du 13 juin 2005, note F.V.

(58) Soc. 2 décembre 2003, *Hassan Lamouri*, Dr. Soc. 2004, note Jean Savatier.

(59) Cf. *supra*.

(60) Cf. *supra*. Cf. également les illustrations donnée dans « Le principe "à travail égal, salaire égal" ne s'applique pas au niveau de l'UES », Sem. Soc. Lamy n° 1219 du 13 juin 2005, 12.

collectifs de travail (61), et que, dans ce cas, le principe de l'égalité de traitement trouve à s'appliquer (62). A ce propos, dans un arrêt *Générali* en date du 16 décembre 2008, la Cour de cassation a ultérieurement posé qu'un accord collectif reconnaissant une UES « peut étendre ses effets au-delà des institutions représentatives du personnel et créer des obligations pour les différentes entités juridiques composant l'UES » (63). Plus généralement, la Cour de cassation indique dans cet arrêt *Générali*, et pour la première fois, l'objet de la reconnaissance d'une UES. Il s'agit « d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs ». L'harmonisation des droits des salariés par convention collective d'UES, dans le respect de l'égalité de traitement, entre parfaitement dans cette vocation.

Enfin, dans son arrêt *SA Plastic services* du 1^{er} juin 2005, la Cour de cassation formule une dernière réserve : l'hypothèse où des salariés employés par des entités de l'UES juridiquement distinctes, travaillent néanmoins ensemble dans un même établissement – hypothèse assez fréquente en pratique (64). Ici encore, au-delà des montages juridiques décomposant l'UES en entités distinctes, le principe d'égalité de traitement trouvera à s'appliquer aux salariés effectuant un travail semblable. La solution, empreinte de réalisme, ne peut qu'être approuvée.

Au passage, il faut souligner que la jurisprudence relative à l'égalité de traitement dans l'UES tend à conforter l'idée que le travail de délimitation du périmètre d'appréciation de ce principe s'émancipe de la question de la détermination de l'employeur débiteur de l'obligation d'égalité de traitement. Evolution salutaire (65) !

b) Le groupe

Schématiquement, le groupe de sociétés se présente sous la forme suivante : des sociétés juridiquement distinctes (les sociétés filiales) sont placées sous le contrôle d'une même personne physique ou morale (la société dominante), la société dominante et ses filiales formant ensemble le groupe de sociétés. Il est possible

de considérer qu'il n'y a qu'une seule « entreprise » au plan économique et financier, même s'il y a plusieurs « entreprises » au sens premier du droit du travail. Précisément, la démarche du droit du travail a consisté à prendre en considération le fait que, dans un groupe, les sociétés dépendent d'un même centre de décision économique, et qu'il y a nécessairement des imbrications entre les diverses sociétés appartenant à un même groupe.

Le groupe de société apparaît ainsi comme une des représentations/reconstruction de l'entreprise en droit du travail. Et l'on trouve des règles qui, sans remettre totalement en cause l'autonomie des différentes sociétés composant le groupe, tissent des liens entre elles – générateurs de droits et d'obligations. Au plan des relations individuelles de travail, la situation juridique du salarié est parfois envisagée par référence à la pluralité des entreprises composant le groupe. Par exemple en cas de mutation d'un salarié au sein du groupe (66), ou encore pour la délimitation du champ d'application de l'obligation de reclassement (67). Ici encore « l'espace d'exécution » (68) de certaines obligations patronales s'étend au-delà de la détermination du débiteur de l'obligation.

Au plan des relations collectives de travail, le droit du travail a cherché à rétablir une corrélation entre les niveaux d'exercice du pouvoir patronal et les niveaux de la représentation du personnel. La loi du 28 octobre 1982 institue le comité de groupe (69). Puis la jurisprudence (70), suivie par la loi du 4 mai 2004, reconnaît le groupe comme niveau de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs de travail (71).

Le groupe de société étant reconnu en droit du travail, il convient de se poser la question de savoir s'il est possible, en présence de situations de travail identiques dans deux sociétés distinctes d'un même groupe, que des droits conventionnels soient institués en faveur des salariés de l'une, et refusés aux salariés de l'autre. La même cause produisant les mêmes effets (72), la réponse est positive : la négociation collective au sein de chacune des sociétés du groupe permet d'établir, par voie d'accord

(61) Solution déjà esquissée dans l'arrêt *Hassan Lamouri* en date du 2 décembre 2003, précité.

