



Wolters Kluwer

Les clés pour décider

LAMY  
EXPERT



Le livre blanc Wolters Kluwer

# Égalité de traitement

*Analyses d'experts, illustrations*

Issu du  
Lamy Social  
2016

# Égalité de traitement

Égalité peut rimer avec disparités pour autant qu'elles soient justifiées : explications et illustrations jurisprudentielles à l'appui ...

L'égalité entre les hommes est un droit fondamental de la personne, proclamé aussi bien par la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 (*art. 1er et 6*) que par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (*art. 20*). Ce droit fondamental a donc naturellement sa place dans l'entreprise.

Il est consacré par l'article L. 1121-1 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

Ce texte signifie que les droits de la personne et les libertés individuelles et collectives des citoyens sont applicables de plein droit dans les entreprises. Ils ne peuvent subir des restrictions qu'à la double condition d'être justifiées objectivement et proportionnées au contexte professionnel.

Ni la loi, ni le règlement, ni le contrat de travail, ni un accord collectif, ni une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent réduire à néant cette règle d'égalité (*Ph. Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », Dr. soc. mars 2003*).

On trouve principalement trois affirmations, à caractère plus ou moins péremptoire, du principe d'égalité dans le Code du travail. Elles concernent :

- l'égalité des travailleurs non soumis au standard légal, c'est-à-dire le salarié à temps complet titulaire d'un contrat à durée indéterminée ;
- l'égalité entre les travailleurs hommes et les travailleurs femmes ;
- l'égalité des salaires à travail égal.

Cette dernière a été étendue par la jurisprudence au concept plus large d'égalité de traitement, lequel englobe tous les droits et les avantages accordés aux salariés.

## I - Égalité de traitement des travailleurs non soumis au standard légal

### A - Standard du CDI à temps complet

Le contrat à durée indéterminée doit être en principe la règle (*C. trav., art. L. 1221-2*).

De la même manière, le travail s'effectue normalement à temps complet, c'est-à-dire selon la durée légale du temps de travail. Le législateur a cherché à protéger les travailleurs qui échappent à ces normes en affirmant un principe d'égalité entre eux et les salariés qui travaillent selon le standard de référence du contrat à durée indéterminée à temps complet. Il s'agit dans tous les cas de corriger une inégalité de fait.

Cette volonté se retrouve dans des mesures, dites de discrimination positive en faveur de certaines catégories.

#### Salariés titulaires d'un CDD

Selon le Code du travail :

- l'ensemble des dispositions légales, conventionnelles ou résultant d'un usage, applicables aux salariés titulaires d'un CDI, à l'exception de celles relatives à la rupture du contrat de travail, s'appliquent au salarié travaillant sous CDD (*C. trav., art. L. 1242-14 ; Cass. soc., 9 oct. 1996, no 93-40.597*).

En vertu de ce principe, les dispositions d'une convention collective réservant certains avantages aux salariés permanents de l'entreprise sont applicables aux salariés sous contrat à durée déterminée (Cass. soc., 25 mars 1998, no 96-45.688). Cette règle s'étend, selon nous, également aux engagements unilatéraux de l'employeur ;

- la rémunération du salarié sous CDD ne peut être inférieure au montant de la rémunération que percevrait un salarié sous CDI à l'issue de la période d'essai « *de qualification équivalente et occupant les mêmes fonctions* » (C. trav., art. L. 1242-15).

La jurisprudence applique strictement ce texte. C'est ainsi qu'il a été jugé que dès le premier jour de son engagement, et même s'il est encore en période d'essai, le salarié sous CDD a droit à la même rémunération qu'un salarié sous CDI, ayant la même qualification et occupant le même emploi (Cass. soc., 17 déc. 1996, no 94-41.460, Dr. soc. 1997, p. 192, obs. J. Savatier ; Cass. soc., 13 janv. 2004, no 01-46.407, Bull. civ. V, no 1). L'indemnité de précarité ne doit pas être prise en compte pour effectuer cette comparaison car elle est destinée à compenser la situation dans laquelle se trouve le salarié en CDD (Cass. soc., 10 oct. 2012, no 10-18.672).

La limite à cette règle d'égalité pourrait, semble-t-il, résider dans l'urgence à pourvoir un poste de remplacement (Cass. soc., 21 juin 2005, no 02-42.658, Bull. civ. V, no 206, à propos d'une crèche menacée de fermeture si sa directrice, en congé de maternité, n'est pas remplacée).

### Salariés à temps partiel

Le Code du travail pose le principe de l'égalité entre les salariés à temps partiel et à temps complet au regard des dispositions légales et conventionnelles (C. trav., art. L. 3123-11).

Il faut y ajouter les avantages résultant d'usages ou d'engagements unilatéraux. Il a été ainsi jugé qu'un plan social ne peut écarter de son bénéfice les salariés à temps partiel (Cass. soc., 10 nov. 1992, no 89-42.884, Bull. civ. V, no 539) et qu'un usage d'entreprise ne peut subordonner le paiement d'une prime à l'occupation d'un emploi à temps plein (Cass. soc., 13 avr. 1999, no 97-41.171, Bull. civ. V, no 177).

Les périodes d'essai des salariés à temps partiel ne peuvent pas être plus longues que celles des salariés à temps complet (C. trav., art. L. 3123-9).

En ce qui concerne les rémunérations, elles doivent être égales, en proportion du temps travaillé, entre salariés à temps complet et salariés à temps partiel de même qualification (C. trav., art. L. 3123-10).

Il a été ainsi jugé qu'un salarié à temps partiel peut prétendre à une majoration de son salaire dès lors que les salariés à temps complet bénéficient d'une indemnité différentielle compensant une réduction de l'horaire de travail (Cass. soc., 27 nov. 1986, no 83-44.574 Bull. civ. V, no 565 ; Cass. soc., 19 nov. 1987, no 84-44.207 ; Dr. soc. 1988, p. 447, obs. J. Savatier).

De même a été jugée contraire au principe d'égalité, la mise en place d'une rémunération supplémentaire liée à la réalisation d'objectifs de vente dans la mesure où les conditions d'attribution de cette rémunération ne distinguent pas les objectifs à atteindre selon la durée du travail et exigent la réalisation du même chiffre d'affaires pour les salariés à temps plein et les salariés à temps partiel (Cass. soc., 4 déc. 1990, no 87-42.341, no 605).

#### Remarque

***Bien que l'égalité de rémunération entre salariés à temps complet et à temps partiel soit tempérée par la règle de proportionnalité, cette dernière peut être écartée par des dispositions conventionnelles. La Cour de cassation considère comme telles des clauses ambiguës. Ainsi, il a été jugé que lorsqu'un accord collectif spécifie dans son champ d'application qu'il s'applique à l'ensemble des salariés et qu'il attribue, sans distinction, une prime forfaitaire, il n'y a pas lieu de la proratiser pour les salariés à temps partiel, en l'absence de dispositions conventionnelles contraires. Les intéressés ont droit, dans ce cas, au même montant que les salariés à temps complet (Cass. soc., 15 sept. 2010, no 08-45.050, FS-P).***

Les dispositions relatives à la prise des congés payés posent souvent des problèmes, y compris aux conseils de prud'hommes dont certains, partant du résultat et non de la méthode, ont tendance à attendre des entreprises qu'elles prévoient des dispositions spécifiques, de telle sorte que le nombre de jours « *non travaillés* » soit le même pour les travailleurs à temps partiel que pour les travailleurs à temps complet. Telle n'est pas l'exigence de la loi qui se satisfait d'une méthode identique pour tous les travailleurs, qu'ils soient à temps complet ou à temps partiel, dès lors que le décompte s'effectue en jours ouvrables. La Cour de cassation valide ainsi les dispositions d'un accord collectif qui imposait un décompte bloqué par semaine entière, mais écartait de ce dispositif la récupération d'un jour férié, le

repos décalé du dimanche, la prise d'un repos compensateur légal ou de remplacement, lesquels ne pouvaient s'effectuer que sur un jour ouvré (*Cass. soc.*, 31 janv. 2012, no 10-30.935).

#### **Remarque**

**Le conflit portait sur des congés supplémentaires. La Cour de cassation considère « qu'en application du principe de l'égalité de traitement entre les salariés à temps partiel et les salariés à temps complet édicté par l'article L. 3123-11 du Code du travail, les jours ouvrables de congés supplémentaires pour ancienneté doivent être décomptés de la même manière que les jours de congés des salariés à temps complet, sur les six jours ouvrables de la semaine ; que si le point de départ des congés est un jour ouvré pour le salarié concerné, le congé conventionnel s'applique sur une période de six jours, peu important qu'ils soient ouvrables ou ouvrés ; qu'il n'en va autrement que pour les congés revêtant un caractère compensatoire et pour ceux qui sont accordés dans une entreprise où le décompte des jours de congés de toute nature est effectué en jours ouvrés ». Le calcul en jours ouvrés présente donc plus de risques vis-à-vis du principe d'égalité de traitement.**

Le Code du travail instaure enfin une discrimination positive en faveur des salariés à temps partiel : leur ancienneté est calculée « comme s'ils avaient été occupés à temps complet, les périodes non travaillées étant prises en compte en totalité » (*C. trav.*, art. L. 3123-13).

#### **Intérimaires**

Le Code du travail pose le principe de l'égalité de rémunération entre les salariés titulaires d'un contrat de travail temporaire et les salariés permanents de l'entreprise d'accueil (*C. trav.*, art. L. 1251-18). Le salaire du travailleur intérimaire doit être égal à celui que toucherait dans l'entreprise utilisatrice, après période d'essai, un salarié de qualification équivalente occupant le même poste de travail.

À l'occasion d'une espèce dans laquelle plusieurs salariés intérimaires étaient mis à disposition d'une chambre de commerce et d'industrie en qualité de bagagistes, la Cour de cassation a considéré que ces salariés, nonobstant leur statut particulier, devaient bénéficier de la même rémunération que les agents publics dès lors qu'ils effectuent un travail de valeur égale (*Cass. soc.*, 16 févr. 2012, no 10-21.864, *Bull. civ. V*, no 76).

C'est à l'entreprise de travail temporaire qu'incombe le respect de ce principe d'égalité (*Cass. soc.*, 22 mai 1991, no 88-40.497, *Bull. civ. V*, no 254).

#### **Corrections légales des inégalités de fait : handicapés – jeunes**

À défaut de pouvoir compenser toutes les inégalités qui résultent de la nature, le droit du travail est intervenu pour rétablir une meilleure égalité entre les travailleurs salariés au profit de certains salariés (« *Sur les discriminations positives* », K. Berthou, *Dr. soc.* 2000, p. 901).

Il en va ainsi des handicapés qui bénéficient d'un système d'emplois réservés (« *L'obligation d'emploi des handicapés* », Ph. Auvergnon, *Dr. soc.* 1991, p. 596 ; « *Faiblesses et aléas d'une politique publique : les différentes actions menées en faveur des handicapés* », J. Bordeloup, *Dr. soc.* 1994, p. 586).

Le Code du travail oblige, en principe, toute entreprise occupant au moins 20 salariés à employer, à temps complet ou à temps partiel, des travailleurs handicapés, à hauteur de 6 % de son effectif total (*C. trav.*, art. L. 5212-2).

Il en va de même des mesures légales d'aides à l'emploi, que le Conseil constitutionnel juge constitutionnelles. Il considère que des différences de traitement entre catégories de travailleurs ou d'entreprises ne heurtent pas le principe d'égalité lorsqu'elles répondent « à une fin d'intérêt général », notamment s'il s'agit « d'améliorer l'emploi des jeunes » ou « d'inciter à la création d'emplois dans des zones défavorisées » (*Cons. const.*, 26 juin 1986, no 86-207 DC).

## **II - Égalité professionnelle entre les hommes et les femmes**

### **A - Principe d'égalité entre les hommes et les femmes**

#### **Influence du droit communautaire**

Plusieurs directives communautaires dont celle du 9 février 1976 (*Dir. no 76/207*, 9 févr. 1976), profondément remaniée par une directive no 2002/73/CE du 23 septembre 2002 (*JOCE 5 oct. 2002*, no L 269, p. 15), consacrent l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

S'agissant plus précisément de sa dimension salariale, l'article 119 du Traité de Rome pose la règle de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

Ces textes ont été relayés par une jurisprudence énergique de la Cour de justice. Ils ont donné une coloration européenne à la lutte pour une égalité réelle, et non pas seulement formelle, des femmes et des hommes dans la vie professionnelle.

La force obligatoire du droit communautaire s'est fait sentir, de manière particulièrement significative, à l'occasion du débat sur le travail de nuit des femmes. Soumise à la double pression de la commission de Bruxelles et de la Cour de justice, la France a dû renoncer – au nom de l'égalité de traitement – à la prohibition du travail de nuit des femmes.

En matière de retraite, également, les dispositions des articles 119 du Traité de Rome et 23 de la Charte des droits fondamentaux qui veulent que toute discrimination de traitement entre hommes et femmes soit proscrite lorsqu'ils se trouvent dans des situations similaires, entraînent un réajustement vis-à-vis des hommes. En particulier, il a été jugé contraire à ces textes de réserver aux seules femmes les majorations de trimestres par enfant élevé, selon les prévisions de l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale (*Cass. 2e civ., 19 févr. 2009, no 07-20.668, Bull. civ. II, no 53*).

#### **Remarque**

***La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2010 a révisé ce dispositif pour en tenir compte. La loi no 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites n'est pas revenue sur cette modification. Mais elle a maintenu, sous certaines conditions, l'âge de liquidation de la retraite à taux plein, à 65 ans, pour les hommes et les femmes qui ont eu au moins trois enfants et qui ont réduit ou suspendu leur activité, pour élever au moins l'un d'entre eux.***

#### **Droit interne**

En droit interne, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes se combine avec l'interdiction des discriminations sexuelles. Il s'articule autour des six axes suivants :

- les salaires ;  
Le législateur français a inscrit cette règle dans le Code du travail : « *Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* » (*C. trav., art. L. 3221-2*).  
Dans un premier temps, cantonné au contexte sexué, ce principe a conquis ensuite son autonomie et a été généralisé à l'ensemble des salariés (voir ci-dessous) ;
- le recrutement et la mixité des emplois ;
- le déroulement des carrières et notamment la promotion et la formation professionnelle ;
- l'accès aux fonctions syndicales et électives ;
- les conditions de travail ;
- les obligations familiales.

Plusieurs dispositions du Code du travail visent à favoriser l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale au premier rang desquels l'accès au temps partiel, le congé de paternité, le congé parental d'éducation à temps plein ou à temps partiel, partagé le cas échéant entre les parents, la prestation partagée d'éducation de l'enfant, sans oublier les aménagements d'horaire liés à la grossesse.

La loi no 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, la loi no 2010-1330 du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites, la loi no 2014-873 du 4 août 2014 dite « *pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes* », et en dernier lieu la loi no 2015-994 du 17 août 2015 (loi Rebsamen), comportent tout un arsenal de mesures destinées à garantir l'effectivité, à court terme, du principe d'égalité entre les sexes (voir ci-dessous).

Pour ce faire, des négociations doivent être engagées périodiquement au niveau des branches. Elle doit porter chaque année sur les écarts de rémunération (*C. trav., art. L. 2241-9*), tous les trois ans sur la résorption des inégalités professionnelles (*C. trav., art. L. 2241-3*) et tous les cinq ans sur les classifications (*C. trav., art. L. 2241-7*).

