

L'égalité de traitement : un principe en perte de sens ⁽¹⁾

Par Isabelle MEYRAT, Maître de conférences HDR
à l'Université de Cergy-Pontoise (LEJEP)

PLAN

I. Essor

- A. La considération de l'objet de l'avantage
- B. Diffusion

II. Replis

- A. Au nom de l'habilitation
- B. Au-delà de l'habilitation

Dans son emblématique arrêt *Ponsolle* (2), la Cour de cassation conférait à l'énoncé « à travail égal salaire égal », mentionné aux articles L. 133-5-4° et L. 136-2-8° de l'ancien Code du travail, la signification d'une règle de droit positif dotée d'une efficacité directe dans les rapports de travail. Qualifiée de « principe » (3), puis de « principe d'égalité de traitement » (4), la règle « à travail égal salaire égal », loin d'imposer un traitement identique et uniforme, s'est d'abord déployée dans le champ de l'action unilatérale, en imposant à l'employeur d'appliquer des critères objectifs et pertinents (5) dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation des rémunérations, avant d'étendre son rayonnement à tous les avantages, quelle qu'en soit la source. La teneur du principe d'égalité de traitement est toutefois demeurée fondamentalement incertaine, sans doute parce que « les juridictions suprêmes nomment les principes qu'elles consacrent et appliquent, mais ne se risquent guère à en décrire la teneur » (6). L'histoire du principe d'égalité de traitement dans l'ordonnement des relations du travail est donc celle d'un essor (I), puis d'un repli opéré, d'abord, au nom du renforcement de la légitimité conventionnelle par la loi de 20 août 2008, qui affecte dorénavant les actes unilatéraux (II).

I. Essor

La Chambre sociale s'est progressivement efforcée de contrôler les justifications des différences de traitement à l'aune de l'objet de l'avantage litigieux (A). L'adoption d'une telle grille de lecture devait logiquement conduire à s'affranchir de la source de celui-ci et à privilégier, par là-même, une conception objective et substantielle de l'égalité de traitement (B).

A. La considération de l'objet de l'avantage

La consécration jurisprudentielle de la règle d'égalité de traitement s'est, dans un premier temps, accommodée d'une compréhension pour le moins extensive des différences ou, plus précisément, des justifications admissibles des différences (7). Le point est connu. Une règle d'égalité de traitement n'impose

de traitement identique qu'à l'intérieur du périmètre des égaux (8). Toute la difficulté réside dans la délimitation de ce périmètre, autant dire dans l'identification de critères susceptibles de justifier ou de légitimer les différences entre les salariés. Partant, deux méthodes sont concevables. La première consiste à s'en tenir à une comparaison factuelle des salariés pour vérifier s'ils se trouvent dans une situation identique ou, à tout le moins, comparable. La seconde tend, à la manière du juge administratif et du Conseil constitutionnel, à rapporter le critère de la différence opérée (l'ancienneté, la catégorie professionnelle...) à l'objet d'un avantage (une prime de treizième mois, d'assiduité...). La formule du Conseil Constitutionnel, selon laquelle « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour

(1) Nous faisons référence ici au titre de l'article d'A. Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, p.16.

(2) Cass. Soc. 29 octobre 1996, Dr. soc. 1996, n. A. Lyon-Caen.

(3) Cass. Soc. 18 mai 1999 n° 98-40.201

(4) Cass. Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675.

(5) A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement des salariés », Dr. Soc. 2004, p. 694

(6) A. Jeammaud, « Des principes du droit du travail », SSL, n° 1703 du 21 décembre 2015.

(7) V. I. Meyrat, « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », RDT 2008, p. 648.

(8) A. Lyon-Caen, « L'égalité et la loi en droit du travail », Dr. Soc. 1990, p. 68.

des raisons d'intérêt général, *pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi* » rend bien compte de cette compréhension du principe d'égalité.

À vrai dire, la première méthode s'est révélée impraticable (9). En effet, à s'en tenir à la comparabilité des situations, « *il y aurait toujours lieu de respecter une différence constituée* » (10). Or, la question n'est pas tant de savoir si une différence existe – deux situations ne sont jamais absolument identiques – que si elle peut, *en droit*, être source d'un traitement distinct (11). C'est pourquoi la Cour de cassation a progressivement forgé une grille de lecture de l'exigence d'égalité de traitement, adossée à la considération de l'objet ou de la finalité de l'avantage, qui implique de rechercher si des raisons objectives et pertinentes justifient la différence de traitement. Cette approche nouvelle allait permettre de s'éloigner d'une stricte comparaison des situations, confinant nécessairement à une quête aussi vaine qu'impossible d'identité (12).

