

EGALITE DE TRAITEMENT Conventions et accords collectifs – Avantages issus d'un accord collectif
– Réserve à une catégorie du personnel – Justification par des raisons objectives et pertinentes.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 28 mars 2012

Sté DHL Express contre X (pourvoi n° 11-12.043)

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant sur renvoi après cassation (Soc., 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675), que M. X a été engagé le 1^{er} décembre 1991 en qualité de démarcheur livreur par la société DHL international, absorbée à compter du 1^{er} janvier 2005 par la société Ducros services rapides, devenue la société DHL express ; qu'estimant être moins bien traité que d'autres salariés de l'entreprise, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes au titre de l'exécution de son contrat de travail ; (...)

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Vu le principe d'égalité de traitement, ensemble les articles 7 et 10 de l'accord d'entreprise du 25 avril 1988 ;

Attendu que si la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement, résultant d'un accord collectif, entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence, repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ;

Attendu que pour dire que le supplément de congés payés réservé au personnel cadre par l'accord d'entreprise du 25 avril 1988 n'était pas justifié, et accorder à M. X une indemnité pour avoir été privé de cet avantage, l'arrêt retient, d'une part, qu'en raison de l'attribution de journées de réduction du temps de travail aux cadres, tous les salariés travaillaient le même nombre d'heures sur l'année, et, d'autre part, que le degré d'autonomie et de responsabilité des cadres ne constitue pas une raison objective et suffisante dès lors que l'entreprise est déjà dotée d'outils permettant d'individualiser les contraintes spécifiques à chaque catégorie professionnelle par des systèmes de rémunération sur objectifs ou prenant en compte des contraintes spécifiques ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors, d'une part, qu'elle constatait que jusqu'en 2006, la durée hebdomadaire de travail des cadres était supérieure à celle des autres catégories de personnel et sans rechercher si l'application de l'accord du 31 mars 2006 soumettant les cadres à un forfait-jours n'était pas de nature à entraîner l'accomplissement d'un temps de travail supérieur à celui des autres salariés, et alors, d'autre part, qu'un système de rémunération tenant compte des contraintes particulières des cadres ou la réalisation des objectifs qui leur sont assignés n'est pas exclusif de l'octroi d'un repos prenant en compte leur degré d'autonomie et de responsabilité, la Cour d'appel a privé sa

décision de base légale au regard du principe et des textes susvisés ;

Et sur le premier moyen du pourvoi incident du salarié :

Vu les articles L. 2221-2 et L. 2261-14 du code du travail ;

Attendu que pour débouter M. X de sa demande de paiement de sommes au titre de la prime de vacances pour les années 2005 et 2006, l'arrêt retient que pour comparer les accords collectifs applicables pendant la période ayant suivi l'absorption de la société DHL international, il y a lieu de procéder à une appréciation globale de la rémunération moyenne totale résultant de l'application de chacun d'eux ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de concours de conventions ou accords collectifs, la comparaison doit être faite avantage par avantage ayant la même cause ou le même objet, le plus favorable devant alors être accordé aux salariés de l'entreprise absorbée, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, sauf en ce qu'il alloue à M. X la somme de 12,94 euros en titre de la retenue du salaire du 16 mai 2005, l'arrêt rendu le 8 décembre 2010, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 Versailles ;

(M. Lacabrats, prés. - M.Béraud, rapp. - M. Weismann, av. gén. - SCP Gatineau et Fattacini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin)

Note.

L'affaire soumise à la Cour de Cassation, le 28 mars 2012, n'était pas nouvelle. Il s'agissait, en effet, du retour, devant les Hauts magistrats, de l'affaire *X contre DHL* qui avait tant suscité le débat. Les faits étaient donc connus. Il était toujours question de la réclamation, par un salarié non-cadre, du supplément de cinq jours de congés payés annuels réservé au personnel d'encadrement par la convention collective d'entreprise. La problématique restait également similaire : doit-on accorder aux salariés les avantages les plus favorables contenus dans les conventions collectives, peu important que ces avantages soient réservés à une catégorie professionnelle déterminée ? En cause, la stimulante question de l'égalité de traitement (1).