(62) Sous réserve, bien entendu, de différences de traitement justifiées par des motifs objectifs et pertinents.

(63) Soc. 16 décembre 2008, *Générali*, précité.

(64) Cf. Christophe Radé, obs. sous l'arrêt du 1^{er} juin 2005, précitées.

(65) Cf. Antoine Lyon-Caen, « L'UES sauvée de ses excès », précité.

(66) Cf. par exemple article L. 1231-5 (L. 122-14-8) du Code du travail

(67) Cf. par exemple, en cas de projet de licenciement pour motif économique, l'article 1233-4 (L. 321-1) du Code du travail.

(68) Antoine Lyon-Caen, « L'UES sauvée de ses excès », précité.

(69) Article L. 2331-1 et s. (L. 439-1 et ss) du Code du travail.

(70) Soc. 30 avril 2003, AXA, RJS 07/2003, n° 916 - Chronique de Mme Marie-Laure Morin, « Les accords collectifs de groupe », RJS 10/03, 743 ; Dr. Soc. 2003, 732, obs. Bernard Gauriau ; Dr. Ouv. 2003, 398, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(71) Article L. 2232-30 et ss (L. 132-19-1) du Code du travail. Cf. notamment Marie-Armelle Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés », Dr. Soc. 1991, 491 ; Marie-Laure Morin, « Les accords collectifs de groupe », précité ; Paul-Henri Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfactions et interrogations », Dr. Soc. 2004, 601 ; Bernard Teyssié, « Variations sur les conventions et accords collectifs de groupe », Dr. Soc. 2005, 643.

(72) Arrêt *EDF* du 27 octobre 1999 sur la négociation collective dans les entreprises à établissements multiples - cf. *supra*.

d'entreprise, des différences de traitement entre les salariés du groupe. Il n'est cependant pas à exclure que, comme en matière d'entreprise à établissements multiples, la jurisprudence exige que ces différences reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (73). Il n'est pas non plus à exclure que, cette fois comme en matière d'UES, l'égalité de traitement trouve à s'appliquer lorsque des salariés employés par des sociétés différentes appartenant à un même groupe, travaillent néanmoins dans un même établissement (74).

Par ailleurs, la négociation collective de groupe, qui a vocation à traiter des questions d'intérêt commun aux salariés des entreprises concernées (75), est susceptible de favoriser une égalité de traitement entre les salariés du groupe (76). D'ailleurs, il est logique de considérer que les négociateurs au niveau du groupe devront s'assurer que les différences de traitement éventuellement instituées par eux, au moyen de conventions ou d'accords de groupe, reposent sur des considérations objectives et pertinentes (77). Et ce sera à chaque société composant le groupe, débitrice de l'obligation d'égalité de traitement, d'en apporter la preuve.

Il faut souligner, à cet égard, que la négociation de groupe obéit à une règle particulière. Le Code du travail prévoit en effet que les parties à la convention ou à l'accord de groupe ont le droit d'en limiter la portée à une partie seulement des entreprises constitutives du groupe (78). Ici encore, il paraît logique de considérer que cette faculté ne doit pas contrevenir au principe de l'égalité de traitement : si la convention ou l'accord de groupe limite son champ d'application à une fraction seulement des sociétés du groupe, c'est parce que les questions traitées intéressent exclusivement les salariés des sociétés en question. Si tel n'est pas le cas, la différence de traitement envers les salariés exclus du champ d'application de l'accord « partiel » de groupe pourra vraisemblablement être invoquée.

Car, et ce de manière très générale, les conventions et des accords collectifs sont soumis, par principe, au respect de l'égalité de traitement...

(73) Arrêt *Radio France* du 21 janvier 2009 - cf. *supra*.

(74) Cf. Soc. 1^{er} juin 2005, *SA Plastic Service*, précité.

(75) Cf. Soc. 30 avril 2003, *Axa*, précité.

(76) Dans le respect des normes conventionnelles applicables à chaque société composant le groupe, le principe de faveur guidant leur articulation.