C'est un arrêt du 20 février 2008 (13) qui a ouvert la voie à une conception plus objective du principe d'égalité de traitement et, par là même, à une appréciation plus rigoureuse des critères justifiant des différences de traitement (14). La Cour de cassation y énonce que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait, en elle-même, justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* ». S'inspirant de la jurisprudence administrative (15), la Chambre sociale invite les juges du fond à apprécier la valeur justificative du critère invoqué par l'employeur à l'appui d'une différence de traitement – en l'occurrence la catégorie professionnelle – à l'aune de l'objet ou de la

finalité de la mesure ou de l'avantage litigieux. Et de conclure que la catégorie professionnelle ne saurait « *en elle-même* », c'est-à-dire de manière générale, constituer un critère objectif et pertinent de différenciation pour l'attribution de n'importe quel avantage. Sans exclure la catégorie professionnelle des critères justifiant une différence de traitement, la Cour de cassation exigeait que la pertinence de ce critère soit confrontée à l'objet de l'avantage litigieux, c'est-à-dire au domaine dans lequel intervient la différence de traitement. Aussi approuve-t-elle les juges du fond d'avoir décidé que « *l'employeur ayant réservé l'octroi de titres-restaurant au seul personnel non cadre de son entreprise ne justifiait ainsi d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité* ».

Si le rayonnement du principe d'égalité de traitement sur les actes unilatéraux semblait assuré, demeurait néanmoins la question de l'assujettissement aux normes conventionnelles (16).

B. Diffusion

Comme l'a si bien montré un auteur (17), les différences sont bien davantage construites que constatées par la négociation collective. S'agissant de la négociation d'entreprise, les différences peuvent découler du « *système de négociation en vigueur dans une entreprise* », c'est-à-dire de la possibilité, pour l'employeur, d'engager la négociation au niveau des établissements ou de la teneur des dispositions conventionnelles elles-mêmes (18). Dans un arrêt du 27 octobre 1999 (19), la Chambre sociale jugeait que « *la négociation collective au sein d'un établissement permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différences de traitement entre les salariés de la même entreprise* ». L'autonomie des négociations par établissement permettait donc de justifier les différences de traitement entre les salariés de la même entreprise et de soustraire ces différences à toute exigence de justification. Pourtant, si la faculté d'engager la

(9) Emblématiques de la dérive de cette méthode, les fameux arrêts dits *Cramif*, V. M. Bonnechère, « Principe d'égalité salariale et négociation sur les parcours », Dr. Ouv. 2007, p. 587.

(10) J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz 2008, 4^{ème} édition, p. 344.

(11) V. D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », Dr. Soc. 1987, p. 778.

(12) Ainsi que le souligne une auteure, « *deux situations sont toujours différentes d'un certain point de vue (sous un certain rapport) et semblables d'un autre point de vue (sous un autre rapport)* », G. Calvès, « Le Conseil constitutionnel français et la réforme des retraites : une occasion manquée pour le développement du contentieux de l'égalité des sexes », in *L'égalité des sexes : la discrimination positive en question*, (dir.) M. Tsujimura et D. Lochak, p. 105.

(13) Cass. Soc. 20 février 2008, n° 05-45.601.

(14) « L'égalité de traitement à la croisée des chemins », RDT 2008, p. 648.

(15) Pour la Haute juridiction administrative, le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, mais n'exclut pas des différences de traitement, dès lors qu'elles sont justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi qui les établit – elles doivent être objectivement fondées, que ces différences de traitement soient proportionnées à la cause qui les justifie et que, bien entendu, elles soient étrangères à toute discrimination.

(16) M-F. Bied-Charreton, « La règle à travail égal salaire égal et les conventions et accords collectifs (Au-delà de l'arrêt *Cramif* du 3 mai 2006) », Dr. Ouv. 2007, p. 351.

(17) A. Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, p. 16.

(18) I. Meyrat, « Le sort des avantages issus du statut collectif à l'épreuve du principe « À travail égal, salaire égal » (à propos de l'arrêt *OEHC* du 19 juin 2007) », Dr. Ouv. 2007, p. 556.