Pour mémoire, le 1^{er} juillet 2009, la Cour de cassation, peut-être portée par un souffle estival autrefois si propice à l'abolition de quelques privilèges, avait confirmé son analyse émancipatrice du principe d'égalité de traitement entre salariés (2). Dans un attendu de principe, elle avait, en effet, jugé que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit*

contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (3). Dès lors, sans remettre en cause l'existence et l'utilité des catégories professionnelles, la Cour de cassation jugeait que cette construction juridique ne pouvait constituer un rempart à l'application du principe d'égalité de traitement qui, il faut le rappeler, s'avère être une subsumption du principe constitutionnel et fondamental d'égalité. Ainsi, l'égalité redevenait le principe, et la différenciation dans le traitement des salariés, l'exception. L'employeur ne peut porter atteinte au principe d'égalité qu'à la condition de se conformer à certaines exigences, au demeurant assez classiques. La décision était donc à saluer tant aujourd'hui certaines catégories professionnelles rassemblent des situations et conditions de travail souvent protéiformes et non-exclusives.

Cet attendu ne réglait toutefois pas le problème et il appartenait à la Cour d'appel de Paris, cour de renvoi, de mettre en musique la partition dessinée quelques mesures plus loin, au Quai de l'Horloge, pour juger de la licéité du privilège catégoriel constitué par ces cinq jours de congés payés supplémentaires réservés à l'encadrement.

Par un arrêt du 8 décembre 2010 (4), la Cour d'appel de Paris décidait d'accorder au salarié ces fameux cinq jours de congés payés annuels qu'il réclamait après avoir établi qu'aucune raison objective et pertinente ne justifiait l'inégalité de traitement subie par le salarié. Un nouveau pourvoi fut alors formé, cette fois-ci par la société DHL, et la Cour de cassation décidait d'adopter l'argumentation du pourvoi. Elle cassa alors l'arrêt d'appel, au visa du principe d'égalité de traitement, au motif, d'une part, que les juges parisiens n'auraient pas suffisamment recherché si le temps de travail était réellement identique chez les cadres et les employés et, d'autre part, que si des avantages spécifiques peuvent venir compenser une sujétion particulière, cela n'exclut pas d'octroyer des avantages supplémentaires au regard de cette même sujétion et donc, en l'occurrence, d'octroyer un plus grand nombre de congés payés ci-dessus).

Il est à noter que cette décision prend place dans une scénographie jurisprudentielle ayant subie quelques évolutions depuis la dernière visite de M. X au Quai de l'Horloge. En effet, si l'appréciation du critère distinctif à l'aune de l'objet de la mesure litigieuse demeure à titre préalable (5), les raisons objectives et pertinentes admissibles ont fait l'objet d'une précision toute téméraire dans des arrêts rendus le 8 juin 2011 (6). Il était toutefois nécessaire que la Cour de cassation s'explique

(1) V. pour des publications récentes : *Paradoxes*, SSL 2011, suppl. n° 1508, p. 161 et not. p. 163, E. Dockès, *Egalité, inégalité : du paradoxe à l'affrontement* ; J. Porta, *Egalité, discrimination, égalité de traitement*, RDT 2011 p. 290 et 354.

(2) Soc. 20 février 2008, n° 05-45.601, *Bensoussan*.

(3) Soc. 1^{er} juillet 2009, n°07-42.675 ; Dr. Ouv. 2009, p. 551, n. C. Ménard ; Dr. Soc. 2009, p. 1002, n. C. Radé ; SSL 2009, n° 1414, p. 6, n. J. Barthélémy.

(4) CA Paris, Pôle 6-6, 8 décembre 2010, n° 09/05804.

(5) I. Meyrat, *L'égalité de traitement à la croisée des chemins*, RDT 2008, p. 648.

(6) Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.725 et n° 10-11.933, Dr. Ouv. 2011, p. 618, n. K. Hamoudi ; SSL 2011, n° 1497, p. 9, n. A. Lyon-Caen.