(77) Il s'agit là d'une déclinaison, au niveau du groupe, de la jurisprudence *Radio France* (21 janvier 2009) concernant la

B. L'application du principe d'égalité de droits conventionnels

L'application du principe d'égalité aux droits conventionnels implique que ce principe soit respecté par les conventions ou accords collectifs de travail – sauf raison objective et pertinente justifiant une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique. A ce jour, il est possible de distinguer en jurisprudence deux grandes catégories de raisons susceptibles d'être invoquées à l'appui d'une différence de traitement en matière de droits conventionnels : la prise en considération de « *parcours professionnels* » distincts (1°) et la compensation d'un « *préjudice* » causé aux salariés destinataires exclusifs de droits conventionnels, situation de laquelle se rapproche le maintien d'avantages individuels acquis à la suite de la dénonciation ou de la mise en cause de conventions collectives (2°).

1° La différence de « parcours professionnels »

Le critère du « parcours professionnel » différent est apparu en jurisprudence en 2006 (a), pour être - fort heureusement - précisé en 2009 (b).

a) L'arrêt *Cramif* du 3 mai 2006

C'est dans un arrêt *Cramif*, en date du 3 mai 2006 (79), que la Cour de cassation a posé en principe qu'une différence de traitement, instituée par convention collective, pouvait être justifiée par la prise en compte de « *parcours professionnels* » distincts. L'affaire concernait les dispositions conventionnelles applicables aux assistantes sociales employées par les Caisses régionales d'assurance maladie, soumises à la convention collective nationale des employés et cadres de la Sécurité sociale – convention modifiée par un protocole d'accord relatif à la classification des emplois signé le 14 mai 1992. Schématiquement, en application de ce protocole, des assistantes sociales des Caisses régionales occupant des emplois identiques percevaient une rémunération différente selon qu'elles avaient été *reclassées* dans cet emploi au 1^{er} janvier 1993, ou selon qu'elles y avaient été *promues* ultérieurement – les premières, plus anciennes, percevant paradoxalement une rémunération moins élevée que les secondes.

Les juges du fond (80) avaient dans un premier temps affirmé que les dispositions des conventions et des

négociation dans les entreprises à établissement multiples - cf. *supra*.

(78) Article L. 2232-30 du Code du travail.

(79) Soc. 3 mai 2006 n° 03-42.920, *Cramif*, Dr. Soc. 2006, 1048, obs. Marie-Thérèse Lanquetin ; RDT 2006, 108, note Geneviève Pignarre ; Dr. Ouv. 2007, 359, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(80) Conseil de prud'hommes et Cour d'appel de Paris.

accords collectifs de travail ne peuvent pas faire échec au principe d'égalité de traitement, pour, dans un second temps constater que la *Cramif* (81) ne justifiait des différences de salaire que par l'application conjointe de la convention collective des employés et cadres de la Sécurité sociale et de son protocole de 1992 – ce qui, d'après eux, ne constituait pas un motif pertinent de différenciation. La Cour de cassation a réfuté cette analyse au motif que « les salariées demanderessees n'étaient pas dans une situation identique à celle des agents avec lesquels elles revendiquaient une égalité de rémunération au regard des parcours professionnels spécifiques de ces derniers pris en compte, sans méconnaître le principe "à travail égal, salaire égal", par les accords collectifs ».

Il faut donc comprendre que, pour la Cour de cassation, les conventions et les accords collectifs de travail peuvent créer des parcours professionnels spécifiques – dont la prise en compte empêche les salariés relevant de parcours professionnels différents de prétendre à une égalité de traitement (82). Pourquoi pas ? Le cœur du problème est alors de déterminer ce qu'il faut entendre par « parcours professionnels différents ». Dans l'arrêt *Cramif*, la différence de parcours professionnel reposait sur le mécanisme d'avancement conventionnel : d'un côté salariées *reclassées* assistantes sociales en 1993, de l'autre salariées *promues* assistantes sociales à partir de cette date. On peine ici à comprendre en quoi leurs parcours professionnels était différent (83) - sauf à considérer que les conventions et les accords collectifs de travail peuvent librement instituer, sans justification et donc sans contrôle, des parcours professionnels différents... Cela ne revient-il pas à les libérer à bon compte du respect du principe d'égalité de traitement ?