Au niveau des entreprises, la résorption des inégalités entre les hommes et les femmes irriguent l'ensemble des négociations périodiques obligatoires.

Celles de 50 salariés et plus doivent engager chaque année des négociations sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et la qualité de vie au travail (*C. trav., art. L. 2242-8*).

Celle-ci doit notamment porter sur les mesures et les objectifs visant à supprimer tous les écarts existants dans la vie professionnelle en matière de salaire, de formation, d'emploi, de carrière, de promotion et de conditions de travail.

Si elles n'ont pas conclu d'accord sur ce point, ou si elles ne sont pas couvertes par un accord de branche contenant de telles dispositions, elles doivent fixer unilatéralement ces mesures. À défaut d'un tel plan d'action, négocié ou non, elles sont redevables d'une pénalité pouvant s'élever jusqu'à 1 % de leur masse salariale.

Ce plan d'action (négocié ou non) doit être réexaminé chaque année (*C. trav.*, art. L. 2242-5).

La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle est couplée avec celle portant sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée dans l'entreprise (*C. trav.*, art. L. 2242-5 nouveau). Il s'agit entre autre d'assurer, dans ce cadre, un suivi des mesures négociées dans le cadre de la négociation précédente. À défaut d'accord sur l'égalité professionnelle, cette négociation doit aussi porter sur les mesures et les objectifs relatifs à la suppression des écarts, c'est-à-dire sur le plan d'action visé ci-dessus.

#### **Remarque**

*La disposition de l'ancien article L. 2242-5 du Code du travail selon laquelle la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle devient triennale, en cas de plan d'action négocié, a été supprimée par la loi Rebsamen (L. no 2015-994, 17 août 2015). Elle ne justifiait plus, dans la mesure où les sujets abordés dans le plan d'action n'absorbent pas l'ensemble des thématiques à traiter dans la négociation annuelle sur l'égalité H/F et la qualité de vie, laquelle porte désormais également sur la protection sociale complémentaire des salariés, l'emploi des travailleurs handicapés, le droit d'expression, la conciliation entre la vie professionnelle et la carrière syndicale et la prévention de la pénibilité (C. trav., art. L. 2242-8).*

Enfin, dans les entreprises de 300 salariés et plus, la négociation triennale sur la gestion des emplois et des parcours professionnels doit aussi porter sur la mixité des métiers (*C. trav.*, art. L. 2242-13).

Une autre négociation, qui en revanche n'est pas périodique, doit porter sur l'égalité d'accès des hommes et des femmes aux fonctions électives et syndicales (*C. trav.*, art. L. 2141-5).

## **B - Mise en œuvre du principe d'égalité salariale entre les hommes et les femmes**

### **Obligation d'affichage des textes relatifs à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes**

Le texte des dispositions relatives à l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes doit être affiché sur les lieux de travail et dans les locaux d'embauche (*C. trav.*, art. R. 3221-1).

Cet affichage est complété par la communication obligatoire au personnel des indicateurs et objectifs de progression, fixés dans l'entreprises pour assurer cette égalité.

### **Résorption des écarts de salaires**

Afin de garantir l'effectivité de l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes, des négociations sur les écarts de rémunération doivent être engagées chaque année au niveau des branches (*C. trav.*, art. L. 2241-9). Elles sont complétées par une négociation triennale sur la résorption des inégalités professionnelles (*C. trav.*, art. L. 2241-3) et tous les cinq ans sur les classifications (*C. trav.*, art. L. 2241-7).

Par ailleurs, dans les entreprises de 50 salariés et plus, le Code du travail assigne à la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail, ainsi qu'à la négociation annuelle obligatoire sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée, un objectif de suppression des écarts de salaire entre les hommes et les femmes (*C. trav.*, art. L. 2242-7).

Le plan d'action de résorption des écarts des écarts entre les femmes et les hommes, auxquelles sont soumises les entreprises de 50 salariés et plus (voir ci-dessus), doit également contenir de telles dispositions.

### **Éléments pris en compte dans la comparaison des rémunérations**

Le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes s'étend à l'ensemble du salaire et de ses accessoires et notamment les primes (*Cass. crim.*, 22 juin 1977, D. 1978, p. 138 ; *Cass. soc.*, 28 nov. 2000, no 97-43.715 et no 99-41.661, Bull. civ. V, no 395).

La Cour de cassation a précisé qu'il englobe « le salaire ou traitement ordinaire brut de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature par l'employeur ». Ainsi, les juges du fond ne peuvent pas débouter une salariée de ses demandes de rappel de salaires et de dommages-intérêts au motif qu'il n'y a pas d'écarts significatifs entre le salaire net versé à l'intéressé et celui perçu par l'un de ses collègues qui exerce des fonctions comparables (*Cass. soc.*, 10 avr. 2002, no 00-42.935).

Le Code du travail dispose par ailleurs que tous les éléments composant la rémunération doivent être établis selon des normes identiques ; les catégories, les critères de classification professionnelle, toutes les bases de calcul, notamment les modes d'évaluation des emplois, doivent être communs (*C. trav.*, art. L. 3221-6).

Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse (*C. trav.*, art. L. 3221-3 ; sur la nécessité de prendre en compte l'ensemble des éléments de comparaison énoncés par l'article précité, voir *Cass. crim.*, 31 mai 1988, no 87-84.441).

À titre d'illustration, la Cour de cassation a jugé que même si le coefficient attribué à une salariée correspondait bien aux responsabilités qui lui avaient été confiées, cela ne suffisait pas à écarter l'existence d'une inégalité de rémunération avec d'autres collaborateurs masculins. Elle a donc cassé l'arrêt des juges d'appel qui n'avaient pas procédé à une « analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la salariée » avec celle de ses collègues bénéficiant, eux, d'un coefficient plus élevé. Selon les Hauts magistrats, la Cour d'appel devait rechercher si « les fonctions exercées par les uns et les autres (n'étaient) pas de valeur égale à celles de l'intéressée » (*Cass. soc.*, 22 oct. 2014, no 13-18.362). Il s'agissait dans cette affaire d'une directrice des ressources humaines classée au coefficient 600, qui était membre du comité de direction. Or, y siégeaient notamment le directeur comptable, le directeur marketing et le directeur technique, lesquels relevaient tous, en termes de classification, du groupe III correspondant à un coefficient minimum de 800.

Les règles dégagées par la jurisprudence en application du principe « à travail égal, salaire égal » (voir ci-dessous) sont bien sûr applicables aux inégalités salariales entre les hommes et les femmes.

### Réversibilité de la règle d'égalité

La règle d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes a donné lieu à de nombreuses décisions de jurisprudence : la règle d'égalité joue dans les deux sens.

Il a été ainsi jugé que les primes de crèche, allocations de frais de garde ou allocation de naissance ne peuvent être réservées au seul personnel féminin (ainsi qu'aux seuls pères de famille célibataires, veufs ou divorcés élevant seuls leur enfant). Les salariés hommes doivent en profiter dès lors qu'ils sont pères de famille car cette allocation constitue un complément de rémunération visant à indemniser le salarié des dépenses liées à la présence d'un enfant au foyer, dépenses auxquelles l'homme doit faire face au même titre que la femme (*Cass. soc.*, 27 févr. 1991, no 90-42.239, CSBP 1991 A 23 ; *Cass. soc.*, 8 oct. 1996, no 92-42.291, *Bull. civ. V*, no 311 ; dans le même sens, *Cass. soc.*, 9 avr. 1996, no 94-43.279, *Bull. civ. V*, no 144).

C'est également au nom du principe communautaire d'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins que la Cour de cassation a étendu à un homme le bénéfice de dispositions du statut de la RATP réservées aux femmes (*Cass. soc.*, 18 déc. 2007, no 06-45.132, *Bull. civ. V*, no 215).

### Justification des différences de rémunération

Le principe d'égalité n'est pas incompatible avec des différences de rémunération dès lors qu'elles sont justifiées par la situation particulière des salariés « *avantagés* », tels que le rattrapage des périodes de maternité, ou par des éléments objectifs et non discriminatoires.

Les justifications admises, ou non, par la jurisprudence en application du principe « à travail égal, salaire égal » sont bien sûr applicables aux éventuelles différences salariales entre les hommes et les femmes.

#### Différences reposant sur des situations particulières

Le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, suppose que les travailleurs masculins et féminins se trouvent dans des situations comparables. En effet, la directive no 76/207 du 9 février 1976 prévoit expressément que le principe d'égalité ne fait pas obstacle « aux dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». Sur ce fondement, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) s'est prononcée sur la

compatibilité d'une prime de départ en congé maternité avec l'article 119 du Traité de Rome, dans la mesure où cette prime forfaitaire était destinée à « compenser les désavantages professionnels résultant pour les travailleurs féminins de leur éloignement du travail » (CJCE, 16 sept. 1999, aff. C-218/98). Par cette décision, la CJCE opère donc une nette distinction entre les primes liées à la naissance elle-même, acte social intéressant la mère et le père, et une allocation versée en amont, lors du départ en congé maternité qui ne concerne alors que les femmes (*dans le même sens* : Cass. soc., 21 mars 2000, no 98-45.485 à no 98-45.490, Bull. civ. V, no 110).

#### **Différences reposant sur des éléments objectifs valables**

Au regard du principe d'égalité de rémunération entre homme et femme, les différences de salaire sont également licites si elles reposent sur des éléments contrôlables et de nature à justifier leur bien-fondé (Cass. soc., 28 nov. 2000, no 97-43.715 et no 99-41.661, Bull. civ. V, no 395 ; Cass. soc., 19 déc. 2000, no 98-43.331, Bull. civ. V, no 436).

A contrario, les salariées ont droit à un rappel de salaire dès lors que les hommes occupés du même emploi sont systématiquement payés davantage et que cette différence ne s'explique par aucun élément objectif (Cass. soc., 12 févr. 1997, no 95-41.694, Bull. civ. V, no 58). Il en va de même lorsque les hommes bénéficient presque tous d'un coefficient plus élevé que les femmes, sans que l'employeur justifie cette différence par des raisons objectives (Cass. soc., 19 déc. 2000, no 98-43.331, Bull. civ. V, no 436).

Au premier rang des critères de différenciation figurent les tâches ou les fonctions exercées par le salarié pour autant qu'elles ne soient pas de valeur égale. En l'absence de tout élément permettant de distinguer les tâches, il a ainsi été jugé que l'épouse d'un gardien d'immeuble accomplissant le même travail que lui, en la même qualité, doit recevoir le même salaire (Cass. soc., 19 févr. 1992, no 88-45.217, Bull. civ. V, no 98).

De même, la Cour de cassation a considéré que l'écart de rémunération constatée entre une femme et ses autres collègues, membres, comme elle, du comité de direction, constituait une inégalité de traitement illicite, dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments justificatifs, étrangers à toute discrimination. De ce point de vue, la différence de fonctions exercée dans l'entreprise n'a pas été jugée suffisante pour exclure l'exécution d'un travail de valeur égale (Cass. soc., 6 juill. 2010, no 09-40.021, Bull. civ. V, no 158 ; à l'inverse : Cass. soc., 26 juin 2008, no 06-46.204, Bull. civ. V, no 141).

Dans le même esprit, la Cour de cassation a jugé que même si une DRH, membre du comité de direction, avait un coefficient correspondant bien à aux responsabilités qui lui avaient été confiés, cela ne suffisait pas à écarter l'existence d'une inégalité de rémunération avec les autres directeurs masculins qui siégeaient dans la même instance, et qui bénéficiaient, eux, d'un coefficient plus élevé (Cass. soc., 22 oct. 2014, no 13-18.362).

La justification de la différence de salaire peut résulter de la détention d'un diplôme, à condition que les connaissances qu'il sanctionne soient mises en œuvre dans le poste occupé.

L'expérience acquise et l'appréciation des responsabilités, en ce qu'elles peuvent reposer sur un jugement de valeur, sont, en revanche, à manier avec précautions et doivent selon nous être confortées par des preuves tangibles. La Cour de cassation est allée dans ce sens en précisant que l'expérience professionnelle acquise auprès d'un précédent employeur ne peut justifier une différence de salaire qu'au moment de l'embauche et pour autant qu'elle soit en relation avec les exigences du poste et les responsabilités effectivement exercées (Cass. soc., 11 janv. 2012, no 10-19.438).

Il a enfin été jugé que des disparités de rémunération entre les établissements d'une même entreprise ne peuvent pas, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, être fondées sur l'appartenance des salariés de ces établissements à l'un ou l'autre sexe (Cass. soc., 8 oct. 1996, no 92-42.291, Bull. civ. V, no 311).

#### **Illicéité des justifications discriminatoires**

La différence de rémunération ne doit pas reposer sur des critères objectifs directement ou indirectement discriminants. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une prime de Noël n'est pas versée aux salariés en congé d'éducation lorsque cette somme vise à rémunérer rétroactivement le travail accompli au cours de l'année. La CJCE a relevé en effet que « les femmes risquent de se trouver bien plus souvent en congé d'éducation lors de l'octroi de cette prime que les travailleurs masculins » (CJCE, 21 oct. 1999, aff. C-33/97).

## C - Accès à l'emploi, à la promotion, à la formation professionnelle et aux fonctions syndicales et électives

L'égalité entre hommes et femmes devant l'accès à l'emploi, à la promotion, à la formation professionnelle et aux fonctions syndicales et électives est plus difficile à garantir effectivement que l'égalité des salaires.

Afin d'atteindre cet objectif, des négociations sur la résorption des inégalités professionnelles entre les hommes et les femmes doivent être engagées tous les trois ans au niveau des branches (*C. trav.*, art. L. 2241-3). Elles sont complétées tous les cinq ans par une négociation obligatoire sur les classifications, intégrant la prise en compte de l'objectif de mixité des emplois et la revalorisation des emplois à prédominance féminine (*C. trav.*, art. L. 2241-7).

Les accords doivent comporter, entre autres, des actions de promotions de la mixité des emplois, de sensibilisation à la lutte contre les stéréotypes sexistes, notamment en matière de formation (*C. trav.*, art. L. 6313-1).

Le plan d'action de résorption des écarts entre les femmes et les hommes, auxquelles sont soumises les entreprises de 50 salariés et plus (voir ci-dessus), doit également contenir de telles dispositions.

Dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire sur l'égalité professionnelle femmes/hommes et la qualité de vie au travail, doivent être envisagées, chaque année ou tous les trois ans lorsqu'un accord fixant un plan d'action est conclu, des actions de nature supprimer les inégalités existantes entre les hommes et les femmes dans le déroulement des carrières, l'accès à l'emploi, à la promotion, à la formation et aux fonctions syndicales et électives (*C. trav.*, art. L. 2242-8). L'accord doit prévoir à cet effet des mesures permettant de concilier la vie personnelle et professionnelle, ainsi que l'exercice d'un mandat.

Cette négociation est couplée avec la négociation annuelle sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée (*C. trav.*, art. L. 2242-5 nouveau), Cette dernière doit porter notamment sur le suivi des mesures négociées dans les accords.

Dans les entreprises de 300 salariés et plus, la négociation triennale sur la gestion des emplois et des parcours professionnels doit aussi porter sur la mixité des métiers (*C. trav.*, art. L. 2242-13).