à la fois sur le présupposé de l'identité de situation (I) et sur les raisons objectives et pertinentes telles qu'exigées (II). Le second arrêt *X* est ainsi le premier arrêt depuis 2011 où la Cour de cassation se livre à la fourniture de quelques indications (7). Si la démarche est honorable, les solutions dégagées sont critiquables.

I. Une appréciation paradoxale du nécessaire préalable de l'identité de situation des salariés

L'égalité de traitement n'a jamais été entendue de manière absolue. Ne peuvent bénéficier du même avantage que des salariés placés dans une situation identique. C'est le sens de l'attendu de principe de l'arrêt de cassation qui dispose que peuvent prétendre à l'octroi des mêmes avantages, « *des salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage* ».

A) L'appréciation finaliste de l'identité de situation

Avant d'appliquer le principe d'égalité de traitement, il est nécessaire d'identifier une identité de situation. Selon la Cour de cassation, cette identité de situation s'entend de manière téléologique. Une difficile et épineuse analyse de l'essence de l'avantage réservé est donc au préalable nécessaire. Concernant les congés payés, on peut tenter d'admettre, à la lueur de l'article L. 3141-3 du Code du travail (8), qu'ils viennent permettre au salarié, en considération d'un temps de travail donné, de prendre du repos et de se libérer de la subordination de l'employeur. C'est, en tout cas, l'analyse à laquelle semble s'être livrés les seconds juges d'appel en recherchant le temps de travail auxquels étaient soumis les employés et les cadres.

La Cour de cassation, si elle casse l'arrêt, conforte néanmoins la Cour d'appel dans sa démarche. Les Hauts magistrats ont, en effet, reprochés aux juges d'appel de n'avoir pas recherché si le fait que les cadres, soumis depuis 2006 à un forfait jours, « *n'était pas de nature à entraîner l'accomplissement d'un temps de travail supérieur à celui des autres salariés* ». Le reproche de la Cour régulatrice s'inscrit ici dans la démarche téléologique. Il s'inscrit, en outre, pleinement dans le contrôle judiciaire des atteintes à la santé et du repos des salariés soumis à un forfait jour (9). Il appartient donc désormais à l'employeur de mesurer ou, à tout le moins, de contrôler le temps de travail effectivement accompli par les cadres placés sous le régime du forfait jours. A défaut, cet employeur pourra être condamné, le cas échéant, au paiement d'importantes heures supplémentaires et il ne pourra exciper du forfait jour un motif suffisant pour réserver certains avantages au personnel d'encadrement.

B) L'abstraite appréciation in concreto

Si l'appréciation de l'identité de situation doit donc être finaliste, cette appréciation n'a de sens que si elle de faite eu égard à la situation réelle et concrète des salariés. Pour cela, il semble nécessaire de tenir compte des sujétions applicables au salarié, mais également des avantages qui bonifient la situation du salarié telle que circonscrite par la finalité de l'avantage conventionnel réclamé. Ne pas tenir compte de ces avantages reviendrait à adopter une vision tronquée ou trop abstraite de la réalité du travail.

La Cour d'appel avait justement ouvert la focale en constatant que, si, à la semaine, les employés travaillaient durant 35 heures et certains cadres 39 heures, cadres et employés effectuaient, sur l'année, et au moins jusqu'à l'instauration des forfaits jours en 2006, le même temps de travail. La durée du travail hebdomadaire, plus importante du personnel d'encadrement était, en effet, compensée par l'octroi de jour de repos correspondants.

Paradoxalement, alors que la Cour de cassation avait exigé un contrôle finaliste et rigoureux du temps de travail des salariés de l'entreprise, elle reproche en quelque sorte, dans l'arrêt du 28 mars 2012, à la Cour d'appel de ne pas s'être bornée à constater que « *la durée hebdomadaire des cadres était supérieure à celle des autres catégories du personnel* ».

C'est donc une attitude très restrictive et abstraite reniant, de fait, l'exigence d'une véritable identité de situation que semble adopter la Cour de Cassation.