(19) N°s 98-40.769 et 98-40.783

négociation par établissement a bien pour fonction de permettre une certaine diversification des conditions d'emploi au sein de la même entreprise, cette diversification ne saurait être synonyme d'arbitraire. Un arrêt postérieur (20) affirmait 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 ». À bien y regarder, cette solution n'avait marqué aucun progrès dans l'assujettissement de la négociation collective à la règle d'égalité de traitement. En effet, les « caractéristiques » des établissements justifiant « des modalités de rémunération spécifiques » se référaient à « la date d'ouverture » de l'établissement par rapport à la date de conclusion de l'accord d'entreprise. L'admission d'un « critère » aussi arbitraire que « la date d'ouverture de l'établissement » était révélatrice d'une confusion entre le constat d'une différence *factuelle* et sa justification, c'est-à-dire l'aptitude de cette différence à fonder *en droit* un traitement différencié.

Un arrêt du 28 octobre 2009 (21), publié au Bulletin, nous était apparu annonciateur d'un changement de perspective dans la manière d'appréhender les inégalités découlant des modalités de choix du niveau ou du cadre de négociation collective. La Cour de cassation y affirmait qu' « un accord d'entreprise ne peut prévoir 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 ». L'affaire concernait l'attribution d'une prime dite « anniversaire », dont l'accord d'entreprise prévoyait un versement différé aux salariés d'un établissement « afin de permettre au plus grand nombre de salariés d'en bénéficier sans délai ». Par-delà le caractère ubuesque de l'affaire, il était difficilement concevable que la solution visant à soumettre les différences entre les salariés d'établissements distincts à un contrôle d'objectivité et de pertinence ne soit pas étendue et généralisée, en particulier aux différences résultant d'accords conclus au niveau des établissements de la même entreprise. Un arrêt, certes non publié, pourtant remarquablement motivé, du 27 juin 2012 (22) réitérait l'exigence de « raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence » s'agissant « des différences de traitement entre

salariés d'établissements distincts d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale ». Et d'approuver la Cour d'appel d'avoir jugé qu'un accord d'entreprise « prévoyant une rémunération moins importante pour les salariés des magasins nouvellement ouverts, ce qui revenait à faire partager par ceux-ci, au niveau de la détermination de leur rémunération fixe de base, le risque économique de l'entreprise, ne constituait pas une cause objective et pertinente permettant de justifier la différence de rémunération ».

Mais c'est le fameux arrêt du 1^{er} juillet 2009 (23) qui allait parachever le processus d'assujettissement des normes conventionnelles au principe d'égalité de traitement. La Chambre sociale jugeait, à propos d'un accord d'entreprise octroyant un nombre supérieur de jours de congés aux cadres par rapport aux autres salariés, que « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait, en elle-même, pour l'attribution d'un avantage, justifier 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 ». Les principales critiques adressées à cette jurisprudence tenaient, d'une part, à l'impossibilité pour l'employeur d'établir les raisons objectives d'une différence de situation résultant d'un accord de branche auquel il n'est pas directement partie, d'autre part, au risque d'effondrement qu'elle faisait encourir au système conventionnel qui repose en grande partie sur la distinction des catégories professionnelles. En précisant qu'une différence de traitement entre cadres et non cadres dans l'attribution d'un avantage repose sur une raison objective et pertinente, « dès lors qu'elle 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 » (24), la Chambre sociale levait les principales inquiétudes qui avaient pu naître au lendemain de l'arrêt du 1^{er} juillet 2009. En effet, le choix opéré en faveur d'une formulation large (25) était de nature à préserver une marge d'appréciation importante aux agents de la négociation collective dans l'établissement des distinctions catégorielles, dès lors que ces dernières reposent sur des raisons objectives et pertinentes. Il faut donc croire que l'ambition des

(20) Cass. Soc. 18 janvier 2006, Dr. Ouv. p. 536, n. A. de Senga

(21) Cass. Soc. 28 octobre 2009, « Le renforcement du contrôle judiciaire des justifications des différences entre les salariés d'établissements différents », Dr. Ouv. 2010, p. 94.

(22) Cass. Soc. 27 juin 2012, n° 10-27.044

(23) Cass. Soc. 1^{er} juillet 2009, n° 07-42.675.

(24) Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.725.

(25) « spécificités (...) tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération ».

détracteurs de la jurisprudence de 2009 dépassait très largement les craintes suscitées par les difficultés de preuve auxquelles l'employeur pouvait se trouver confronté ou par le risque d'anéantissement des catégories professionnelles.