Afin, par ailleurs, de renforcer la mixité au sein du comité d'entreprise et parmi les délégués du personnel, les listes électorales devront être composées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, d'une proportion de femmes et d'hommes identique à la composition des collèges électoraux (*C. trav.*, art. L. 2314-24-1 ; *C. trav.*, art. L. 2324-22-1).

À noter enfin que de façon générale, les discriminations indirectes, sexuées ou non, sont prohibées

## III - « A travail égal, salaire égal »

### A - Origine du principe

La règle « à travail égal, salaire égal » est énoncée, à bas bruit, et comme incidemment, par deux articles du Code du travail.

Le premier de ces textes concerne les conditions à remplir par une convention collective pour être susceptible d'extension : elle doit notamment préciser les modalités d'application du principe « à travail égal, salaire égal » (*C. trav.*, art. L. 2261-22).

Le second énumère les attributions de la commission nationale de la négociation collective qui doit, en particulier, « suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe à travail égal, salaire égal » (*C. trav.*, art. L. 2271-1).

Personne n'avait proposé de donner à ces textes une quelconque portée et c'est la Cour de cassation avec l'arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 qui a conféré à ce principe la valeur d'une règle impérative (*Cass. soc.*, 29 oct. 1996, no 92-43.680, *Bull. civ. V*, no 359 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1013, obs. A. Lyon Caen). Présentée comme une norme générale, dont l'égalité de rémunération hommes/femmes n'est qu'une application, l'arrêt Ponsolle précise : « qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ».

La règle a été réaffirmée à de nombreuses reprises (*Cass. soc.*, 15 déc. 1998, no 95-43.630, *Bull. civ. V*, no 551 ; *Cass. soc.*, 29 mai 1999, no 97-41.567, *Bull. civ. V*, no 307) et elle a été érigée en principe général de droit (*Cass. soc.*, 18 mai 1999, no 98-40.201, *Bull. civ. V*, no 213 ; *Cass. soc.*,

9 mars 1999, no 96-40.600 ; Cass. soc., 23 mai 2001, no 99-41.600 ; Cass. soc., 5 juin 2001, no 99-42.772 ; Cass. soc., 20 juin 2001, no 99-43.905 ; Cass. soc., 13 janv. 2004, no 01-46.407, Bull. civ. V, no 1 ; Cass. soc., 7 avr. 2010, nos 08-44.865 à 08-44.869, Bull. civ. V, no 86 ; Cass. soc., 6 juill. 2010, no 09-40.021, Bull. civ. V, no 158).

#### **Remarque**

***Le fondement de ce principe ne fait pas l'unanimité. Selon certains auteurs, il ne résulte, ni des normes internationales, ni de la Constitution (Sylvain Niel et Clémence Morin, « Cadres et non cadres : tous égaux, analyse critique du principe jurisprudentiel d'égalité de traitement », Cahiers du DRH no 159-160, nov.-déc. 2009).***

La règle « à travail égal, salaire égal » ne doit pas être confondue avec l'interdiction des discriminations énoncée à l'article L. 1132-1 du Code du travail qui prohibe la prise en considération de critères illicites (appartenance syndicale, sexe, race, religion...) pour justifier une différence de traitement (Cass. soc., 5 juill. 2005, no 03-44.281 ; Cass. soc., 18 janv. 2006, no 03-45.422, Bull. civ. V, no 17).

## **B - Illicéité des décisions discrétionnaires**

Le principe « à travail égal, salaire égal » signifie que si rien ne distingue objectivement deux salariés – même travail, même ancienneté, même formation, même qualification – ils doivent percevoir le même salaire (Cass. soc., 15 déc. 1998, no 95-43.630, Bull. civ. V, no 551 ; Cass. soc., 10 oct. 2000, no 98-41.389, Bull. civ. V, no 317 ; Cass. soc., 20 juin 2001, no 99-43.905).

Cela vaut également pour les accessoires de rémunération. Mais, dans ce cas, l'identité de situation des salariés s'apprécie sur la base des critères d'attribution de ces avantages. Et pour autant qu'ils soient justifiés et pertinents. C'est ainsi que l'ancienneté ne peut être un critère de différenciation s'agissant du montant d'un complément de salaire rétribuant un niveau de fonction (Cass. soc., 9 déc. 2015, no 14-10.874 et no 14-18.033).

### **Interdiction des mesures discrétionnaires**

Comme c'est le cas de manière générale en droit du travail, les décisions de l'entreprise en matière salariale ne peuvent être discrétionnaires. Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit interdit à l'employeur de noter ses salariés en fonction de la valeur de leur travail et de leur application, ou de différencier leurs rémunérations en fonction des résultats obtenus, mais toute différence entre salariés accomplissant le même travail sera suspecte et devra être justifiée, en cas de contestation, par des éléments objectifs et vérifiables. C'est ce qu'exprime l'arrêt suivant : « *les augmentations individuelles ne peuvent être accordées de manière purement discrétionnaire et doivent correspondre à des critères objectifs et vérifiables* » (Cass. soc., 20 oct. 2001, no 90-17.577). De ce point de vue, la seule allégation de la médiocrité du travail du salarié n'est pas reconnue suffisante pour justifier le non-paiement d'une prime collective à un salarié (Cass. soc., 26 nov. 2002, no 00-41.633).

S'agissant d'un treizième mois, une agence de tourisme avait décidé de ne l'attribuer qu'aux accompagnateurs et aux guides-accompagnateurs. Elle s'appuyait sur la convention collective aux termes de laquelle les entreprises devaient s'efforcer, « *dans la mesure du possible d'accorder une gratification annuelle à tout ou partie de leur personnel ayant au moins six mois d'ancienneté* ». La Cour de cassation, constatant que la convention collective n'imposait pas le versement d'un treizième mois, en déduit que la décision patronale d'en verser est une mesure unilatérale « *et qu'il appartenait en conséquence à l'employeur de justifier la décision de ne le verser qu'à une seule partie des salariés de l'agence* » (Cass. soc., 25 mars 2009, no 08-41.229).

### **Un tempérament : le bonus discrétionnaire respectant certaines conditions**

La prohibition des décisions discrétionnaires en matière salariale constitue une jurisprudence constante de la Cour de cassation, à l'exception notable des bonus discrétionnaires. Dans une affaire, un employeur avait attribué un bonus à certains salariés, par une décision qu'il reconnaissait lui-même comme étant discrétionnaire. La cour d'appel avait, de ce fait, estimé qu'il était vain de chercher à appliquer le principe « à travail égal, salaire égal » et avait débouté le salarié de sa demande de rappel de salaire.

Solution surprenante que la Cour de cassation rectifie : « *l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier, de façon objective et pertinente, une différence de rémunération...* » (Cass. soc., 30 avr. 2009, no 07-40.527, Bull. civ. V, no 121). La Cour de cassation a confirmé cette position en considérant que le juge doit, lorsque le salarié soulève cette

problématique, vérifier que l'employeur n'a pas traité différemment les salariés placés dans une situation comparable au regard de la rémunération variable. Néanmoins, la Cour de cassation rappelle que le contrat de travail peut tout à fait prévoir l'attribution d'une prime laissée à la libre appréciation de l'employeur, et que ce dernier peut parfaitement continuer à verser des bonus discrétionnaires sans s'appuyer sur des critères objectifs préalablement déterminés (*Cass. soc.*, 10 oct. 2012, no 11-15.296) En conséquence, le salarié ne devrait pouvoir contester le montant de son bonus que par comparaison avec des salariés placés dans une situation comparable.

### **C - Avantages concernés par la règle « à travail égal, salaire égal »**

La règle d'égalité de rémunération s'applique au salaire de base proprement dit mais aussi à tous ses accessoires. Les gratifications et les primes exceptionnelles sont donc également concernées (*Cass. soc.*, 10 oct. 2000, no 98-41.389, *Bull. civ. V*, no 317 ; *Cass. soc.*, 5 juin 2001, no 99-42.772 ; *Cass. soc.*, 18 mai 1999, no 98-40.201).

La Cour de cassation a très vite dépassé le seul thème des salaires pour viser l'égalité de traitement, entendue au sens large, c'est-à-dire englobant l'ensemble des droits individuels et collectifs qu'ils soient financiers ou non, accordés aux salariés en raison de leur appartenance à l'entreprise (voir ci-dessous).

### **D - Cadre d'appréciation géographique de la règle « à travail égal, salaire égal »**

#### **Champ d'application limité à l'entreprise**

C'est en principe l'entreprise, en tant que personne juridique distincte, qui sert de cadre à l'appréciation du respect de la règle d'égalité de salaire.

La Cour de cassation a précisé que le principe « à travail égal, salaire égal » « n'a vocation à s'appliquer qu'à l'égard des salariés d'une même entreprise » (*Cass. soc.*, 12 juill. 2006, no 04-46.104).

Ce principe ne s'applique donc pas entre les salariés appartenant à des entreprises différentes, peu important qu'elles relèvent du même groupe (*Cass. soc.*, 23 nov. 2011, no 10-24.897 ; *Cass. soc.*, 20 nov. 2012, no 11-20.341 ; *Cass. soc.*, 9 oct. 2013, no 12-16.664).

#### **Disparités entre établissements d'une même entreprise**

Un accord d'établissement peut prévoir, compte tenu de ses caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques aux salariés qui y sont rattachés (*Cass. soc.*, 7 avr. 2004, no 01-42.758).

De même, un accord d'entreprise peut, pour des motifs analogues, prévoir qu'au sein de certains de ses établissements des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement (*Cass. soc.*, 18 janv. 2006, no 03-45.422).

Cependant, 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 (*Cass. soc.*, 21 janv. 2009, no 07-43.452 ; *Cass. soc.*, 8 juin 2011, no 10-30.162 ; *Cass. soc.*, 14 nov. 2012, no 11-22.644).

Cette solution est directement inspirée de la jurisprudence de la CJCE qui avait posé le même principe assorti des mêmes exceptions (source commune de fixation de la rémunération et travail dans le même établissement) : pas de comparaison possible entre salariés pour des employeurs différents au motif « qu'il manque une entité responsable de l'inégalité et qui pourrait rétablir l'égalité de traitement » (CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-320/00, *Lawrence*).

#### **Disparités entre les entreprises d'une UES**

La Cour de cassation n'accepte que soient comparés les conditions de rémunération des salariés d'une même UES « que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention collective ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans le même établissement » (*Cass. soc.*, 1er juin 2005, no 04-42.143, *Bull. civ. V*, no 185 ; *Cass. soc.*, 30 mai 2012, no 11-11.387). Autrement dit, la seule reconnaissance d'UES ne suffit pas à établir un cadre de comparaison entre les salariés. Il faut, pour que s'applique le principe « à travail égal, salaire égal », soit que les conditions de rémunération de l'UES résultent de la loi, d'une convention collective ou d'un accord collectif commun, soit que le travail soit accompli dans le même établissement. Toutefois, la Cour de cassation ne définit pas la notion d'établissement dans ce cas de figure. Suffit-il

que les salariés travaillent au même endroit ? La notion d' « établissement » mériterait ici d'être précisée.

### Salariés mis à disposition

Des salariés mis à disposition d'une entreprise ne peuvent ainsi pas prétendre au bénéfice d'un jour de repos compensateur octroyé par ladite entreprise à ses propres salariés (*Cass. soc.*, 6 juill. 2005, no 03-43.074, *Bull. civ. V*, no 235). Cette règle s'applique a fortiori à la rémunération, sauf lorsque la loi en dispose autrement comme c'est le cas pour les intérimaires.

## E - Condition d'un travail égal ou de valeur égale

L'égalité de salaire suppose un travail identique ou de valeur égale. Selon les dispositions du Code du travail relatives à l'égalité hommes/femmes, la notion de travail de valeur égale s'entend des « *travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* » (*C. trav.*, art. L. 3221-4).

Pour apprécier si deux salariés se trouvent dans une situation identique, la jurisprudence se réfère d'abord au poste occupé et prend en compte l'identité de coefficient, de qualification et d'ancienneté (*Cass. soc.*, 15 déc. 1998, no 95-43.630, *Bull. civ. V*, no 551 ; *Cass. soc.*, 4 juill. 2000, no 98-43.285, *Bull. civ. V*, no 264 ; *Cass. soc.*, 23 oct. 2001, no 99-43.153, *Bull. civ. V*, no 330).

Cette approche quelque peu rigide du poste de travail doit être combinée avec une approche plus souple, inspirée par la CJCE, qui s'attache davantage aux fonctions effectivement exercées, aux responsabilités assumées, aux qualités particulières liées au poste (*CJCE*, 11 mai 1999, *aff. C-309/97*). Selon cette conception, la classification dans une même catégorie affectée d'un même coefficient n'est pas à elle seule suffisante pour conclure à un travail de valeur égale, ces éléments devant être « *corroborés par des facteurs précis et concrets déduits des activités effectivement exercées par les travailleurs concernés* » (*CJCE*, 26 juin 2001, *aff. C-381/99, Brunnhofer*).

Dans cet esprit, lorsqu'un accord de salaires se réfère à une classification ne prévoyant pas le coefficient d'un salarié, le juge peut déterminer le montant de la rémunération due à une salariée sur la base du salaire perçu par une autre personne exerçant la même fonction (*Cass. soc.*, 20 févr. 2013, no 11-26.855). L'employeur avait soutenu qu'il convenait de se référer au coefficient le plus proche de celui qui avait été attribué au salarié, mais la Cour de cassation a privilégié la démarche comparative.

La jurisprudence récente n'exige plus que les salariés exercent des fonctions strictement identiques, mais accepte d'élargir la comparaison à des fonctions différentes, dès lors qu'elles impliquent un niveau de responsabilité, de capacité et de charge physique ou nerveuse comparable (*Cass. soc.*, 11 juill. 2007, no 06-41.742 ; *Cass. soc.*, 6 juill. 2010, no 09-40.021, dans cette affaire, une responsable des ressources humaines et des services juridiques généraux a obtenu un rappel de salaires sur le fondement d'une inégalité de traitement par rapport au directeur administratif et financier et au directeur commercial).

De même, il n'est pas exigé, pour que la comparaison s'opère, une identité de diplôme. Il suffit que les salariés bénéficient de niveaux de formation comparable (*Cass. soc.*, 11 juill. 2007, no 05-45.324).

Dès lors que les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres sont de valeur égale, le principe « *à travail égal, salaire égale* » s'applique, même si en pratique les fonctions sont différentes (*Cass. soc.*, 10 juill. 2013, no 12-13.790).

Sur les justifications des différences de traitement, voir ci-dessous

## IV - Extension jurisprudentielle du principe d'égalité

La jurisprudence ne s'est pas bornée à appliquer, souvent avec force, les dispositions légales comportant l'affirmation du principe d'égalité. Elle a donné à ce principe une portée qui apparaît de plus en plus générale, à telle enseigne qu'on a pu parler de l'émergence « *d'un droit général à l'égalité de traitement dans les relations de travail* » (*M. Henry, Dr. ouvrier 2001, p. 199*). Elle l'a notamment étendu à d'autres éléments que le salaire et notamment au domaine du licenciement économique, aux apprentis et au droit syndical.