b) L'arrêt CAF de Paris du 4 février 2009

La Cour de cassation a perçu ce risque. Dans un arrêt *CAF de Paris* en date du 4 février 2009 (84), le même problème juridique lui était posé – à savoir, une fois de plus, la licéité de la différence de traitement résultant de l'application combinée de la convention collective nationale des employés et cadres de la Sécurité sociale

et de son protocole d'accord de 1992. Les juges du fond (85) refusaient toujours de l'admettre, résistant ainsi à l'interprétation livrée par la Haute juridiction dans l'arrêt *Cramif*. Cette fois, la Chambre sociale va abonder dans le même sens que le Conseil de prud'hommes et que la Cour d'appel de Paris au motif « qu'aucun élément tenant à la formation, à la nature des fonctions, exercées ou à l'ancienneté dans l'emploi ne distinguait les salariées qui se trouvaient dans une situation identique et que l'avancement plus rapide de celles qui avaient été promues assistantes sociales après le 1^{er} janvier 1993, date d'entrée en vigueur du protocole d'accord du 14 mai 1992 n'était que la conséquence des modalités d'application du reclassement des emplois, défavorable aux salariées nommées dans ces fonctions avant l'entrée en vigueur du protocole ».

Ces précisions sont de nature à dissiper les craintes soulevées par l'arrêt *Cramif*. D'une part la Cour de cassation entend bel et bien effectuer un contrôle de la création, par les conventions et les accords collectifs de travail, de parcours professionnels différents – qui doivent reposer sur des critères objectifs et pertinents (86). D'autre part la Cour de cassation livre des indications sur ces critères, et donc sur sa conception de la notion de parcours professionnels : formation des salariés, nature de leurs fonctions, ou ancienneté dans l'emploi. Autant d'éléments objectifs susceptibles de justifier des différences de traitement instituées par convention ou accord collectif de travail (87).

Cette (r)évolution jurisprudentielle de 2009, impulsée par les juges du fond, mérite d'être saluée. Elle donne un sens concret teinté d'objectivité à la notion de parcours professionnel créée de toute pièce par les juges en 2006 – notion susceptible de justifier une différence de traitement dans le statut conventionnel des salariés, au même titre que la compensation d'un préjudice et le maintien d'avantages individuels acquis.

2° La compensation d'un « préjudice » et le maintien d'avantages individuels acquis.

Depuis 2005, la Cour de cassation admet une différence de traitement entre salariés placés dans des situations identiques instituée par conventions ou

(81) Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile de France.

(82) Faute pour eux de travailler dans une situation identique.

(83) En ce sens, cf. notamment les obs. de Mme Geneviève Pignarre à la RDT, précitées.

(84) Dr. Soc. 2009, 409, en annexe à un article de M. Christophe Radé : « Variations autour de la justification des atteintes au principe "à travail égal, salaire égal" » (p. 399) ; Dr. Ouv. 2009, 235, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(85) Conseil de prud'hommes et Cour d'appel de Paris.

(86) A souligner, au passage, que si la Cour de cassation érige la notion de parcours professionnels différents au nombre des justifications possibles de différences de traitement, elle

abandonne l'idée selon laquelle des parcours professionnels différents placent les salariés dans des situations différentes au regard du principe de l'égalité de traitement. Evolution suggérée par Mme Geneviève Pignarre dans ses obs. à la RDT précitées.

(87) A rapprocher : Soc. 10 décembre 2008, *Air France*, n° 07-42116. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet qu'une convention collective institue des différences de traitement (octroi de points d'indice de 20 ou 7) pour revaloriser le passage d'examen professionnels et réduire un décalage salarial existant lors de la fusion de deux sociétés (*Air France* et *Air Inter*). La différence de parcours professionnels aurait, semble-t-il, pu être invoquée dans cette affaire.

accords collectifs de travail, lorsque cette différence a pour objet de compenser un préjudice subi par les seuls salariés auxquels le droit conventionnel litigieux est réservé. Le principe est le suivant : « *la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de son entrée en vigueur* » (88).

Ce préjudice peut, par exemple, résulter du passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe, seuls les salariés présents dans l'entreprise le jour de cette modification de la structure de leur rémunération percevant une indemnité différentielle destinée à compenser la diminution de leur salaire de base (89). Il peut aussi résulter d'un accord de réduction du temps de travail, les seuls salariés présents au jour de la conclusion d'un accord de réduction se voyant accorder une indemnité différentielle compensant, elle aussi, la baisse de leur salaire de base (90).