Il faut rappeler que, jamais, la Cour de cassation n'a condamné les différences reposant sur la catégorie professionnelle. Elle entendait soumettre ces diffé-

rences ou ces distinctions à une exigence de démonstration de leur pertinence, c'est-à-dire à une exigence d'adéquation de l'avantage réservé à une catégorie professionnelle, aux contraintes spécifiques qu'elle subit. Loin de « *désacraliser la différence entre cadres et non cadres* » (26), la jurisprudence de 2009 s'inscrivait dans le prolongement des efforts entrepris, à partir des années 90, pour soumettre les normes du travail à un impératif de justification.

II. Replis

Si le repli du principe d'égalité de traitement parut n'affecter, dans un premier temps, que les différences issues d'un accord collectif au nom de « *l'habilitation* » dont sont dorénavant parées les organisations syndicales représentatives (A), l'inventaire non exhaustif de quelques arrêts rendus au cours des deux dernières années laisse craindre un retour à « *un mode d'identification des similitudes de situations qui commandent l'égalité* » (27), conduisant à ôter au principe éponyme sa signification et sa portée dans les relations de travail (B).

A. Au nom de l'habilitation

Par deux arrêts en date du 27 janvier 2015 (28), dont l'un rendu au visa du huitième alinéa du Préambule de la Constitution, la Cour de cassation énonçait que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* ». Le changement de cap était radical, puisqu'il n'était plus question de rapporter le critère distinctif (la catégorie professionnelle) à l'objet de l'avantage litigieux (la durée du préavis de licenciement, le nombre de jours de congé...) pour apprécier la licéité de la différence de traitement. Sous l'invocation d'une présomption de justification des différences de traitement procédant d'un accord collectif, la Cour de cassation condamnait tout contrôle de la

justification des différences de traitement issues d'un accord collectif, c'est-à-dire toute vérification d'une adéquation minimale de l'objet de la règle réservant un avantage à une catégorie professionnelle avec ce critère. Il n'est certes pas interdit de combattre la présomption en établissant que « *la différence de traitement est étrangère à toute considération professionnelle* ». Toutefois, on peine à concevoir que des avantages puissent être octroyés en dehors de « *toute considération professionnelle* » et, par conséquent, à entrevoir des arguments susceptibles de prospérer pour atteindre et faire vaciller la présomption de justification des différences.

Plus avant, la justification de cette présomption réside dans la légitimité dont est désormais parée la négociation collective grâce au vote des salariés. En érigeant l'audience en critère « *déterminant* » (29) d'appréciation de la représentativité syndicale, la loi de 2008 opérait « *un glissement significatif du lien quasi exclusif entre une telle qualité et la fonction de négociation* » (30). À la lumière de la décennie qui s'achève, cette lecture de la transformation des modes d'acquisition de la représentativité syndicale tient rétrospectivement lieu de véritable prédiction. Le supplément de légitimité que procure le vote des salariés dans le processus d'acquisition de la représentativité syndicale est désormais invoqué pour soustraire les accords collectifs à tout « *contrôle de légalité interne* » (31), c'est-à-dire de la « *vérification de la conformité ou, en tout cas, de la compatibilité du contenu substantiel des accords avec la loi, largement entendue* » (32). Ainsi, la tendance à la « *fondamentalisation* » du droit du travail (33),

(26) L. Pécault-Rivolier, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective », *Sem. Soc. Lamy*, 2015, n° 1663, p. 7.

(27) A. Lyon-Caen, « Une règle en quête de sens », *préc.*

(28) Cass. Soc. 27 janvier 2015, n° 12-22.179.

(29) <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/l-actualite-du-ministere/article/dossier-representativite-de-quoi-s-agit-il?>

(30) G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *RDT* 2008, p. 712.

(31) M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. Soc.* 1996, p. 395.

(32) M.-A. Souriac-Rotschild, « Le contrôle de légalité interne des conventions et accords collectifs », *préc.*

(33) C'est-à-dire la reconnaissance ou l'attribution de la qualité de principe ou de droit fondamental à telle ou telle prérogative juridique, quelle que soit, par ailleurs, la position de cette dernière dans la hiérarchie normative.

dont témoigne l'accès de certaines règles au rang de « principes » (sans que, pour autant, cette qualification n'augure de leur position dans la hiérarchie des normes), ne paraît pas refreiner les ardeurs de la Cour de cassation dans la symphonie des discours célébrant les louanges du dialogue social et de son expression privilégiée, la négociation collective. Or, la considération dont bénéficie l'accord collectif, allant jusqu'à lui reconnaître une forme d'immunité judiciaire, procède d'un amalgame entre représentativité syndicale et négociation collective et, plus fondamentalement encore, entre liberté syndicale et négociation collective. Cet amalgame, qu'exprime la formule selon laquelle « le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts » (34), procède lui-même d'une croyance revêtant désormais l'allure d'un acte de foi : l'accord collectif ne serait pas un acte comme les autres (35).