## A - Extension du principe d'égalité aux avantages non financiers : de l'égalité salariale à l'égalité de traitement

La Cour de cassation a très vite dépassé le seul thème des salaires pour viser l'égalité de traitement, entendu au sens large, c'est-à-dire englobant l'ensemble des droits individuels et collectifs qu'il s'agisse des conditions de rémunération, d'emploi, de travail, de formation ou des garanties sociales. Elle a notamment appliqué le principe d'égalité :

- à l'accès au restaurant d'entreprise ou le bénéfice des tickets-restaurant (*Cass. soc.*, 20 févr. 2008, no 05-45.601, *Bull. civ. V*, no 39) ;
- aux prix attribués à l'occasion d'un challenge commercial (*Cass. soc.*, 18 janv. 2000, no 98-44.745, *Bull. civ. V*, no 25) ;
- à l'impact d'une absence sur la rémunération (*Cass. soc.*, 10 juin 2008, no 06-46.000, *Bull. civ. V*, no 130) ;
- aux congés payés (*Cass. soc.*, 1er juill. 2009, no 07-42.675, *Bull. civ. V*, no 168) ;
- à la classification et au coefficient (*Cass. soc.*, 10 oct. 2012, no 11-10.454, P+B) ;
- aux conditions d'affiliation aux régimes de retraites complémentaires (*Cass. soc.*, 27 janv. 2015, no 13-17.622) ;
- à l'âge de liquidation des pensions de retraite (*Cass. soc.*, 30 sept. 2013, no 12-14.964 et no 12-14.964).

Comme en matière de rémunération, la Cour de cassation considère qu'un avantage, même non financier, doit profiter en principe à tous les salariés, à tout le moins à tous ceux qui répondent aux critères précis et objectifs d'attribution préalablement définis : « *Si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* » (*Cass. soc.*, 18 janv. 2000, no 98-44.745 ; *Cass. soc.*, 18 mai 1999, no 98-40.201, *Bull. civ. V*, no 213).

Ces derniers doivent par ailleurs être pertinents au regard de l'avantage considéré (*Cass. soc.*, 10 oct. 2012, no 11-10.454 ; *Cass. soc.*, 27 janv. 2015, no 13-17.622).

## B - Ordre des licenciements et principe d'égalité

Un des domaines où le principe d'égalité a joué, très rapidement, un rôle important est celui de l'ordre des licenciements pour motif économique. On sait l'importance de cet ordre qui détermine, en pratique, les noms des salariés qui, pour motif économique, vont perdre leur emploi (*J. Savatier, Ordre des licenciements et motifs réels et sérieux de licenciement, Dr. soc. 1996, p. 478*).

Mais, pourrait-on objecter, l'ordre des licenciements qui établit un classement des salariés est tout le contraire de l'égalité. Certes, mais il ne peut être valable que si l'égalité entre salariés a été respectée au cours de l'établissement de l'ordre. Elle suppose, d'une part, que tous les critères définis à l'avance soient mis en œuvre de la même manière pour tous et, d'autre part, que dans la mise en œuvre des critères des qualités professionnelles, le classement des salariés repose sur des éléments objectifs qui puissent, en cas de contestation être vérifiés par le juge (*Ph. Waquet, Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements, Dr. soc. 1994, p. 677 ; Cass. soc.*, 24 févr. 1993, no 91-45.859, *Bull. civ. V*, no 66 ; *Cass. soc.*, 20 oct. 1993, no 91-44.083, *Bull. civ. V*, no 969 ; *Cass. soc.*, 15 juin 1994, no 93-41.269, *Bull. civ. V*, no 809 ; *Cass. soc.*, 26 nov. 1996, no 94-42.161, *Bull. civ. V*, no 405, *Dr. soc. 1998, p. 563*).

On retrouve une logique analogue dans les procédés de notation des salariés et de « *ranking* » (*sur la question, voir Semaine sociale Lamy, no 1100, 2 déc. 2002 « Ranking, réflexions juridiques »*).

## C - Contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et principe d'égalité

### Application du principe d'égalité au PSE

#### Mesures particulières réservées à certains salariés

S'agissant du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, il a été jugé que « *si le plan social peut contenir des mesures réservées à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables* » (*Cass. soc.*, 10 juill. 2001, no 99-40.987, *Bull. civ. V*, no 255, voir aussi : *Cass. soc.*,

12 juin 2001, no 99-41.936, Bull. civ. V, no 216 ; Cass. soc., 17 oct. 2007, no 06-40.887 ; Cass. soc., 9 juill. 2015, no 14-16.009).

Ainsi, les dispositions du PSE peuvent être particulières à telle ou telle catégorie de salariés ; mais tous les salariés de cette catégorie doivent être à égalité pour profiter de cet avantage. Rien dans les textes du Code du travail ne prévoyait une telle solution qui ne s'explique que par une application généralisée du principe d'égalité.

#### **Remarque**

*Cette jurisprudence est particulièrement intéressante car la diversité des mesures prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi participe de sa qualité. Et plus ces mesures sont ciblées, plus elles nécessitent la fixation de conditions d'accès, d'option et/ou de cumul. C'est ce qu'admet très clairement la Cour de cassation dans sa décision du 10 juillet 2010 (« si le plan social peut contenir des mesures réservées à certains salariés... »), sous réserve que ces conditions soient préalablement définies et contrôlables. En l'espèce, l'employeur avait réservé le cumul de certaines mesures aux salariés des services généraux. Encore fallait-il que la condition justifiant cet avantage leur soit spécifique. Dès lors que cette justification ne résidait que dans le niveau de rémunération, tous les autres salariés de l'entreprise – en l'espèce l'avantage était réclamé par une salariée des services administratifs – répondant à la même condition devaient en bénéficier.*

S'inscrivant dans le prolongement de cette jurisprudence, la Cour de cassation a jugé qu'un employeur ne saurait, sans raison pertinente, réserver un dispositif de départs volontaires aux salariés d'un seul établissement, alors que le licenciement économique est susceptible de toucher les salariés de toute l'entreprise (Cass. soc., 12 juill. 2010, no 09-15.182, Bull. civ. V, no 166). Ce procédé est, selon elle, contraire au principe d'égalité de traitement et constitue une discrimination illicite justifiant l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi.

#### **Remarque**

*Cette décision appelle deux observations.*

*D'abord, on notera que la Cour de cassation valide l'idée selon laquelle l'accès au départ volontaire est un « avantage ». Le doute était permis : même volontaire, un départ constitue pour un salarié la perte de son emploi. Très logiquement, la Cour de cassation considère néanmoins que, perte d'emploi pour perte d'emploi, il est plus avantageux de la choisir que de la subir.*

*Ensuite, on notera que l'enjeu, dans cette affaire, est de savoir si le choix de l'employeur était ou non pertinent. L'objectivité ne se discute pas : l'appartenance à un établissement, c'est objectif. Mais réserver une mesure aux salariés d'un établissement n'est pas en soi pertinent si cette décision n'est pas assortie de critères la justifiant. Ce qui frappe, à la lecture de l'arrêt, c'est que l'employeur n'a jamais tenté d'expliquer que le reclassement des salariés de l'établissement concerné s'avérerait plus délicat en fonction de sa situation géographique. Non seulement, il n'en avait rien fait, mais il n'avait pas non plus circonscrit le licenciement à cet établissement démontrant, par là-même, qu'il n'avait aucun mobile pertinent pour réserver le plan de volontariat aux salariés qui y travaillaient.*

#### **Justification des différences**

Le PSE peut moduler les mesures qu'il contient pour autant que cette différenciation repose sur éléments objectifs et pertinents, tels que notamment la précarité, le niveau de rémunération ou l'âge. La Cour de cassation a ainsi validé un plan de sauvegarde de l'emploi prévoyant une indemnité additionnelle de licenciement excluant de son bénéfice les salariés bénéficiant d'une pré-retraite ou d'une pension d'invalidité. Pour la Cour de cassation il s'agit d'une différence de traitement justifiée dès lors que ces salariés seront, à la suite de leur licenciement, dans une situation de précarité moindre dès lors qu'ils continueront à percevoir les indemnités liées à leur statut (Cass. soc., 5 déc. 2012, no 10-24.203 et no 10-24.204).

En revanche, le PSE ne peut pas minorer les avantages accordés aux collaborateurs de 55 ans et plus ayant refusé une mesure de cessation d'activité, quand bien même il s'agit d'une mesure incitative (Cass. soc., 9 juill. 2015, no 14-16.009). Cela instaure une différence de traitement injustifiée entre les salariés licenciés.

### **Remarque**

***La solution eut peut-être été différente si une prime avait été accordée aux collaborateurs ayant adhéré au dispositif de cessation anticipée d'activité. Mais le coût aurait dès lors été plus élevé.***

Il a été également jugé que les indemnités complémentaires de rupture fixées par le PSE pouvaient être plafonnées au-delà d'un certain niveau de rémunération, et ce dans le but de favoriser les bas salaires. Cet écrêtement n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement, dès lors que l'indemnité est versée à tous les salariés, son montant étant déterminé en fonction de leur âge et de leur ancienneté. Pour la CJUE, un PSE peut prévoir des modalités de calcul différentes pour l'indemnité de licenciement qu'il prévoit, et qui entraînent sa réduction pour les salariés les plus âgés. En revanche, le mode de calcul adopté ne peut pas entraîner une réduction de l'indemnité en raison du handicap du salarié (CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11).

### **Condition d'opposabilité du principe d'égalité**

Quand bien même le contenu du PSE n'est pas conforme au principe d'égalité de traitement, l'employeur ne peut pas s'en prévaloir pour échapper aux engagements unilatéraux qu'il a pris à cette occasion (Cass. soc., 27 janv. 2015, no 13-22. 509).

Dans cette affaire, l'entreprise avait incité au départ volontaire des seniors, en promettant de verser une allocation complémentaire de retraite, à ceux qui accepterait un contrat de solidarité. Ce complément était destiné à compenser la perte financière résultant de leur cessation anticipée d'activité avant 65 ans. Aucun ajustement n'avait été envisagé pour tenir compte d'une éventuelle évolution des modalités de calcul des pensions. Or, compte tenu des modifications ultérieures de la réglementation, le versement intégral du complément aurait abouti à ce que les bénéficiaires du contrat solidarité perçoivent une retraite plus élevée que celle des salariés ayant continué à travailler jusqu'à 65 ans. Le montant de cette allocation fut donc écrêté par l'entreprise pour assurer une stricte égalité entre les préretraités et les autres collaborateurs. Un des salariés concernés introduit une action devant le conseil des prud'hommes pour obtenir réparation du non-respect par l'entreprise des engagements qu'elle avait pris initialement. Les juges du fond ont fait droits à sa demande et ont été approuvés par la Cour de cassation.

### **Remarque**

***Ce qui vaut pour l'entreprise ne vaut pas pour les salariés. Ceux exclus de mesures prévues par le PSE, sur la base de critères injustifiés, peuvent invoquer le principe d'égalité pour en bénéficier.***

## **D - Application du principe d'égalité aux apprentis**

Le principe d'égalité a été étendu aux apprentis. Ceux-ci jouissent, en principe, des conventions et accords collectifs applicables aux salariés dans la branche ou l'entreprise considérée. Ils ne peuvent dès lors être valablement exclus, par une disposition générale et en tant qu'apprentis, du champ d'application d'une convention ou d'un accord collectif, d'un usage ou d'un engagement unilatéral (Cass. soc., 12 juill. 1999, no 97-43.400, Bull. civ. V, no 342).

## **E - Application du principe d'égalité aux syndicats**

Le principe d'égalité profite aussi aux syndicats.

Certes, la loi a créé elle-même une distinction entre les syndicats ordinaires et les syndicats représentatifs auxquels est réservée la plus grande part des prérogatives syndicales (*présentation de candidats au premier tour des élections, préavis de grève dans les services publics, etc.*).

Il a toutefois été jugé qu'une convention ou un accord collectif qui améliore l'exercice du droit syndical dans les entreprises profite de plein droit à tous les syndicats représentatifs, même s'ils ne sont pas signataires de la convention ou de l'accord (Cass. soc., 20 nov. 1997, no 95-21.745, Bull. civ. V, no 263 ; Cass. soc., 5 mai 1998, no 96-13.498, Bull. civ. V, no 219).

Un arrêt du 29 mai 2001 a repris cette solution, mais il l'a élargi en décidant que : « le principe d'égalité, de valeur constitutionnelle, ne permet pas à un employeur de subventionner un syndicat représentatif et non un autre, selon qu'il a signé ou non une convention ou un accord collectif » (Cass. soc., 29 mai 2001, no 98-23.078, Bull. civ. V, no 185 ; *Semaine sociale Lamy*, no 1032, p. 12, obs. B. Boubli ; *Dr. soc.* 2001, p. 821, obs. G. Borenfreund).

C'est également au nom de ce principe d'égalité qu'un employeur ne peut refuser la désignation d'un délégué syndical par un syndicat représentatif au motif que l'effectif est inférieur à 50 salariés, dès lors qu'il a accepté la désignation dans les mêmes conditions d'un délégué syndical par un autre syndicat (*Cass. soc.*, 5 mai 2004, no 03-60.175, *Bull. civ. V*, no 119).

Selon le même principe, le critère de la représentativité ne peut justifier de différences entre les organisations syndicales pour l'attribution de droits que le Code du travail réserve aux sections syndicales, tels que l'affichage et la diffusion des informations syndicales à l'intérieur de l'entreprise. En effet, l'existence d'une section syndicale étant liée à la présence de plusieurs adhérentes et non à la représentativité syndicale, un accord qui introduirait une telle restriction porterait atteinte au principe d'égalité. (*Cass. soc.*, 21 sept. 2011, no 10-19.017 et 10-23.247, *Bull. civ. V*, no 193 ; *Cass. soc.*, 11 janv. 2012, no 11-14.292, *Bull. civ. V*, no 16).

Dans le même esprit, le Conseil d'État a annulé, notamment pour atteinte au principe d'égalité, l'arrêté ministériel portant extension d'une convention collective de branche réservant aux seuls syndicats représentatifs certains avantages, tels que le droit de présenter des candidats aux élections de conseillers conventionnels des salariés, le versement d'une contribution financière, un droit de réunion mensuel et de diffusion des publications et tracts syndicaux (*CE*, 1er juin 2015, no 369914).

Le principe d'égalité ne fait cependant pas obstacle à ce qu'un accord collectif établisse des règles de répartition inégalitaires d'une contribution au financement du dialogue social entre les organisations syndicales représentatives dès lors que la différence de traitement est justifiée par des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord (*Cass. soc.*, 10 oct. 2007, no 05-45.347, *Bull. civ.*, no 154).

On voit par ces quelques exemples que l'application du principe d'égalité est devenue très générale dans le droit du travail. Et il est vraisemblable qu'une application plus large encore de ce principe s'imposera.

Il est donc nécessaire de réfléchir aux restrictions qui peuvent être retenues.