Le recours à la notion de préjudice dans de telles circonstances peut laisser perplexe. On comprend bien la logique suivie par la Cour de cassation. Cependant, les droits des salariés sont destinés à rémunérer leur prestation de travail et à leur permettre de reconstituer leur force de travail. Il serait sans doute plus logique, à cet égard, de viser la compensation partielle de la *détérioration* du statut de salarié – plutôt qu'un quelconque préjudice.

Quoi qu'il en soit, il convient de rapprocher de cette jurisprudence sur la compensation d'un « préjudice », celle relative au maintien des avantages individuels acquis en cas de dénonciation ou de mise en cause (91) d'une convention ou d'un accord collectif de travail. Le maintien des avantages individuels acquis constitue-t-il, à l'égard des salariés recrutés postérieurement à la dénonciation ou à la mise en cause, une différence de traitement injustifiée ?

Le 11 janvier 2005, dans un arrêt *IBM*, la Cour de cassation considère « *qu'en l'absence d'un accord d'adaptation, le maintien aux salariés transférés des avantages individuels acquis en application de l'accord mis en cause par l'absorption ne pouvait constituer à lui seul pour les autres salariés de l'entreprise auxquels cet avantage n'était pas appliqué un trouble manifestement illicite* » (92). Plus explicitement, la Chambre sociale décide deux ans plus tard « *que le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, al. 7 [L. 2261-14] du Code du travail ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal", que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord* » (93).

Le maintien des avantages acquis, en application de la loi (94) ou d'une convention collective (95), ne contrevient donc pas au principe d'égalité de traitement. Cette solution ne saurait surprendre dans la mesure où une interprétation contraire aurait conduit à généraliser les avantages individuels acquis aux salariés recrutés après la dénonciation ou la mise en cause du texte conventionnel – ce qui n'est pas choquant en soi, mais l'est en droit. La règle du maintien des avantages acquis est en effet tout entière destinée à éviter, elle aussi, une dégradation brutale du statut conventionnel des salariés, suite à sa dénonciation ou à sa mise en cause. Elle peut donc, en toute logique, ne concerner que les seuls salariés présents dans l'entreprise avant la dénonciation ou la mise en cause.

Faut-il s'offusquer de cette jurisprudence ? Oui, si l'on en croit M. Gérard Vachet : « *Il nous semble injustifié de garantir à certains le maintien non pas d'avantages, mais de privilèges (...). N'est-ce pas le cas des salariés qui, parce qu'ils ont été embauchés avant d'autres ou parce qu'ils ont été transférés, bénéficient d'avantages que n'ont pas les nouveaux ? On a l'impression qu'ils sont dans la même situation que les personnes qui sous l'ancien régime, étaient "nées". Justifier comme le fait la Cour de cassation, leur maintien pour compenser le préjudice subi par leur remise en cause est encore plus*

(88) Soc. 21 février 2007, *IRSAM les Hirondelles*, n° 05-43.136, Dr. soc. 2007, 647, obs. Christophe Radé ; Dr. Ouv. 2007, 361, obs. Marie-France Bied-Charreton.

(89) Soc. 31 oct. 2005, *Hôtel Le Méridien*, Sem. Soc. Lamy n° 1297 du 5 mars 2007, 84. Cf. également Soc. 24 septembre 2008, *Sté Le Ritz Hôtel*, Dr. Soc. 2008, 1271, obs. Christophe Radé (octroi d'une compensation financière).

(90) Soc. 1^{er} décembre 2005, *OCECARS*, Dr. Soc. 2006, 224, obs. Christophe Radé ; JCP éd. G, II, 10017, note Danièle Corrigan-Carsin ; JCP 2006, éd. S, II, 1071, note Jean-François César. Cf. également Soc. 4 février 2009, reproduit page suivante. Attention : lorsque le passage à 35 heures n'a pas été compensé par l'octroi d'une indemnité différentielle mais par une augmentation du taux horaire, le principe d'égalité de traitement (re)trouve à s'appliquer - Soc. 20 mai 2008, n° 07-40.479.

(91) La mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif de travail résulte d'un changement d'employeur ou d'un changement d'activité de l'entreprise, et entraîne, le plus souvent, un changement de statut conventionnel.

(92) Soc. 11 janvier 2005, *IBM France*, Dr. soc. 2005, 323, note Christophe Radé ; D. 2005, jp, 1270, note Alexis Bugada.