II. Une interprétation souple des raisons objectives et pertinentes de traiter différemment des salariés appartenant à des catégories professionnelles distinctes

Dès 2009, la Cour de cassation permettait une dérogation à l'application de l'égalité de traitement dès lors que l'employeur justifiait de raisons objectives et pertinentes. La mesure dont avait fait preuve la Cour régulatrice n'avait toutefois pas suscité la pleine adhésion des grands défenseurs de la cause patronale. Ainsi, devant les haut-le-cœur, feints ou avérés, de ces derniers, elle s'était contrainte à adopter une position dite de compromis en précisant, le 8 juin 2011, « *que repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* » (10). L'application concrète de ces nouvelles conditions était

(7) V. Cass. Soc. 12 octobre 2011, n° 10-15.101 ; 7 décembre 2011, n° 10-19.102 : ces arrêts ayant été cassés pour manque de base légale avec la seule reprise de l'attendu de principe.

(8) « *Le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur* ».

(9) Soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107 ; Dr. Ouv. 2011, p. 723, obs. E. Richard ; Gaz. Pal. 2011, n° 240-244 p. 11, obs. D. Baugard ; Dr. Ouv. 2012, p. 171, obs. A. Lyon-Caen.

(10) Soc. 8 juin 2011 précité.

attendue et, force est de constater que la position adoptée par la Cour de cassation, dans l'arrêt du 28 mars 2012, enlève toute vigueur à un compromis déjà bien fade du point de vue de l'égalité.

A) Le repli vers l'objectivité de la catégorie professionnelle comme différence de traitement

Faisant application du nouvel attendu de principe dégagé en 2011, la Cour de cassation censure, dans l'arrêt soumis au commentaire, le raisonnement de la Cour de d'appel de Paris. Il était pourtant intéressant. Les juges d'appel avait, en effet, estimé le degré d'autonomie et de responsabilité dont disposait le personnel d'encadrement n'étaient pas une raison objective d'admettre une différence de traitement concernant l'octroi de jours de congés payés supplémentaires. Ils fondaient leur raisonnement sur le fait que ces sujétions étaient déjà compensées par un système de rémunération spécifique (rémunération sur objectifs, primes, etc.).

Ils estimaient, en outre, que ne relevait pas davantage d'une raison objective le fait qu'un accord collectif ait été conclu pour affirmer que le degré d'autonomie du personnel d'encadrement justifiait des jours de congés supplémentaires. A cet égard, il convient de saluer que ce dernier raisonnement n'ait pas été censuré par la Cour de cassation, montrant ainsi que l'office du juge et l'application du principe d'égalité ne sauraient être remis en cause par une stipulation conventionnelle.

Il n'en reste pas moins que la première partie du raisonnement des juges d'appel est critiquée par les Hauts magistrats. Le degré d'autonomie et de responsabilité ressortent, en effet, des modalités de l'exercice des fonctions et de celles de rémunérations de la catégorie d'encadrement. Or, aux termes des arrêts du 8 juin 2011, ces deux éléments font partie du « guide » non-exhaustif (11) des raisons objectives d'appliquer une différence de traitement. La décision du 28 mars 2012 est donc tout à fait logique de ce point de vue.

En revanche, on ne peut que constater la souplesse du contrôle des raisons objectives. Dès lors qu'est invoqué une différence catégorielle – réelle (12) –, la Cour de cassation considère que la preuve d'une raison objective est rapportée.

B) L'appréciation de la pertinence de la différence de traitement : la conception capitaliste de l'égalité de traitement développée par la Cour de Cassation

Après les arrêts du 8 juin 2011, la principale interrogation résidait dans le type et le degré de contrôle qu'allait développer la Cour de cassation à propos de l'exigence d'un motif pertinent. Quelle place pouvait prendre le juge dans le contrôle de la pertinence induit par

l'expression « *ayant pour objet ou pour but* » ? Allait-on être dans un contrôle de « *la justice des fins* » ou de « *la justesse des moyens* » (13) ? La question n'était pas nouvelle et non spécifique à la problématique de l'égalité de traitement (14), mais ici, comme ailleurs, selon la réponse apportée par les juges de cassation, l'intérêt pour les salariés de la question de l'égalité de traitement serait tout différent.