Le repli du principe d'égalité de traitement, loin d'être cantonné aux seuls accords de branche, affecte également les accords d'entreprise. Réitérant l'assertion de « l'habilitation » des organisations syndicales représentatives à laquelle les salariés « participent directement par leur vote », la Chambre sociale étend désormais le bénéfice de la présomption de justification des différences de traitement à tous les accords collectifs, quels que soient le critère de la distinction opérée et l'objet de l'avantage (36). Particulièrement significatif d'un repli généralisé au nom de l'habilitation des organisations syndicales représentatives, un arrêt (PBRI) du 3 novembre 2016 (37), accompagné d'une « note explicative », étend la présomption de justification aux différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise, mais travaillant dans des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement. L'explication fournie dans la note réside « tout simplement » dans la reconnaissance, par la loi de 2008, de l'établissement comme niveau d'appréciation de la représentativité syndicale. *In fine*, la découverte de la présomption de justification des différences de traitement a eu pour principal effet de renouer avec une « conception formelle » de l'égalité de traitement (38).

B. Au-delà de l'habilitation

D'un point de vue de politique du droit, une nouvelle étape a été franchie avec l'arrêt du 30 novembre 2017 (39) concernant l'application du principe d'égalité de traitement en matière de transfert conventionnel. La Chambre sociale y affirme comme une vérité d'évidence que « l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs conduit à apprécier différemment la portée de ce principe à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle ». Et d'en inférer « que la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir, au bénéfice des salariés transférés, les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve, dès lors, justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ». Il s'est agi là d'un véritable « revirement de jurisprudence » puisque, jusqu'alors, la Chambre sociale considérait que la poursuite des contrats de travail « ne résultant pas de l'application de la loi et (l'avantage litigieux) n'étant pas destiné à compenser un préjudice spécifique (...), l'inégalité qui en résultait entre salariés accomplissant le même travail pour le même employeur n'était pas justifiée par des raisons pertinentes et méconnaissait le principe d'égalité de traitement » (40). Le maintien des contrats de travail en application d'une disposition conventionnelle ne pouvait donc justifier l'attribution d'un avantage aux seuls salariés de « l'entreprise sortante » (41), c'est-à-dire aux salariés dont le contrat avait été poursuivi avec le nouveau prestataire, que pour autant que cet avantage eût pour objet la compensation d'un préjudice subi par ces travailleurs. Ainsi, l'application du principe d'égalité de traitement ne cédait-elle que dans l'hypothèse où l'avantage réservé aux salariés transférés était « destiné à compenser un

(34) Cass. Soc. 14 avril 2010, nos 09-60.426 et 09-60.429.

(35) L. Pécault-Rivolier, préc.

(36) Cass. Soc. 4 octobre 2017, n° 16-17.517.

(37) Cass. Soc. 3 novembre 2016, n° 15-18.444.

(38) P. Moussy, « Conditions de la mise en œuvre du principe « À travail égal, salaire égal » », Dr. Ouv. 2006, p. 43.

(39) Cass. Soc. 20 novembre 2017, n° 16-20.532.

(40) Cass. Soc. 16 septembre 2015, n° 13-26.788.

(41) Termes employés par la convention nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011.

préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs ». La Chambre sociale réservait également l'hypothèse des avantages individuels acquis en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