(93) Soc. 4 décembre 2007, *Assedic Alpes-Provence*, Dr. Ouv. 2008, 535, obs. Isabelle Meyrat ; Dr. Soc. 2008, 244, obs. Christophe Radé ; Sem. Soc. Lamy n° 1334 du 24 décembre 2007, 11, avis de M. Jacques Duplat.

(94) Articles L. 2261-13 (dénonciation) et L. 2261-14 (mise en cause) du Code du travail, ancien article L. 132-8.

(95) Attention : le maintien des avantages acquis en raison d'un engagement patronal unilatéral doit respecter le principe de l'égalité de traitement - cf. *supra*.

aberrant. Lors de la Révolution française, la perte des privilèges de la noblesse et du clergé n'a pas été compensée par le maintien d'autres avantages, ce qui serait revenu à ne rien supprimer. Le seul avantage accordé à certains, c'est que leur tête n'a pas été coupée » (96).

Comparer la compensation d'un « préjudice » ou le maintien des avantages acquis, en cas de détérioration du statut des salariés, aux anciens privilèges de la noblesse ou du clergé n'est-il pas quelque peu outrancier ? Aberration pour aberration, faudrait-il rétorquer, dans le même registre, qu'il aurait peut être mieux valu couper plus de têtes en 1789 ? Halte là !

Tenons-nous en aux conséquences auxquelles conduit cette jurisprudence en construction sur une question fort délicate. Les salariés embauchés après le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe, ceux recrutés après la réduction de la durée légale à trente-cinq heures, après la dénonciation ou la mise en cause d'une convention collective, auront (malheureusement) un statut différent et amoindri. Ce n'est pas, à nos yeux, une raison valable pour supprimer les quelques droits « en sursis » réservés à leurs collègues

présents dans l'entreprise au moment de la dégradation du statut de salarié (97). Mais c'est une raison valable, au regard des textes, pour refuser une égalisation dans le progrès des droits des salariés.

D'ailleurs, il faut souligner, en guise de courte conclusion, que les juges opposent le plus souvent des refus aux demandes d'égalisation « à la hausse » présentées par les salariés. Au point qu'un auteur a pu demander « ce qu'il restait » du principe d'égalité de traitement (98).

L'optimisme est cependant de mise. N'oublions pas le constat dressé il y a près de trente ans par Gérard Lyon-Caen : « *La technique juridique n'est pas neutre, elle est servante du maître qu'elle se choisit (...)* », « *La technique juridique est un peu comme un art militaire : elle peut être employée au maintien d'une domination ou au succès d'une libération* » (99). De ce point de vue, il faut aussi retenir de la jurisprudence en construction (100) que le principe d'égalité de traitement est un nouvel instrument de contrôle de la légitimité des décisions patronales.

Mireille Poirier

(96) Gérard Vachet, « A travail égal, salaire égal », Dr. soc. 2008, 1046, sp. p. 1050.

(97) Ce qui reviendrait à un curieux nivellement par le bas des droits des salariés.

(98) Jean-Michel Gasser, « Les justifications de l'inégalité des rémunérations ou que reste-t-il du principe "à travail égal, salaire égal" », RJS 08-09/07, 687.

(99) Dans *Le droit capitaliste du travail*, ouvrage collectif, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 259.

(100) Par mesure de précaution, les décisions rendues en matière d'égalité de traitement étant très nombreuses, il doit être précisé que l'ensemble de cet article a été achevé de rédiger fin juillet 2009.

Annexe

SALAIRE – Egalité de traitement - Justification d'une différence (oui) – Transfert d'entreprise – Accord de réduction du temps de travail – Compensation d'un changement de statut.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 4 février 2009

A. et a. contre TVO (pourvoi n° 07-42.024)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que MM. A. et P. ont été engagés par la société Ile-de-France tourisme (IFT) en qualité de conducteurs d'autocars respectivement les 2 mai 1994 et 13 janvier 1992 ; que leurs contrats de travail ont été transférés à la société Transports Val d'Oise (TVO) respectivement les 12 septembre 2002 et 6 septembre 2002 en application des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu L. 1224-1 du Code du travail ; qu'ils ont saisi la juridiction prud'homale de demandes de rappel de salaire au titre d'une indemnité compensatrice préjudicielle prévue par l'accord de réduction du temps de travail du 30 juin 1999 conclu au sein de la société TVO ainsi qu'au titre d'une prime d'été, et de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail par la société TVO ;