La Cour de cassation répond à cette interrogation en jugeant qu'« *un système de rémunération tenant compte des contraintes particulières des cadres ou la réalisation des objectifs qui leur sont assignés n'est pas exclusif de l'octroi d'un repos prenant en compte leur degré d'autonomie et de responsabilité* ». Autrement dit, il importe peu que le degré d'autonomie et de responsabilité ait déjà été pris en compte dans l'octroi d'un avantage particulier. Ainsi, en l'espèce, l'octroi de congés payés supplémentaires pouvait très bien avoir, également, pour objet ou pour but de prendre en compte l'autonomie et les responsabilités confiées au personnel d'encadrement. L'accumulation sans limite des avantages est donc permise dès lors qu'une raison objective, c'est-à-dire une spécificité catégorielle, est arguée.

Le contrôle de la pertinence est donc pour le moins réduit. A la lecture de cet arrêt, il semble qu'il s'agisse simplement d'un contrôle abstrait et putatif d'une justice des fins. Les avantages catégoriels semblent alors largement préservés.

Si cet arrêt sera certainement accueilli avec bienveillance dans les cercles patronaux, il nous faut noter que la démarche de la Cour de cassation n'est pas à l'abri de toute critique si l'on veut bien se rappeler que le cadre du contentieux réside dans l'application d'un principe d'égalité. Si une entorse à ce principe est admissible dès lors qu'elle repose sur des raisons objectives, les différences de traitement qui en résultent ne sauraient aboutir à méconnaître ce principe. En effet, des avantages particuliers peuvent être accordés pour compenser une sujétion spécifique, qualifiée alors de raison objective. Toutefois, dès lors qu'il peut objectivement être constaté que cette même sujétion fait déjà l'objet d'une compensation, et donc que l'égalité a été rétablie, il ne pourrait être admis, sauf à admettre alors clairement la possibilité de privilégier certaines catégories professionnelles, d'accorder des avantages supplémentaires à raison de cette même sujétion. Ainsi, en l'espèce, le contrôle de la pertinence de la raison objective invoquée, réalisé au nom du principe d'égalité de traitement, aurait dû faire barrage à l'octroi d'avantages supplémentaires et ce, justement afin de ne pas nier le principe visé.

(11) L'attendu adopte l'adverbe « *notamment* ».

(12) C'est dans la réalité de la construction catégorielle que semble, en effet, désormais résider le principal contrôle de l'objectivité de la raison invoquée.

(13) Selon l'expression inspirante du Pr. Antoine Lyon-Caen.

(14) Elle ressurgit notamment dans le contrôle de la justification du motif économique et plus particulièrement sur la question de savoir si les licenciements étaient justifiés pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

Le contrôle tel que décrit, n'emporterait ni gouvernement des juges, ni atteinte excessive au pouvoir de direction ou à l'autonomie collective, mais serait la simple application de mécanismes classiques de régulation des atteintes portées à un principe à consonance constitutionnelle : l'appréciation d'une proportionnalité ou d'un caractère raisonnable de la différence de traitement opérée.

Il reste que si ce type de contrôle n'est pour l'instant pas de droit positif, la saga judiciaire *X contre DHL* n'est pas encore close et un nouvel arrêt pourrait être

l'occasion d'affirmer une position plus protectrice de l'égalité de traitement. L'affaire est, en tout cas, renvoyée cette fois, non plus à la Cour d'appel de Paris mais à celle de Versailles. Ne voyons pas ici quelque espièglerie de la Cour de cassation et espérons que les juges versaillais auront à cœur de réaffirmer que le temps des privilèges, qui a pu imprégner la région il y a fort longtemps, est bien révolu.

Christophe Saltzmann, *Elève avocat, Chargé d'enseignement aux Universités de Paris Ouest Nanterre La Défense et de Paris 1 Panthéon-Sorbonne*