## V - Justification des différences de traitement — Restrictions au principe d'égalité

### A - Justification objective des différences

La différence de rémunération entre salariés exerçant des fonctions identiques doit reposer sur des raisons objectives qu'il appartient à l'employeur de démontrer (*Cass. soc.*, 4 févr. 2009, no 07-41.406 à no 07-41.410, *Bull. civ. V*, no 35) et dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (*Cass. soc.*, 15 mai 2007, no 05-42.894, *Bull. civ. V*, no 75 ; *Cass. soc.*, 4 févr. 2009, précité ; *Cass. soc.*, 21 janv. 2009, no 07-43.452 à no 07-43.464, *Bull. civ. V*, no 15). La justification peut tenir au travail et au profil professionnel du salarié ou puiser sa source dans des considérations extérieures totalement étrangères au travail ou au poste (*Dr. soc.* 2007, p. 237, *obs. C. Radé*).

L'employeur doit, par exemple, être en mesure d'expliquer, par des raisons objectives et pertinentes, le coefficient plus élevé qu'il a attribué à un collègue du salarié appartenant à la même catégorie (*Cass. soc.*, 10 oct. 2012, no 11-10.454, P+B).

La pertinence des critères de différenciation s'apprécie par rapport à l'objet des dispositions concernées. Il a ainsi été jugé que l'ancienneté ne pouvait justifier une différence de montant de compléments de salaire, dès lors que ceux-ci rétribuaient seulement un niveau de fonction (*Cass. soc.* 9 déc. 2015, no 14-10.874 et no 14-18.033).

Les solutions prises en matière de rémunération sont transposables aux autres avantages.

### B - Différence liée au travail effectué, à l'emploi occupé, aux responsabilités, aux sujétions ou à l'ancienneté

#### Différences justifiées par les responsabilités ou l'emploi occupé

Des disparités de salaire (ou de traitement) peuvent être justifiées si des différences objectives tenant au travail (*Cass. soc.*, 18 déc. 2002, no 00-45.475 ; *Cass. soc.*, 6 avr. 2004, no 01-46.371), au niveau de responsabilité (*Cass. soc.*, 6 avr. 2004, no 01-46.371 ; *Cass. soc.*, 28 nov. 2006, no 05-41.414, *Bull. civ. V*, no 353), existent entre les salariés.

Selon cette approche, la Cour de cassation a jugé concevable que des cadres dirigeants, membres du comité exécutif, de même niveau hiérarchique et de même coefficient, ne bénéficient ni de la même

rémunération, ni des mêmes avantages, dès lors qu'ils n'exerçaient pas les mêmes fonctions (Cass. soc., 26 juin 2008, no 06-46.204, Bull. civ. V, no 141, à propos d'une directrice des ressources humaines qui se comparait aux autres directeurs, financier et commercial). Dans une affaire presque similaire, les Hauts magistrats n'ont pas écarté implicitement une différence de coefficient, et donc de salaire, si une « analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la salariée » avec celle de ses collègues révèle que « les fonctions exercées par les uns et les autres ne sont pas de valeur égale à celles de l'intéressée » (Cass. soc., 22 oct. 2014, no 13-18.362).

Elle a cependant adopté, en 2010, une position totalement inverse et ce, dans le même cas de figure (Cass. soc., 6 juill. 2010, no 09-40.021, Bull. civ. V, no 158).

#### **Remarque**

***Il s'agissait dans cette affaire d'un salarié « responsable des ressources humaines, du juridique et des services généraux ». Siégeait, comme elle, dans le comité de direction, des collègues masculins, mieux rémunérés qu'elle, alors qu'ils avaient une ancienneté moindre. L'employeur justifiait, entre autre, cette différence de salaire par les fonctions, selon lui, radicalement différentes, exercées par les intéressés : directeur commercial, directeur financier.***

***La Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui avait relevé : « entre les fonctions exercées d'une part, par Mme X et, d'autre part, par les collègues masculins, membres comme elle du comité de direction, avec lesquels elle se comparait, une identité de niveau hiérarchique, de classification, de responsabilités, leur importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise, chacune d'elles exigeant en outre des capacités comparables et représentant une charge nerveuse du même ordre ; qu'en l'état de ses constatations caractérisant l'exécution par les salariés d'un travail de valeur égale, elle en a exactement déduit que Mme X qui, pour une ancienneté plus importante et un niveau d'études similaire, percevait une rémunération inférieure à celles de ses collègues masculins, avait été victime d'une inégalité de traitement dès lors que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination justifiant cette inégalité ; que le moyen n'est pas fondé ».***

En revanche, il a été jugé qu'il n'y avait pas de travail égal entre deux responsables d'agence, lorsque l'un gère à lui seul quatre sites, ce qui représente des responsabilités et charges plus lourdes que celles d'un salarié ne gérant qu'un seul site (Cass. soc., 23 mars 1999, no 96-43.767).

#### **Différences justifiées par la « précarité » de l'emploi occupé**

La Cour de cassation admet que la précarité de l'emploi occupé et la vulnérabilité de la situation du salarié puissent justifier l'attribution d'un avantage réservé aux collaborateurs concernés. Il s'agissait dans cette affaire de l'attribution d'une indemnité conventionnelle de licenciement plus élevée pour les cadres-dirigeants. (Cass. soc., 24 sept. 2014, no 13-15.074).

#### **Remarque**

***Cette solution pourrait, selon nous, être appliquée à des avantages ayant le même objet, tel que l'accès prioritaire à des formations qualifiantes pour les salariés en CDD, ou ceux en CDI, occupant des emplois menacés.***

#### **Différences justifiées par des sujétions spécifiques**

L'application de taux de majoration de salaire différents, selon que les salariés travaillent exceptionnellement ou régulièrement de nuit, ne constitue pas une rupture d'égalité de traitement (Cass. soc., 5 juin 2013, no 11-21.255). Autrement dit, des sujétions de travail n'ayant pas le même impact sur les salariés peuvent justifier des modalités différentes de rémunération.

Il s'agissait dans cette affaire d'un salarié qui travaillait habituellement la nuit, dans le cadre d'une organisation en continu, par équipes successives. Il bénéficiait, à ce titre, d'une rémunération majorée de 25 %. Or, les salariés travaillant exceptionnellement la nuit percevaient, pour chaque heure concernée, une majoration de leur salaire horaire de 40 %. L'intéressé considérait donc qu'il y avait une rupture d'égalité de traitement et demandait un rappel de salaire. La Cour de cassation a rejeté son pourvoi. Selon les Hauts magistrats, la majoration pour travail nocturne exceptionnel compense une sujétion différente de celle occasionnée par le travail de nuit habituel.

#### **Remarques**

***Il est vrai que, même si le travail de nuit est dans les deux cas de même valeur, l'impact du premier sur la vie privée des salariés n'est évidemment pas identique à celui du second. Il les oblige notamment à prendre des dispositions ponctuelles pour s'organiser.***

Dans le même esprit, il a été jugé que le port d'un « uniforme » imposée aux collaborateurs en contact avec la clientèle justifiait la prise en charge de l'entretien de leurs tenues de travail contrairement aux autres membres du personnel qui portent leurs propres vêtements qu'ils entretiennent eux-mêmes (Cass. soc., 9 oct. 2013, no 13-40.052).

### **Différences justifiées par l'ancienneté**

L'ancienneté peut également justifier une différence de salaire, pour autant qu'elle ne soit pas déjà prise en compte par l'octroi d'une prime ayant cet objet (Cass. soc., 19 oct. 1996, no 92-43.680, Bull. civ. V, no 359 ; Cass. soc., 21 janv. 2009, no 07-40.609) et qu'elle soit un critère de différenciation pertinent par rapport à l'objet de l'avantage concerné (Cass. soc., 9 déc. 2015, no 14-10.874 ; Cass. soc., 9 déc. 2015, no 14-18.033).

Autrement dit, l'ancienneté invoquée doit justifier la différence constatée, ce que le juge doit vérifier (Cass. soc., 20 juin 2001, no 99-43.905 ; Cass. soc., 11 janv. 2012, no 10-19.438).

#### **Remarque**

***Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 1235-14 du Code du travail, sur le fondement du principe d'égalité. Il résulte en effet de cet article que les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté peuvent seulement prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité pour le préjudice subi, et sont privés de la faculté d'être réintégrés dans leur emploi en cas d'absence ou d'insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi, et ce du seul fait de leur faible ancienneté. Le Conseil constitutionnel a considéré que cet article ne crée pas de rupture d'égalité dès lors qu'il concilie de manière équilibrée le droit d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprise (Cons. const., 13 avr. 2012, no 2012-232).***

Si l'ancienneté ou la date d'entrée dans l'entreprise peut, dans certains cas, justifier des différences de traitement, cela n'oblige en aucun cas l'employeur à maintenir ces différences. L'employeur peut donc, sans heurter le principe d'égalité de traitement, aligner les nouveaux salariés sur les anciens et attribuer, par décision unilatérale, aux uns, ce que les autres tiennent d'un avantage acquis à la suite de la dénonciation d'un accord (Cass. soc., 24 avr. 2013, no 12-10.196).

## **C - Différence liée au diplôme**

En principe, le diplôme et l'expérience professionnelle peuvent justifier une différence de salaire. Encore faut-il que l'un et l'autre soient en relation avec les exigences du poste et les responsabilités exercées effectivement (Cass. soc., 9 déc. 2003, no 01-43.039 ; Cass. soc., 17 mars 2010, no 08-43.088, Bull. civ. V, no 70).

Selon la Cour de cassation, un diplôme d'un niveau inférieur à celui d'un autre salarié, dont le diplôme n'atteste pas de compétences particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée, ne justifie pas une rémunération inférieure, dès lors que le salarié demandeur justifie d'une expérience professionnelle beaucoup plus longue que celle du salarié mieux rémunéré (Cass. soc., 27 juin 2012, no 11-10.858).

La Cour de cassation a adopté la même position dans une affaire concernant un responsable de vente et marketing qui percevait une rémunération inférieure de 20 % à celle d'un collègue exerçant la même activité. L'intéressé était seulement titulaire d'un bac G2 et d'un certificat de fin d'études de formation aux fonctions d'encadrement, alors que le salarié, auquel il se comparait, avait lui un diplôme d'ingénieur de l'école supérieure de physique et chimie industrielle de la ville de Paris et un DEA d'électronique et instrumentation.

Or, l'employeur prétendait que des connaissances dans ces domaines étaient utiles compte tenu des caractéristiques techniques des turbines à gaz commercialisées par sa société. Cela justifiait donc, selon lui, le versement d'une rémunération plus élevée.

Mais la cour d'appel a rejeté cette argumentation, faute de preuve de la réalité de ses allégations. Elle a par ailleurs constaté que le poste en question exigeait surtout des compétences commerciales. Elle a enfin considéré que « l'expérience acquise pendant plus de vingt ans par le salarié au sein de la société compensait très largement la différence de niveau de diplôme invoquée ».

Compte tenu de ces constats, les Hauts magistrats ont approuvé la décision des juges du fond et ont jugé que l'écart de salaire n'était pas justifié (Cass. soc., 13 nov. 2014, no 12-20.069 et no 13-10.274).

Les Hauts magistrats ont également considéré que la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permettait pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exerçaient les mêmes fonctions, sauf s'il était démontré par des justifications, dont il appartenait au juge de contrôler la réalité et la pertinence, que la possession d'un diplôme spécifique attestait de

connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée (*Cass. soc.*, 16 déc. 2008, no 07-42.107, *Bull. civ. V*, no 250 ; *Cass. soc.*, 11 janv. 2011, no 09-66.785).

En l'espèce, les deux salariées qui se comparaient avaient, l'une un diplôme d'études supérieures de Paris-Dauphine ainsi qu'une maîtrise de langues étrangères appliquée au management, à la gestion et au marketing, l'autre un DESS de droit de l'exportation et un DEA de droit de l'économie internationale. La première était mieux payée que la seconde parce que, selon l'employeur, elle pouvait se prévaloir d'une qualification supérieure.

A contrario, il a été jugé que la possession d'un diplôme spécifique, utile à l'exercice de la fonction occupée, pouvait justifier une différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail et possédant des diplômes d'un niveau équivalent (*Cass. soc.*, 24 mars 2010, no 08-42.093 : en l'espèce, des salariés ingénieurs possédaient des diplômes de niveau équivalent, mais seuls certains d'entre eux avaient suivi une formation théorique technique axée sur l'informatique, immédiatement en phase avec l'activité de l'entreprise).

De même, la possession de diplômes, utiles à l'exercice des fonctions occupées, mais sanctionnant des formations de durée et de niveau différents, constitue une raison objective justifiant une différence de rémunération (*Cass. soc.*, 17 mars 2010, no 08-43.088 et no 08-43.089).

#### **Remarque**

***On retiendra que pour justifier une différence de rémunération, il faut que la possession du diplôme soit utile à l'exercice de la fonction occupée. La solution est logique et se révèle utile dans un contexte où la crise de l'emploi contraint de plus en plus de jeunes diplômés à occuper des postes qui ne requièrent pas de qualification particulière***

Quoi qu'il en soit, la détention du diplôme requis par la convention collective pour l'exercice des fonctions attribuées à un salarié, constitue, selon la Cour de cassation, un élément objectif et pertinent, justifiant une différence de rémunération (*Cass. soc.*, 10 nov. 2009, no 07-45.528, *Bull. civ. V*, no 252).

## **D - Différence liée à l'expérience**

La Cour de cassation semble faire de l'expérience professionnelle acquise, autant dans l'entreprise qu'à l'extérieure de celle-ci, un élément suffisant pour caractériser une différence de situation propre à justifier une différence de salaire (*Cass. soc.*, 15 nov. 2006, no 03-47.924 ; *Cass. soc.*, 15 nov. 2006, no 03-47.156, *Bull. civ. V*, no 340).

Néanmoins, la Cour de cassation a précisé que l'expérience professionnelle ne peut justifier une différence de salaire qu'au moment de l'embauche. En revanche, elle n'est pas à même de justifier une progression salariale plus rapide (*Cass. soc.*, 11 janv. 2012, no 10-19.438).

Dans le même esprit et aux mêmes conditions, la « polyvalence » du salarié peut être un critère de différenciation.

Si la catégorie professionnelle est un critère inopérant pour justifier d'une disparité de traitement, il est légitime de prendre en considération les qualités, l'expérience et la notoriété pour justifier d'une différence de salaire (*Cass. soc.*, 19 oct. 2011, no 10-17.337, *Bull. civ. V*, no 237).

En ce qui concerne l'ancienneté qu'il ne faut pas confondre avec l'expérience, voir ci-dessus.

## **E - Différence catégorielle ou infra catégorielle**

### **Présomption de justification des avantages institués par accord collectif**

Modifiant sa jurisprudence antérieure, la Cour de cassation opère une distinction selon que l'avantage considéré est institué par voie d'accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur.

Dans le premier cas, la Cour de cassation présume justifiées des différences de traitement catégorielles (*Cass. soc.*, 27 janv. 2015, no 13-22.179, no 13-14.773 et no 13-25.437), ou entre salariés appartenant à la même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions spécifiques ou occupant des emplois-repères distincts (*Cass. soc.*, 8 juin 2016, n° 15-11.324). C'est à celui qui conteste leur bien-fondé de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

La jurisprudence devra encore préciser ce qu'il faut entendre par différence « étrangère à toute considération de nature professionnelle ». Pour Laurence Pécault-Rivolier, ce sera par exemple probablement le cas des tickets-restaurants consentis exclusivement à une catégorie au détriment d'une autre (*Semaine Sociale Lamy* no 1663, 9 févr. 2015). De même, pour Jean-Marc Béraud, il n'est pas certain que des avantages, tels des journées d'absence pour enfant malade, puissent être modulés en

fonction de la catégorie professionnelle. Ces avantages ont en effet pour premiers bénéficiaires les enfants et il ne devrait pas être possible d'opérer des distinctions en fonction de la catégorie professionnelle des parents (*Liaisons Soc. Quotidien no 16765, 3 févr. 2015*). Ce devrait être encore le cas des primes de mariage. Les hypothèses concernées devraient cependant être marginales.