Sur les deux moyens, réunis :

Attendu que les salariés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs demandes en paiement de rappels d'indemnité compensatrice préjudicielle et de prime d'été, alors, selon le premier moyen :

1°/ que le maintien du contrat de travail résultant des dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12 du Code du travail oblige le nouvel employeur à reprendre l'ancienneté du salarié ; qu'en retenant que le protocole d'accord excluait du bénéfice de l'indemnité préjudicielle compensatrice les salariés embauchés après son entrée en vigueur pour débouter les salariés de leurs demandes, après avoir constaté que leur ancienneté remontait effectivement aux 2 mai 1994 et 13 janvier 1992, la cour d'appel a violé le protocole d'accord du 30 juin 1999 et l'article L.122-12 du Code du travail ;

2°/ que le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de cette modification ; qu'en laissant sans réponse le moyen des conclusions d'appel des salariés qui faisaient valoir que la société TVO était en toute hypothèse tenue au versement de l'indemnité différentielle versée par leur précédent employeur, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

Et sur le second moyen :

1°/ que le maintien du contrat de travail résultant des dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12 du Code du travail oblige le nouvel employeur à reprendre l'ancienneté du salarié ; qu'en retenant que le protocole d'accord excluait du bénéfice de la gratification d'été les salariés embauchés après son entrée en vigueur pour débouter les salariés de leurs demandes, après avoir pourtant constaté que leur ancienneté remontait effectivement aux 2 mai 1994 et 13 janvier 1992, la cour d'appel a violé le protocole d'accord du 30 juin 1999 et l'article L.122-12 du Code du travail ;

2°/ que les salariés exposants faisaient valoir dans leurs écritures d'appel que le refus d'accorder la gratification d'été aux salariés embauchés après l'entrée en vigueur du protocole d'accord contrevenait au principe d'égalité de traitement ; qu'en laissant sans réponse ce moyen déterminant des écritures d'appel des salariés, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, qu'au regard de l'application du principe "à travail égal, salaire égal", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en

vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif ;

Attendu, ensuite, que lorsque l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu L. 1224-1 du Code du travail est applicable, le changement d'employeur s'opère au jour du transfert de l'entité économique dont relève le salarié ; qu'il en résulte que le salarié dont le contrat de travail est repris ne peut prétendre avoir été présent dans l'entreprise exploitée par le cessionnaire avant la date d'effet du transfert ;

Et attendu que la Cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, ayant relevé que l'indemnité compensatrice préjudicielle prévue par l'accord d'entreprise de réduction du temps de travail du 30 juin 1999 était destinée à compenser les effets d'un changement de statut à un instant précis, dont MM. A. et P., qui n'ont été présents au sein de la société TVO par l'effet du transfert de leurs contrats de travail que postérieurement à la signature de l'accord, n'avaient pas eu à souffrir, a exactement décidé qu'ils ne remplissaient les conditions, ni pour bénéficier de l'indemnité différentielle, ni pour se voir attribuer la prime d'été ;

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

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(Mme Collomp, prés. - M. Gosselin, rapp. - M. Cavarroc, av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

L'évolution du droit du travail en Europe sous la pression de l'économie (néo-) libérale

COLLOQUE INTERNATIONAL ORGANISÉ PAR L'ASSOCIATION
DES AVOCATS EUROPÉENS DÉMOCRATES ET LE SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

16 et 17 octobre 2009

Maison du Barreau, 2 rue de Harlay, Paris

Les travaux du colloque débiteront par une double introduction sur l'évolution du droit du travail et de l'économie néo-libérale (approche juridique et économique).

Trois sessions seront ensuite organisées :

- le droit de l'action collective à la lumière des décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'Homme ;
- le temps de travail et les garanties de protection des travailleurs (relations de thème avec les exigences économiques néo-libérales, principes de la directive européenne)
- le détachement des travailleurs en Europe, l'application du droit local, l'internationalisation du contrat, l'intérim et la sous-traitance : mécanismes favorisant le dumping social (avec examen des directives "détachement" et "intérim").

Renseignements : www.aed-edl.net/