À n'en pas douter, la solution retenue dans la décision du 30 novembre 2017 (42) entretient une certaine proximité avec les termes de l'article L. 1224-3-2 du Code du travail issu de la loi dite « Travail », aussitôt réécrit par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail. Néanmoins, la portée de ce texte (auquel il n'est d'ailleurs nullement fait référence dans les arrêts précités, en raison de la date des faits à l'origine du litige) est limitée – ce qui n'est déjà pas rien – aux salariés du nouveau prestataire, qui ne peuvent se prévaloir du principe d'égalité de traitement pour prétendre à un élément de rémunération attribué aux salariés dont le contrat de travail a été poursuivi en application d'un accord de branche étendu. Or, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 novembre 2017, le principe d'égalité de traitement était invoqué, non pas par les salariés « *faisant déjà partie des effectifs de la société* » dite « *entrante* », mais par ceux dont le contrat de travail avait été poursuivi en application de l'article 7 de la convention nationale des entreprises de propreté, qui demandaient le bénéfice d'une prime de treizième mois attribuée aux premiers. La justification de ce nouveau repli du principe d'égalité de traitement peine, là encore, à emporter la conviction. En effet, la formule selon laquelle « *la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* » suggère un autre rapprochement, celui-ci avec les arrêts de 2015 instituant une présomption de justification des différences de traitement entre catégories professionnelles issues d'un accord collectif. Déjà critiquable en soi, cette solution transposée à la situation de salariés effectuant le même travail, sur un même site et sous l'autorité d'un même employeur, relève d'un authentique contresens. Dans ce cas, en effet, la différence de traitement n'a pas, à proprement parler, sa source dans la convention collective. Elle « *résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier (le nouvel l'employeur) de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur*

étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert ». Ainsi que le souligne un auteur, « *une chose est de réserver des avantages à une catégorie de salariés, une autre est de prévoir le transfert de certains salariés avec maintien de leur rémunération. C'est seulement dans la première situation qu'il est possible de soutenir que les différences de traitement sont opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote. Dans la seconde situation, les différences de traitement ne sont qu'une conséquence de l'application de l'accord* » (43). Les termes de l'attendu de principe suscitent également la perplexité. On ne sait si « *l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective* » renvoie au mouvement de décentralisation normative, dont le point d'aboutissement réside dans la consécration d'un principe de prévalence de l'accord d'entreprise par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017 (44), ou au renforcement des conditions de validité des accords collectifs. Quoi qu'il en soit de la place désormais conférée à la négociation collective dans l'ordonnement des normes du travail, il n'en demeure pas moins que la Chambre sociale attache aux dispositions conventionnelles instituant des garanties d'emploi des effets qui vont bien au-delà des prévisions de leurs signataires. Enfin, la référence à « *l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs* » « *conduisant à apprécier différemment la portée de ce principe* » s'apparente à une démarche d'ordre particulièrement auto-référentiel. En somme, si la Chambre sociale apprécie différemment la portée du principe d'égalité de traitement en matière de transfert conventionnel, c'est parce que « *la jurisprudence* » a modifié sa compréhension du principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs.

Par un arrêt du 30 mai 2018 (45), la Chambre sociale a de nouveau amplifié la portée de la présomption de justification des différences provenant d'un accord collectif. Dans cette affaire, des salariés d'une entreprise de nettoyage réclamaient le bénéfice de divers avantages de rémunération, dont une prime de treizième mois réservée aux seuls salariés d'un établissement et issue d'un protocole de fin de grève conclu en 2000 entre l'employeur et un délégué syndical de cet établissement. La Cour d'appel

(42) Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 17-12.782

(43) A. Fabre, « Transfert conventionnel : le principe d'égalité meurt chaque jour un peu plus », RDT 2018, p. 56.

(44) V. art. L. 2253-3, C. trav.

(45) Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 17-12.782 ; Y. Ferkane, « Statut collectif : les déboires persistants du principe d'égalité de traitement », RDT 2018, p. 610.

avait fait droit à leur demande, considérant que la présomption de justification ne pouvait trouver à s'appliquer entre des salariés d'établissements différents d'une même entreprise, appartenant à la même catégorie professionnelle et exerçant un travail égal ou de valeur égale. La cassation intervient au visa de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution et du principe d'égalité de traitement. La Chambre sociale qualifie le protocole de fin de conflit d'accord collectif. Sur ce point, la solution est parfaitement logique, dans la mesure où le protocole a été, en son temps, valablement conclu par un délégué syndical désigné par une organisation syndicale représentative. En revanche, elle tire de cette qualification la conséquence nettement moins logique selon laquelle « les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage, mais affectés à des sites ou à des établissements distincts, opérées par voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif, sont présumées justifiées (...) ». Or, si la présomption de justification repose sur cette fameuse « habilitation des organisations syndicales représentatives à laquelle les salariés participent directement par leur vote », force est d'admettre qu'en 2000 – date de la conclusion du protocole qualifié d'accord collectif – la validité d'un accord n'était régie que par la règle de l'unicité des signatures et ne nécessitait pas la moindre « dose d'acquiescement positif » (46). Aussi partageons-nous l'étonnement d'un auteur (47) face à cette volonté de « transposer à tout prix » une jurisprudence, élaborée en contemplation de la loi du 20 août 2008, à un accord conclu avant son entrée en vigueur.