#### **Remarque**

*Ces décisions modifient en profondeur la jurisprudence antérieure. En 2009, la Cour de cassation avait notamment jugé, à propos de jours de congés supplémentaires accordés aux cadres par un accord collectif, que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait 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 (Cass. soc., 1er juill. 2009, no 07-42.675). Pour d'autres illustrations, voir ci-dessous.*

*Cette jurisprudence semblait remettre en cause la plupart des dispositions des conventions collectives de branche. Dans quasiment tous les secteurs, les conventions collectives font des différences en fonction des catégories professionnelles : congés payés, préavis, indemnités de licenciement ou de départ à la retraite, indemnités repas, tickets-restaurant... tous ces avantages sont généralement plus importants pour les cadres.*

*Les arrêts du 27 janvier 2015 et celui du 8 juin 2016 devraient mettre un terme à cette insécurité juridique.*

### **Champ de la présomption**

Dans son communiqué relatif aux arrêts du 27 janvier 2015, la Cour de cassation a précisé que les différences de traitement entre catégories professionnelles présumées justifiées concernent, « à tout le moins (...) les catégories qui ont un support légal et entre lesquelles le législateur lui-même opère des différences ». Selon Fanélie Ducloz, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation et rapporteur du pourvoi dans l'arrêt du 8 juin 2016 (*Cass., soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324*), la présomption englobe les catégories pour lesquelles la loi institue « un collège électoral spécifique ». « S'y ajoute également, même en l'absence de décision sur ce point, celles soumises à une représentation par métiers, à savoir les journalistes, le personnel navigant technique et le personnel navigant commercial » (*LSQ, 15 juin 2016*.interview de Fanélie Ducloz par Sandra Laporte).

### **Justification des avantages catégoriels ou infra catégoriels institués par décision unilatérale de l'employeur**

Les différences de traitement entre catégories professionnelles, ou infra catégorielle entre fonctions distinctes, fixées unilatéralement par l'employeur ou par accord atypique ne bénéficient pas de la présomption de justification. Dans une des décisions rendues le 27 janvier 2015, la Cour de cassation a considéré que ces différences restent soumises au régime de preuve et aux exigences de justifications habituelles (*Cass. soc., 27 janv. 2015, no 13-17.622*).

S'agissant des normes autres que l'accord collectif, le juge devra donc continuer à rechercher si les différences de traitement catégorielles ou infra catégorielles reposent sur des raisons objectives en tenant compte notamment des conditions d'exercice des fonctions, de l'évolution de carrière ou des modalités de rémunération (*Cass. soc., 8 juin 2011, no 10-14.725, Bull. civ. V, no 155 ; Cass. soc., 8 juin 2011, no 10-11.933, Bull. civ. V, no 143 ; Cass. soc., 28 mars 2012, no 11-30.034, Bull. civ. V, no 111*).

Les Hauts magistrats ont ainsi jugé que ne constituait pas une rupture d'égalité de traitement l'attribution d'une indemnité conventionnelle de licenciement plus élevée pour les cadres dirigeants. Ils ont admis la justification retenue par la Cour d'appel qui avait considéré que les intéressés étaient « directement soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale » et que leur responsabilité les exposait, plus que les autres salariés, à un licenciement (*Cass. soc., 24 sept. 2014, no 13-15.074*).

Dans le même esprit, la Cour de cassation a admis qu'une compensation financière moindre pouvait être accordée pour une catégorie professionnelle légitimement soumise à des contraintes vestimentaires moins exigeantes que les autres (*Cass. soc., 30 mai 2012, no 11-16.785 à 11-16.940*). Elle a admis également l'octroi d'un jour de congé supplémentaire aux seuls cadres dès lors que leur temps de travail est supérieur à celui des autres catégories de personnel. La Cour de cassation précise en outre que le système de rémunération propre aux cadres n'est pas exclusif de l'octroi d'un jour de repos supplémentaire (*Cass. soc., 28 mars 2012, no 11-12.043, Bull. civ. V, no 114*). La Cour de cassation a jugé également qu'une organisation spécifique du temps de travail pouvait justifier

l'adoption de modalités distinctes de calcul des congés payés entre deux catégories de personnel (*Cass. soc.*, 24 avr. 2013, no 10-20.473).

Il s'agissait dans cette affaire d'un centre hospitalier dans lequel coexistaient, pour les personnels infirmiers, deux modalités d'aménagement du temps de travail, selon qu'ils étaient de service de nuit ou de jour.

Les JRTT accordés aux infirmiers de jour n'étaient pas décomptés comme congés annuels quand ils y étaient accolés. En revanche, les jours de repos attribués aux infirmiers de nuit, dans le cadre de leur organisation cyclique de travail, l'étaient.

Invoquant une rupture d'égalité de traitement, un infirmier de nuit réclamait un rappel de salaire et des dommages-intérêts. Il a été débouté de ses demandes par la Cour d'appel et la Cour de cassation a rejeté son pourvoi. Les Hauts magistrats ont considéré « *qu'ayant relevé que les jours de repos aménagés (JRA) et les jours de réduction du temps de travail (JRTT) n'avaient ni le même objet, ni la même nature, ni la même finalité, ni le même régime, les premiers ne correspondant pas à du temps de travail effectif, mais visant à répartir des heures de travail au sein d'un cycle de huit semaines, alors que les seconds constituaient la contrepartie d'un travail supérieur à 35 heures hebdomadaires, en sorte que les infirmiers de nuit et les infirmiers de jour ne se trouvant pas dans une situation identique au regard du mode de décompte des congés payés, la règle à travail égal, salaire égal invoquée n'était pas opérante (...)* ».

Ces solutions resteront, à l'avenir, applicables lorsque l'avantage est institué par décision unilatérale de l'employeur ou par accord atypique.

### Règles applicables en matière de protection sociale

#### Retraite

Tenu d'affilier ses salariés à un régime de retraite, l'employeur ne commet aucune faute en les affiliant à des caisses de retraite qui n'assurent pas les mêmes avantages que d'autres caisses. Ainsi, un salarié est mal fondé à se plaindre d'avoir été affilié, lorsqu'il était ouvrier, à une caisse n'accordant pas de majoration familiale, alors que la caisse des cadres à laquelle il a été affilié à la suite d'une promotion en accorde une (*Cass. soc.*, 11 janv. 2012, no 10-15.806).

#### Remarque

***Solution de bon sens : la rupture d'égalité de traitement, en effet, ne peut provenir que d'une seule et même personne (physique ou morale). Le principe d'égalité de traitement n'a pas pour objet d'uniformiser les avantages octroyés par les différentes caisses de retraite, organismes de prévoyance et mutuelles. L'obligation faite à l'employeur est d'adhérer à une caisse de retraite complémentaire non-cadre et à une caisse de retraite des cadres assurant les prestations prévues par les accords interprofessionnels fondateurs. L'employeur n'est maître ni des règlements intérieurs de ces caisses, ni de leur évolution, ni des effets des fusions et concentrations entre les divers organismes.***

La Cour de cassation admet également que l'âge de la liquidation des pensions de retraite puisse être différent d'une catégorie professionnelle à une autre, à condition de ne pas créer une discrimination sexuelle indirecte et d'être justifié par des raisons objectives licites (*Cass. soc.*, 30 sept. 2013, no 12-14.752 et no 12-14.964).

#### Prévoyance et couverture complémentaire santé

Dès 2013, la Cour de cassation avait écarté l'application du principe d'égalité de traitement en matière de prévoyance (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, no 10-28.022) et de couverture complémentaire santé (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, no 11-23.761 et no 11-20.490 ; *Cass. soc.*, 9 juill. 2014, no 13-12.121).

L'application du principe d'égalité de traitement devrait être ici exclue, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que le régime de prévoyance ou la couverture complémentaire santé sont mis en place par voie d'accord collectif ou par décision unilatérale de l'employeur.

Le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas aux régimes couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, en raison de leurs « *particularités* », c'est-à-dire aux garanties de protection sociale complémentaire. Ces particularités sont les suivantes :

- les régimes en question reposent sur une évaluation des risques garantis en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle ;
- ils prennent en compte un objectif de solidarité ;
- ils requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise.

En raison de ces arguments, la Cour de cassation a refusé d'aligner les non-cadres sur les cadres pour :

- une mutuelle d'entreprise mise en place par décision unilatérale, avec un financement différent selon les catégories professionnelles, l'employeur prenant en charge l'intégralité des cotisations des cadres et agents de maîtrise et seulement 60 % de celles des autres catégories de personnel (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, no 11-20.490) ;
- un régime de prévoyance complémentaire maladie-invalidité institué au seul profit des cadres (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, no 10-28.022) ;
- une mutuelle réservée aux ouvriers et employés (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, no 11-23.761).

La Cour de cassation rappelle néanmoins que le principe d'égalité de traitement ne disparaît pas totalement mais il « *ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle* » (*Cass. soc.*, 13 mars 2013 précité ; *Cass. soc.*, 9 juill. 2014 précité).

Pour donner un exemple, il ne sera pas possible de prévoir, dans un régime réservé aux cadres, une clé de répartition de la charge des cotisations différente selon qu'un cadre appartient ou non au comité de direction.

## **F - Différence liée aux performances ou au comportement**

Lorsque les salariés sont placés dans une même situation (même poste, mêmes conditions de travail, même ancienneté ou expérience), la différence de traitement peut être justifiée par des critères tenant à la performance ou à la qualité du travail, ou encore au comportement du salarié (rapport avec la hiérarchie, les collaborateurs, les collègues, aptitude au travail en équipe...). Ainsi, une disparité de salaire se justifie s'agissant d'une différence faite entre des comédiens qui n'avaient ni les mêmes qualités, ni la même notoriété (*Cass. soc.*, 19 oct. 2011, no 10-17.337, *Bull. civ. V*, no 237).

Même s'ils touchent au comportemental, avec le risque de subjectivité induit, ces critères doivent obéir à des paramètres objectifs et vérifiables (*Cass. soc.*, 9 avr. 2002, no 99-44.534 ; *Cass. soc.*, 8 nov. 2005, no 03-46.080). Ainsi, l'employeur ne saurait justifier une différence de salaire par la « *prétendue médiocrité du travail* » d'un salarié sans l'étayer par des éléments objectifs tenant à la différence de travail fourni (*Cass. soc.*, 26 nov. 2003, no 00-41.633).

À cet égard, les comptes rendus des bilans d'évaluation constituent des sources d'informations précieuses pour le juge (*Cass. soc.*, 20 févr. 2008, no 06-40.085, *Bull. civ. V*, no 38 qui relève les *appréciations positives formulées sur le procès-verbal d'entretien d'évaluation ; Rapport du Conseiller Hervé Gosselin, Semaine sociale Lamy no 1344*).

Quoi qu'il en soit, si l'employeur peut accorder une rémunération supérieure à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent aussi en bénéficier et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables (*Cass. soc.*, 10 déc. 2008, no 07-40.911). Au regard de cette jurisprudence, une différence de rémunération fondée sur les qualités professionnelles des salariés comparés suppose la mise en place d'un dispositif d'évaluation reposant sur des critères objectifs.

Enfin, les qualités professionnelles ne peuvent pas justifier une différence de traitement dès l'embauche (*Cass. soc.*, 13 nov. 2014, no 12-20.069). Dans cette affaire, un nouvel embauché était rémunéré 20 % au-dessus de ses collègues de travail à raison de ses qualités professionnelles. La Cour de cassation a considéré qu'il y avait violation du principe « *à travail égal, salaire égal* », car lors de l'embauche, les qualités professionnelles n'ont pas encore trouvé le moyen de s'exprimer. Ce n'est que dans le cas temps que l'on peut invoquer des qualités professionnelles différentes.

## **G - Différence non-catégorielle résultant d'une convention collective de branche ou d'un accord d'entreprise**

En l'état actuel de la jurisprudence, et sous réserves de la justification présumée des avantages catégoriels, ou infra-catégoriels, qu'il peut prévoir (voir-ci dessus), un accord collectif ne saurait déroger au principe d'égalité de traitement, sauf à justifier de raisons objectives. La Cour de cassation a laissé planer le doute, le temps d'une décision, en affirmant que les partenaires sociaux pouvaient instaurer une inégalité de traitement entre salariés sur le fondement de « *parcours professionnels spécifiques* » (*Cass. soc.*, 3 mai 2006, no 03-42.920). Quoiqu'il en soit, la présomption de justification des avantages catégoriels et infra-catégoriels ne s'étend pas encore, à ce jour, à l'ensemble des différences de traitement d'origine conventionnelle.

### **Remarque**

*Pour autant, la philosophie sur laquelle reposent les arrêts du 27 janvier 2015 (Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, n° 13-14.773 et n° 13-25.437) et celui du 8 juin 2016 (Cass., soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324), à savoir la légitimité des négociateurs, pourrait faire, selon nous, tâche d'huile, s'agissant du moins d'avantages de nature professionnelle.*

*Selon Fanélie Ducloz, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation et rapporteur du pourvoi dans l'arrêt du 8 juin 2016 « nous n'en sommes pas encore là, mais il s'agit également d'une question à laquelle devra répondre la Cour de cassation si elle est saisie ». Elle fait par ailleurs observer la « tendance (récente) de la chambre sociale à prendre en compte l'existence d'accords collectifs pour ne pas opérer de contrôle » (LSQ, 15 juin 2016, interview de Fanélie Ducloz par Sandra Laporte).*

En présence d'un accord collectif organisant de fait une discrimination non justifiée par des exigences professionnelles, le salarié peut demander le réajustement de sa situation sans avoir à se comparer avec un autre salarié de l'entreprise (voir ci-dessous).

## **H - Différence entre établissements**

Le cadre d'application du principe « à travail égal, salaire égal » (et d'égalité de traitement) est par principe celui de l'entreprise et non celui de l'établissement. Il peut néanmoins y avoir une différence d'avantages conventionnels entre des salariés d'une même entreprise qui appartiennent à des établissements différents en cas de négociation collective décentralisée. La loi autorisant la conclusion d'accords au niveau de l'établissement, il n'y a pas atteinte au principe d'égalité si des salariés d'un établissement X touchent une indemnité en application d'un accord collectif d'établissement, alors que les salariés d'autres établissements Y ou Z ne touchent pas une telle indemnité, non prévue par le statut collectif auquel ils sont soumis (Cass. soc., 27 oct. 1999, no 98-40.769, Bull. civ. V, no 422 ; Dr. soc. 2000, p. 186, obs. G. Couturier ; Cass. soc., 18 janv. 2006, no 03-45.422, Bull. civ. V, no 17).

De telles différences de rémunération semblent plus contestables lorsqu'elles résultent de décisions prises au niveau de l'entreprise sauf à être justifiées par des raisons objectives autres que la seule localisation géographique du travail des salariés (Cass. soc., 21 janv. 2009, no 07-43.452 à no 07-43.464, Bull. civ. V, no 15). Ainsi, lorsqu'il crée un nouvel avantage au profit de collaborateurs effectuant le même travail, un accord d'entreprise ne peut pas lui fixer des dates d'application différentes d'un établissement à un autre sauf à justifier de raisons objectives relatives à la situation des salariés concernés. Ne constitue pas, de ce point de vue, une justification valable, l'insuffisance des capacités financières de l'entreprise pour en faire bénéficier immédiatement tous les salariés en même temps (Cass. soc., 28 oct. 2009, no 08-40.457, Bull. civ. V, no 239).

Un accord d'entreprise ne peut pas priver les salariés d'une prime accordée à ceux des autres établissements, dès lors qu'ils accomplissent le même travail dans les mêmes conditions (Cass. soc., 8 juin 2011, nos 10-30.162 à 10-30.171, Bull. civ. V, no 154).

### **Remarque**

*Dans cette affaire, les salariés travaillant dans l'établissement de Riom ne bénéficiaient pas des primes de travail posté instituées pour ceux des sites de Montluçon et d'Amiens. Cette situation était consécutive à une opération de fusion-absorption entre trois sociétés, dont deux d'entre elles, seulement (Montluçon et Amiens), étaient auparavant tenues conventionnellement au versement de ces primes. L'accord de substitution conclu après la fusion renvoyait aux accords d'établissement le soin de traiter de cette question. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont considéré que cette circonstance n'était pas de nature à justifier cette différence de traitement après la fusion. Autrement dit, des négociations, décentralisées au niveau de chaque établissement, ne peuvent pas justifier un traitement distinct entre les salariés des différents sites, dès lors que ceux-ci relèvent du même accord d'entreprise.*

*En l'état de la jurisprudence, il est probable que la solution eut été différente si la question des primes n'avait été directement abordée que par les accords d'établissement.*

## **I - Différence entre entreprise d'un même groupe**

Le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas entre les salariés d'entreprises distinctes, même si celles-ci appartiennent au même groupe (Cass. soc., 16 sept. 2015, no 13-28.415).

Était en cause un régime de retraite supplémentaire mis en place par un accord de groupe auxquelles les filiales étaient libres d'adhérer ou non. Un salarié relevant d'une entreprise non adhérente en revendiquait le bénéfice au motif qu'il avait travaillé pendant de nombreuses années pour plusieurs sociétés du groupe, de sorte que le principe d'égalité de traitement ne pouvait s'apprécier qu'au sein du groupe.

La Cour de cassation a rejeté son pourvoi car, selon elle, le principe d'égalité de traitement s'apprécie au niveau de l'entreprise.

## **J - Différence résultant de la dénonciation d'un accord collectif ou de sa mise en cause suite à une cession ou une fusion**

Le mécanisme légal de maintien des avantages individuels acquis en cas de mise en cause ou de dénonciation d'un accord collectif consécutif à une modification dans la situation juridique de l'employeur (*C. trav.*, art. L. 2261-14) est de nature à justifier une différence de traitement entre salariés placés dans une même situation, que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution (*Cass. soc.*, 11 janv. 2005, no 02-45.608, *Bull. civ. V*, no 2 ; *Cass. soc.*, 11 juill. 2007, no 06-42.128, *Bull. civ. V*, no 119) ou d'un tel accord (*Cass. soc.*, 4 déc. 2007, no 06-44.041, *Bull. civ. V*, no 203).

### **Remarque**

*Compte rendu de cette jurisprudence, il est permis de s'interroger quant à la survie au titre du maintien légal des avantages individuels acquis, des dispositions conventionnelles catégorielles « injustifiées », lorsque l'accord qui leur servait de support est dénoncé, sans être remplacé dans les 15 mois suivants par un accord de substitution.*

Cette justification s'étend également au maintien des avantages issus d'un usage au sein de l'entreprise cessionnaire ou d'un engagement unilatéral de l'employeur d'origine :

- dans le cas d'une prime d'ancienneté instituée par usage (*Cass. soc.*, 11 janv. 2012, no 10-14.614, *Bull. civ. V*, no 15) ;
- dans le cas d'un surclassement conventionnel accordé par engagement unilatéral (*Cass. soc.*, 12 déc. 2012, no 11-24.562).

En revanche, l'engagement pris par l'employeur cessionnaire de maintenir à des salariés repris leur statut collectif ne saurait, à lui seul, justifier une différence de traitement à l'égard des nouveaux embauchés. En effet, le maintien de ce statut collectif ne résulte pas de l'application de la loi (qui ne vise que les avantages individuels acquis) et il n'est pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de salariés (*Cass. soc.*, 19 juin 2007, no 06-44.047, *Bull. civ. V*, no 104).

### **Remarque**

*La question soulevée par cette jurisprudence a trait aux marges de manœuvre des partenaires sociaux dans les différenciations qu'ils peuvent faire entre les collectivités de salariés affectés par des opérations de fusion, cessions, etc. Ne revient-elle pas à admettre la négociation de clauses « à périmètres fermés » souvent pratiquées, semble-t-il, à l'occasion d'opérations de restructuration ? Les partenaires sociaux peuvent-ils aller au-delà du maintien des avantages individuels acquis ? Certes, la Cour de cassation réserve l'hypothèse de la réparation d'un préjudice spécifique mais dans son arrêt du 11 juillet 2007, elle semble considérer que cette réparation doit se cantonner au maintien des avantages individuels acquis : « la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif ne saurait justifier des différences de traitement entre eux, à la seule exception des avantages individuels acquis, lesquels ont pour objet de compenser, en l'absence d'accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord dont ils tiraient ces avantages » (*Cass. soc.*, 11 juill. 2007, no 06-42.128, *Bull. civ. V*, no 119).  
Le débat est loin d'être clos.*

## **K - Différence résultant d'un transfert de personnel**

Lorsqu'un employeur reprend du personnel, soit dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail, soit dans le cadre d'une convention collective, il peut se produire que les salariés repris bénéficient d'avantages contractuels dont ceux de l'entreprise d'accueil ne bénéficient pas. Les salariés de l'entreprise d'accueil peuvent-ils réclamer l'extension des avantages des salariés entrants au titre de l'égalité de traitement ?

La Cour de cassation fait une différence selon la raison du transfert de personnel. Si celui-ci résulte de l'application de la loi, à savoir de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la différence de traitement est

justifiée. En revanche, lorsque le maintien des contrats a lieu compte tenu des dispositions d'une convention collective, il ne constitue pas un motif objectif et pertinent pouvant justifier une inégalité de traitement (*Cass. soc.*, 15 janv. 2014, no 12-25.402 ; *Cass. soc.*, 16 sept. 2015, no 13-26-788).

Dans la première affaire, il s'agissait d'agents de service d'une entreprise de propreté qui étaient passés au service d'un autre prestataire en application de l'accord du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté. C'est à juste titre, selon la Cour de cassation, que leurs nouveaux collègues ont réclamé le bénéfice du treizième mois versé aux salariés accomplissant le même travail pour le même employeur sur le même chantier.

Dans le second cas, il s'agissait du transfert de salariés d'une entreprise de sécurité, suite à la perte d'un marché. Les intéressés étaient passés au service du nouveau sous-traitant, en application de l'accord du 5 mars 2002 annexé à la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité. Invoquant le principe d'égalité de traitement, des salariés du repreneur revendiquaient le versement de la prime pour travail du dimanche et de celle de nuit, dont continuaient à bénéficier les salariés de la société sortante en application de leur contrat de travail maintenu. La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait rejeté cette demande en considérant que cette différence de traitement était justifiée.

## **L - Différence liée à la date d'embauche**

Les différences constatées peuvent tenir au niveau du salaire d'embauche et aux augmentations générales négociées depuis cette date (*Cass. soc.*, 11 déc. 2002, no 00-46.800).

Mais la date d'embauche ne saurait à elle seule justifier une différence de traitement entre salariés placés dans une même situation.

Ainsi, 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 entre eux des différences. Les avantages issus du statut collectif doivent en principe bénéficier aux anciens et aux nouveaux salariés. Cette solution est sous-tendue par le principe de l'unicité du statut collectif. Pour les mêmes raisons, la Cour de cassation s'oppose à ce que, à l'occasion d'un changement d'employeur, une direction exclut les nouveaux embauchés du bénéfice des avantages qu'elle s'était engagée à maintenir aux salariés du précédent employeur (*Cass. soc.*, 19 juin 2007, no 06-44.047 ; voir aussi *Cass. soc.*, 23 mars 2011, no 09-42.666, *Bull. civ. V*, no 79).

L'employeur doit donc démontrer qu'il existe d'autres raisons objectives à la différence tenant par exemple à la formation, à la nature des fonctions exercées ou à l'ancienneté dans l'emploi des collaborateurs concernés et non. Celle-ci ne peut donc être justifiée par les conséquences des modalités de reclassement fixées par accord collectif, et qui s'avèrent défavorables aux salariés nommés avant son entrée en vigueur (*Cass. soc.*, 4 févr. 2009, no 07-41.406 à no 07-41.410, *Bull. civ. V*, no 35). Des contraintes budgétaires imposées par l'autorité de tutelle ne constituent pas non plus une justification pertinente dans la mesure où ces impératifs financiers n'impliquent pas nécessairement une différence de traitement entre les salariés en fonction de leur date d'engagement (*Cass. soc.*, 4 févr. 2009, no 07-11.884, *Bull. civ. V*, no 36). Cette dernière peut en revanche résulter du fait que l'accord collectif avait précisément pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de son entrée en vigueur (*Cass. soc.*, 16 janv. 2007, no 05-42.212 ; *Cass. soc.*, 21 févr. 2007, no 05-43.136, *Bull. civ. V*, no 27 ; *Cass. soc.*, 11 juill. 2007, no 06-42.128, *Bull. civ. V*, no 119 ; *Cass. soc.*, 24 sept. 2008, no 06-43.529, *Bull. civ. V*, no 174 ; *Cass. soc.*, 4 févr. 2009, no 07-42.024, *Bull. civ. V*, no 37).

Le même raisonnement vaut pour la dénonciation d'un engagement unilatéral : « la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un engagement unilatéral ne saurait justifier des différences de traitement entre eux » (*Cass. soc.*, 12 févr. 2008, no 06-45.397, *Bull. civ. V*, no 36).

En application de ce principe, est justifié le versement de l'indemnité différentielle aux seuls salariés présents dans l'entreprise au moment du passage aux 35 heures dans la mesure où cette indemnité est destinée à compenser la diminution de leur salaire de base consécutive à la réduction de la durée du travail (*Cass. soc.*, 1er déc. 2005, no 03-47.197, *Bull. civ. V*, no 345 ; *Cass. soc.*, 17 juin 2009, no 07-41.833, *Bull. civ. V*, no 156). Il en va de même pour un accord collectif instituant une indemnité différentielle ou une nouvelle grille de rémunération ayant pour objet de compenser, au moins partiellement, la diminution de salaire liée au passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération fixe (*Cass. soc.*, 31 oct. 2006, no 03-42.641 ; *Cass. soc.*, 16 janv. 2007, no 05-42.212 ; *Cass. soc.*, 24 sept. 2008, no 06-43.529, *Bull. civ. V*, no 174).

Dans le même esprit, il a été jugé qu'une différence de salaire peut légitimement résulter du maintien, à des salariés affectés par une réorganisation de service, de leur qualification et de la rémunération afférente (*Cass. soc.*, 28 nov. 2006, no 05-41.414, *Bull. civ. V*, no 353).

## **M - Différence liée à la pénurie de « main-d'œuvre »**

La Cour de cassation a fait prévaloir la loi du marché de l'emploi sur le principe d'égalité de traitement en admettant que la nécessité de pourvoir de toute urgence le poste d'une directrice de crèche en congé de maternité (*menace de fermeture de l'établissement*) ait pu justifier l'octroi à la remplaçante d'un salaire nettement supérieur à celui de la titulaire du poste (*Cass. soc.*, 21 juin 2005, no 02-42.658, *Bull. civ. V*, no 206).

Cet arrêt n'est pas loin d'admettre, à l'instar de la jurisprudence communautaire, que la pénurie de candidat puisse justifier une différence de rémunération (*CJCE*, 27 oct. 1993, *Enderby*).

### **Remarque**

***Mais attention toutefois, car un écart de salaire, justifié à un instant donné, ne l'est plus nécessairement plusieurs années plus tard.***

L'employeur qui invoque une pénurie de main-d'œuvre pour justifier une disparité de traitement doit être en mesure de justifier des difficultés de recrutement par des éléments circonstanciés (*délai de vacance des postes, nombre de candidats, situation des salariés embauchés à la même époque*) (*Cass. soc.*, 16 mars 2011, no 09-43.529).

## **N - Différence liée au statut juridique du salarié**

La rémunération d'un même emploi peut tenir compte de la situation juridique du salarié dans l'entreprise. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation à propos d'une intermittente du spectacle qui percevait un salaire nettement supérieur à celui d'une permanente effectuant le même travail sous contrat à durée indéterminée : « (...) *le statut d'intermittente du spectacle d'une salariée (...) pouvait justifier à son seul profit la différence de rémunération* » (*Cass. soc.*, 28 avr. 2006, no 03-47.171, *Bull. civ. V*, no 152).

Cela vaut a fortiori s'agissant des écarts de rémunérations entre des médecins salariés et ceux exerçant à titre libéral au sein du même centre hospitalier (*Cass. soc.*, 16 déc. 2015, no 14-11.294).

Pour autant, une différence de statut juridique et donc le cas échéant de recrutement et d'évolution de carrière ne suffit pas à elle seule à justifier une différence de salaire entre salariés effectuant le même travail (*Cass. ass. plén.*, 27 févr. 2009, no 08-40.059, *Bull. civ. ass. plén. no 2*).

Dans les entreprises où coexistent des fonctionnaires, des agents de droit public et des salariés de droit privé, la Cour de cassation admet que les écarts puissent par exemple se justifier par les modalités spécifiques de fixation de la rémunération, celles des premiers résultant de règles de droit public alors que celles des seconds de dispositions conventionnelles (*arrêt précité*).

La Cour de cassation a adopté la même approche s'agissant d'une action en discrimination à l'embauche à l'égard des agents de droit privé, de sexe féminin, employés par la Poste (*Cass. soc.*, 22 oct. 2014, no 13-16.936 et no 13-17.209).

En revanche, il a été jugé que le statut de fonctionnaire ne justifiait pas à lui-seul le versement d'un complément de salaire plus élevé que pour les agents de droit privé, dès lors que son objet était de rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise de poste (*Cass. soc.*, 6 févr. 2013, no 11-26.604).

Peu importe, qu'il s'agisse, par ce biais, de maintenir des primes versées auparavant aux fonctionnaires, alors qu'elles avaient déjà été incorporées dans cet élément de rémunération applicable à l'ensemble du personnel (*Cass. soc.*, 9 déc. 2015, no 14-24.948).

## **O - Différence liée à la spécificité du parcours professionnel du salarié**

Si les conventions et accords collectifs de travail ne peuvent pas, en principe, tenir en échec le principe « *à travail égal, salaire égal* », leur application peut parfois aboutir à une disparité de salaire entre salariés de même qualification exerçant le même emploi.