Quelques décisions rendues au cours des douze derniers mois méritent d'être signalées tant elles s'inscrivent, sous couvert de logique juridique, dans le processus de rétrécissement du champ d'application du principe d'égalité de traitement.

Ainsi, pour en écarter l'application entre des salariés exerçant des fonctions identiques, un arrêt du 7 décembre 2017 (48) convoque la règle jurisprudentielle classique selon laquelle « un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail, seules les dispositions plus favorables d'un accord collectif pouvant se substituer aux clauses du contrat. » Cette règle, on

le sait, dérive du principe de la force obligatoire du contrat de travail signifié par la disposition de l'article 1134, désormais 1193, du Code civil. Or, dans cet arrêt rendu au visa de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation confère à la règle générale d'articulation du contrat de travail et de l'accord collectif la qualité d'une justification des différences de traitement. N'y a-t-il pas une certaine incongruité à transposer une règle conçue pour régler les rapports entre deux actes juridiques au domaine de l'égalité de traitement ? En attribuant à un principe d'articulation des normes du travail la valeur d'un « élément objectif pertinent propre à justifier la différence de traitement entre les salariés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord collectif et ceux engagés postérieurement, et découlant du maintien, pour les premiers, des stipulations de leur contrat de travail », la Cour de cassation ôte son sens et sa portée au principe d'égalité de traitement, puisqu'il n'est plus question d'apprécier la pertinence de la différence de traitement en confrontant le critère de cette différence à son objet ou à sa finalité (comme, par exemple, la rétribution de la valeur professionnelle, de l'ancienneté, de la disparité du coût de la vie (49)...). Dans la même veine, on mentionnera un arrêt du 30 mai 2018 (50) érigeant l'exercice du droit d'opposition en justification d'une différence de traitement.

Si l'on avait pu croire que le rétrécissement du champ d'application du principe d'égalité de traitement ne concernerait que les accords collectifs, à l'exclusion des actes unilatéraux, quand bien même certaines des justifications de cette mise à l'écart peinent à convaincre, un arrêt rendu le 26 septembre 2018 (51) vient dissiper cette ultime croyance (espérance !). En effet, la Chambre sociale procède à une cassation sans renvoi d'une série d'arrêts rendus par la Cour d'appel de Riom. Cette dernière avait caractérisé une atteinte au principe d'égalité de traitement dans l'attribution par l'employeur d'une prime de treizième mois aux cadres. Pour accueillir la demande de salariés exclus du bénéfice de la prime, car relevant des catégories ouvriers et employés, la juridiction du second degré avait considéré que « la seule différence de catégorie professionnelle ne peut en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage,

(46) M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », RDT 2009, p. 14.

(47) Y. Ferkane, « Statut collectif : les déboires persistants du principe d'égalité de traitement », préc.

(48) Cass. Soc. 7 décembre 2017, n° 16-15.109. Dans cette affaire, un employeur, pour garantir la rémunération contractuelle d'un salarié embauché avant l'entrée en vigueur de l'accord d'entreprise instaurant la nouvelle grille salariale, lui avait affecté l'indice maximum augmenté d'un complément permanent de points d'indice. Deux salariés, embauchés après l'entrée en

vigueur de l'accord d'entreprise, invoquaient une différence de rémunération injustifiée au soutien d'une demande en rappel de salaire, leur rémunération étant calculée sur la base de la nouvelle grille salariale.

(49) Cass. Soc. 14 septembre 2016, n° 15-11.386

(50) Cass. Soc. 30 mai 2018, n° 16-16.484, Sur cet arrêt, v. Les fines observations d'Y. Ferkane, « Statut collectif : les déboires persistants du principe d'égalité de traitement », préc.

(51) Cass. Soc. 26 septembre 2018, n° 17-15.101.

une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage », l'employeur n'établissant pas, en l'espèce, de « raisons objectives, réelles et pertinentes » au soutien de cette différence de traitement. La solution s'imposait dans la mesure où l'avantage n'avait pas sa source dans un accord collectif, mais dans une règle unilatérale. Intervenant au visa du principe d'égalité de traitement, la cassation est prononcée pour violation de la loi, à l'instar de tous les arrêts rendus en la matière depuis 2015. La Chambre sociale énonce que « *quelles que soient les modalités de son versement, une prime de treizième mois, qui n'a pas d'objet spécifique étranger au travail accompli ou destiné à compenser une sujétion particulière, participe de la rémunération annuelle versée, au même titre que le salaire de base, en contrepartie du travail à l'égard duquel les salariés cadres et non cadres ne sont pas placés dans une situation identique* ». Ainsi vient-elle boucler sa nouvelle doctrine concernant le principe d'égalité de traitement, en libérant les actes unilatéraux réservant l'attribution d'un avantage à une catégorie de personnel de la nécessité d'une justification, laquelle implique une adéquation minimale entre le critère de la différence pratiquée et le domaine dans lequel elle intervient. Comment justifier, en droit, que les ouvriers et les employés soient privés d'une prime de treizième mois dont l'objet n'est précisément pas de rétribuer, contrairement à ce que soutenait le pourvoi, « *l'exercice de responsabilités supérieures d'encadrement et/ou la possession de qualifications, attestées par des diplômes de niveau supérieur, utiles à l'exercice des fonctions* », mais de verser un mois de salaire supplémentaire ?

L'arrêt du 26 septembre 2018 sonne comme un retour aux distinctions arbitraires, c'est-à-dire aux différences de traitement dépourvues d'un authentique fondement juridique, la Cour de cassation manifestant désormais une parfaite indifférence à l'égard de la source conventionnelle ou unilatérale de celle-ci. La résurgence d'une conception de l'égalité associant tout relevé d'une différence de situation à la justification d'une différence de traitement ne peut qu'alimenter les divisions au sein des collectifs de travail et le sentiment d'une justice (osons l'impertinence !) de classe. Rappelons tout de même que les contentieux qui ont fourni l'occasion à la Chambre sociale d'affirmer sa nouvelle doctrine en matière d'égalité de traitement (qu'il s'agisse du transfert conventionnel ou de la justification de la réservation d'une prime de treizième mois aux cadres) concernaient des salariés relevant des catégories socio-

professionnelles les plus vulnérables et travaillant dans des secteurs (la propreté, la sécurité) où la sous-traitance, la précarité (avec le temps partiel et la fréquence des changements d'employeurs), l'isolement des situations de travail, la faiblesse des rémunérations, l'absence d'évolution professionnelle et la part de travailleurs étrangers sont légions. L'égalité de traitement, telle que l'avait progressivement façonnée la Chambre sociale de la Cour de cassation depuis l'arrêt *Ponsolle*, a rendu l'âme, en ce sens où il ne s'agit plus que d'une référence dépourvue de toute substance et de toute portée. Sa fonction d'obstacle aux pratiques d'individualisation induites par les nouvelles formes juridiques d'exploitation de l'activité économique et de mise au travail s'estompe. Fort heureusement, les règles que les institutions juridictionnelles sont chargées d'interpréter et de mettre en œuvre ne sont pas figées dans le marbre. Un arrêt du 3 octobre 2018 (52) laisse d'ailleurs entrevoir une lueur d'espoir. La question se posait de savoir si de nouvelles règles conventionnelles d'attribution d'une gratification ayant pour effet de désavantager les salariés âgés bénéficient ou non de la présomption de justification. Certes, était en cause, non pas une rupture d'égalité de traitement à proprement parler, mais une discrimination indirecte à raison de l'âge tombant sous le coup des dispositions des articles L. 1132-1 et L. 1133-2 du Code du travail. La rigueur du raisonnement conduisant la Chambre sociale à censurer l'arrêt d'appel n'en mérite pas moins de retenir l'attention : « *sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les dispositions de l'accord (...) ne laissent pas supposer l'existence d'une discrimination indirecte en raison de l'âge (...) et, dans l'affirmative, si cette différence de traitement était objectivement et raisonnablement justifiée par un but légitime et si les moyens de réaliser ce but étaient nécessaires et appropriés* ».

C'est pourquoi, il ne reste plus qu'à souhaiter que la Haute juridiction renoue avec une conception substantielle de l'égalité au travail. Dans l'attente du retour d'une égalité de traitement passablement égarée, il conviendrait peut-être d'explorer d'autres voies propres à restaurer, selon les termes de l'article 2 de la Constitution rappelés récemment par le Conseil constitutionnel, « *un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* » (53).

Isabelle Meyrat

(52) Cass. Soc. 3 octobre 2018, n° 17-15.936

(53) Décision n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018.