Tel était le cas dans une affaire mettant en cause des accords conclus dans le secteur des organismes de sécurité sociale et ayant notamment pour objet d'assurer de nouvelles perspectives de carrière aux agents en favorisant leur promotion. L'application combinée de plusieurs de ces dispositions aboutissait à ce que des agents en place et reclassés conformément à la nouvelle classification perçoivent une rémunération moindre que des agents nommés ultérieurement dans les mêmes

fonctions à la suite de promotions. La chambre sociale a considéré que « *le parcours professionnel spécifique des salariés promus, pris en considération par les accords collectifs dans le but de favoriser la promotion professionnelle, constituait une justification objective de la différence de rémunération par rapport à leurs collègues, qui n'étaient pas dans une situation identique* » (Cass. soc., 3 mai 2006, no 03-42.920, Bull. civ. V, no 160).

La Cour de cassation semble avoir par la suite reconsidéré cette position en décidant que la différence de rémunération ne peut être justifiée par les conséquences des modalités du reclassement de certains emplois fixées par un accord collectif, et qui s'avèrent défavorables aux salariés nommés dans ces fonctions avant son entrée en vigueur (Cass. soc., 4 févr. 2009, no 07-41.406 à no 07-41.410, Bull. civ. V, no 35).

## **P - Différence liée à la localisation géographique du travail**

La localisation géographique n'est pas, en elle-même suffisante, pour justifier une différence de rémunération entre les salariés placés dans une situation professionnelle identique. Il en va ainsi même si les salariés travaillent dans des établissements différents et a fortiori quand les rémunérations sont fixées selon des barèmes établis au niveau de l'entreprise. Les abattements de zone appliqués par Radio France sur les salaires de ses collaborateurs d'une radio locale ont donc été jugés illicites à défaut d'être justifiées par d'autres raisons objectives (Cass. soc., 21 janv. 2009, no 07-43.452 à no 07-43.464, Bull. civ. V, no 15).

## **Q - Différence liée à la nationalité**

La nationalité du salarié ne peut pas, en principe, justifier une différence de traitement. Cela constitue en effet une discrimination prohibée.

Il est toutefois des circonstances où une inégalité positive de traitement est possible entre salariés de nationalités différentes à condition qu'elle repose sur une « justification objective et raisonnable (...) et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par l'accord... » (Cass. soc., 17 juin 2003, no 01-41.522, Bull. civ. V, no 195, *il s'agissait en l'espèce de l'attribution d'actions aux seuls salariés dont le contrat relevait de la loi italienne*).

La Cour de cassation a eu l'occasion d'affiner sa jurisprudence relative aux différences de traitement liées à la nationalité à l'occasion des affaires Synchronon. Il s'agissait en l'espèce de primes destinées aux salariés étrangers venant travailler en France, du bénéfice de laquelle étaient exclus les salariés français. La Cour de cassation considère qu'une telle prime d'expatriation, versés aux seuls salariés étrangers, est destinée à compenser les inconvénients nés de l'expatriation et à contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international. L'exclusion des salariés français repose ainsi sur une raison objective, pertinente et étrangère à toute discrimination prohibée (Cass. soc., 9 nov. 2005, no 03-47.720, Bull. civ. V, no 312 ; Cass. soc., 17 avr. 2008, no 06-45.270, Bull. civ. V, no 95).

## **R - Différence liée au risque économique**

Un employeur ne saurait attribuer aux salariés travaillant dans des magasins nouvellement ouverts une rémunération plus basse. La Cour de cassation considère en effet que cela reviendrait à faire peser sur leur rémunération le risque économique inhérent à l'ouverture d'un nouveau magasin (Cass. soc., 27 juin 2012, no 10-27.044).

## **S - Restrictions fondées sur l'exigence professionnelle**

Le Code du travail précise qu'il peut y avoir de différences de traitement entre les salariés à condition qu'elles « *répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* » (C. trav., art. L. 1133-1).

Cette restriction au principe d'égalité est libellée en termes identiques en ce qui concerne les différences de traitements entre les hommes et les femmes (C. trav., art. L. 1133-2).

On notera à ce propos que le Code du travail dresse une liste des emplois et des activités professionnelles pour lesquels l'appartenance sexuelle constitue la condition déterminante. Il s'agit des artistes appelés à interpréter un rôle féminin ou masculin, des mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires et des modèles masculins et féminins (C. trav., art. R. 1142-1).

La Halde avait pour sa part une lecture particulièrement stricte de la notion « *d'exigence professionnelle déterminante et essentielle* ». Elle considère notamment que l'activité de vendeuse en lingerie ne figurant pas dans liste des activités visées à l'article R. 1142-1 du Code du travail, le fait

d'être une femme ne peut constituer une condition déterminante pour vendre à domicile de la lingerie féminine et des jouets érotiques (*HALDE, Délib. no 2009-21, 26 janv. 2009*). On ne sait pas si le défenseur des droits, qui a remplacé la Halde, conservera cette façon de voir.

Dans le même ordre d'idées, le Code du travail autorise des restrictions « *aux droits des personnes* » et donc au principe d'égalité, à condition qu'elles soient « *justifiées par la nature de la tâche à accomplir* » et « *proportionnées au but recherché* » (*C. trav., art. L. 1121-1*). On peut se demander si celles-ci ne trouvent pas leur traduction, en matière d'égalité de traitement, dans des différences objectives entre salariés qui peuvent présenter un caractère spécifique compte tenu de la nature du travail et de la production assurée.

## T - Différences consécutives à une condamnation judiciaire

L'application d'une décision de justice est une raison objective et pertinente de traiter différemment un salarié par rapport aux autres. Ainsi, quand deux salariés ont obtenu en justice le paiement d'une prime, l'employeur est en droit, compte tenu de l'effet relatif de la chose jugée, de ne verser ce rappel qu'aux deux seuls salariés bénéficiaires de la décision (*Cass. soc., 23 oct. 2013, no 12-12.894*).

## U - Cas des sanctions disciplinaires

Investi par la loi d'un pouvoir disciplinaire, l'employeur doit-il respecter le principe d'égalité en infligeant la même sanction aux salariés ayant commis une faute identique ?

La question a été posée et deux arrêts avaient laissé croire qu'une sanction identique devait frapper les coauteurs d'une même faute (*Cass. soc., 1er déc. 1988, no 87-42.617, Dr. soc. 1990, p. 107 ; Cass. crim., 7 févr. 1989, no 87-91.818, Dr. soc. 1989, p. 509*).

La chambre sociale a finalement opté pour un régime plus souple. Sauf détournement de pouvoir, ou décision motivée par des critères prohibés par la loi, le fait de sanctionner différemment des salariés ne constitue pas, en soi, une discrimination illicite (*Cass. soc., 6 juin 2012, no 10-26.199*).

### *Remarque*

*Cette décision est une confirmation de jurisprudence et illustre, une nouvelle fois, le pouvoir d'individualisation des sanctions reconnu à l'employeur (Cass. soc., 17 déc. 1996, no 95-41.858).*

## VI - Action en justice

### A - Régime de la preuve

Hormis le cas des avantages catégoriels, ou par fonctions, fixés par accord collectif, dont la justification est présumée, le régime de la preuve est identique quelle que soit la rupture d'égalité invoquée (salaire, avantages, etc.).

S'agissant des premiers, ce sera au salarié d'apporter non seulement des éléments de preuve de la réalité de l'inégalité, laquelle résultera le plus souvent des termes même de l'accord collectif, mais il lui faudra aussi démontrer que cette différence de traitement est étrangère à toute considération de nature professionnelle (*Cass. soc., 27 janv. 2015, no 13-22.179, no 13-14.773 et no 13-25.437*).

Il pourra par exemple invoquer l'objet de l'avantage dès lors que celui-ci est, de toute évidence, sans lien direct avec l'appartenance à une catégorie professionnelle (*congé pour évènement familial, avantages sociaux*).

En revanche, le régime de la preuve des autres inégalités de traitement est le même que celui prévu à l'article L. 1134-1 du Code du travail en matière de discrimination : « *S'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe "à travail égal, salaire égal" de soumettre au juge des éléments de faits susceptibles de caractériser une inégalité (...), il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence* » (*Cass. soc., 28 sept. 2004, no 03-41.825, Bull. civ. V, no 228*).

Il a par exemple été jugé, en cas de rémunération variable, calculée uniquement en fonction du chiffre d'affaires réalisé par chaque collaborateur, que le salarié, invoquant une rupture d'égalité salariale, ne doit pas se contenter de relever que sa rémunération est inférieure au salaire moyen perçu par ses collègues.

Selon la Cour de cassation, ces éléments de fait sont insuffisants pour être « *susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération* ». Dans un tel contexte, le salarié doit fournir au juge des

renseignements sur les montants des chiffres d'affaires réalisés par chacun de ses collègues au regard du sien.

#### **Remarque**

***Ce qui aurait pu suffire, s'agissant de rémunérations fixes, se révèle notoirement insuffisant pour des salaires dont le montant dépend exclusivement des performances individuelles (Cass. soc., 20 oct. 2010, no 08-19.748, Bull. civ. V, no 242).***

En revanche, un courriel adressé par un collaborateur, indiquant renoncer à un traitement de faveur, et demandant à être payé aux mêmes conditions et selon le même système de calcul de bonus que les autres salariés, a été considéré comme un élément de fait susceptible de caractériser une inégalité de traitement (Cass. soc., 21 mars 2012, no 10-17.957).

A noter, par ailleurs, qu'en présence d'un accord collectif organisant de fait une discrimination non justifiée par des exigences professionnelles, le salarié peut demander le réajustement de sa situation sans avoir à se comparer avec un autre salarié de l'entreprise (Cass. soc., 23 mars 2011, no 09-42.666, Bull. civ. V, no 79). En l'espèce, il s'agissait d'une infirmière embauchée dans une association qui, par l'effet d'un accord de transposition, se trouvait affectée d'un coefficient inférieur à celui qu'elle aurait eu si on lui avait appliqué la classification de la convention collective réservée, par l'accord, aux nouveaux embauchés. L'employeur estimait qu'aucune infirmière n'ayant été embauchée depuis l'accord de transposition, la différence de traitement était toute théorique. La salariée ne pouvait revendiquer un rappel de salaires, n'ayant personne avec qui se comparer. Argument rejeté : « *Mais attendu que lorsque la différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité de traitement sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale ;...* ».

Lorsqu'un collaborateur s'estime victime d'une inégalité salariale, mais ne possède pas « *les éléments de fait (en) laissant supposer l'existence* », il peut demander au juge des référés d'ordonner à l'employeur la production des bulletins de paye d'autres salariés ayant des postes comparables (Cass. soc., 19 déc. 2012, no 10-20.526). Cette solution s'applique également en cas de non-respect de la règle « *à travail égal, salaire égal* ».

#### **Remarque**

***L'employeur, pour se défendre, avait invoqué la protection de la vie privée de ses collaborateurs (C. civ., art. 9) et mis en avant le secret des affaires. Il avait également essayé de plaider que l'article 145 du Code de procédure civile ne joue que pour la conservation des preuves.***

***La Cour de cassation rappelle que ce texte sert aussi à permettre d'en établir. Quant au respect de la vie personnelle et au secret des affaires, il doit s'effacer devant la nécessité de protéger un droit : « Mais attendu que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures demandées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ;... »***

À défaut d'une telle requête la demande de rappel de salaire du collaborateur n'est pas recevable (Cass. soc., 12 juin 2013, no 11-14.458).

Il s'agissait, dans cette affaire, d'un salarié intérimaire qui reprochait à son employeur de ne pas lui avoir appliqué l'augmentation générale de salaire à laquelle avait procédé la société dans laquelle il exerçait sa mission. Il s'était contenté d'alléguer ces faits, mais il n'avait fourni aucun commencement de preuve de nature à étayer sa réclamation. Il avait seulement produit le double d'un courrier laissé sans réponse, qu'il avait adressé à l'entreprise utilisatrice. Or, alléguer n'est pas étayer. La circonstance qu'il ne pouvait pas avoir accès à ces informations ne suffisait pas. Il devait demander au juge d'y pourvoir.

## **B - Contrôle du juge**

Le contrôle du juge est identique à celui effectué en cas de discrimination.

Pour apprécier s'il y a eu ou non atteinte au principe d'égalité, les juges du fond peuvent ordonner « *en cas de besoin* » toutes les mesures d'instruction qui sont, selon lui, utiles. Ils peuvent décider de recourir à une mesure d'expertise.

Bien que le Code du travail ne l'envisage que pour les cas de discrimination (*C. trav.*, art. L. 1134-1) et d'inégalité entre les hommes et les femmes (*C. trav.*, art. L. 1144-1), ces mesures d'investigation sont possibles pour toute atteinte au principe d'égalité. Cette décision relève du pouvoir souverain du juge du fond. Elle est donc laissée à son entière appréciation (*Cass. soc.*, 4 févr. 2009, no 07-42.697).

Le jugement prud'homal, ou l'arrêt de la Cour d'appel, constatant ou non une rupture d'égalité doit reposer sur une analyse comparée de la situation réelle du salarié par rapport à celle de ses collègues (*Cass. soc.*, 22 oct. 2014, no 13-18.362 ; *Cass. soc.*, 9 déc. 2014, no 13-16.045 et no 13-16.731).

Il doit notamment vérifier si la différence de traitement contestée est ou non justifiée.

La Cour de cassation ne se satisfait pas de « motifs généraux, voire hypothétiques » (*Cass. soc.*, 10 déc. 2008, no 07-42.703).

Dans la décision du 22 octobre 2014 (*précitée*), les Hauts magistrats ont cassé l'arrêt d'une Cour d'appel qui, pour contester l'existence d'une rupture d'égalité salariale entre une femme DRH (au coefficient 600) et les autres directeurs masculins (au coefficient 800), avait relevé qu'elle avait bénéficié, au début de sa carrière et plus rapidement que ses collègues, d'une augmentation d'échelon correspondant tout à fait à ses responsabilités. Mais la Cour d'appel s'était abstenue de procéder à une comparaison avec les fonctions réellement exercées par les autres membres du comité de direction. Autrement dit, il lui était reproché de n'avoir pas vérifié si la plaignante exerçait des responsabilités comparables aux intéressés, ce qui dès lors aurait, selon nous, justifié l'attribution d'un coefficient identique, fut-il surévalué.

Dans le même esprit, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une Cour d'appel ayant débouté un salarié au seul motif que le panel d'homologues auquel il se comparait n'était pas pertinent (*Cass. soc.*, 9 déc. 2014, no 13-16.045 et no 13-16.731).

## **C - Opposabilité du principe d'égalité**

L'employeur ne peut pas invoquer le principe d'égalité pour se soustraire à ses engagements unilatéraux (*Cass. soc.*, 27 janv. 2015, no 13-22.509).

### **Remarque**

*Dans le même ordre idée, l'employeur ne peut pas se prévaloir du caractère non justifié des critères d'attribution d'un avantage pour refuser de l'accorder à ses destinataires, alors que c'est lui-même qui les a fixés. Nul ne peut en effet se prévaloir de sa propre turpitude.*

## **D - Réparation des inégalités salariales injustifiées**

Le constat d'une différence de salaire injustifiée doit se solder par l'alignement de la rémunération du salarié lésé sur celle du ou des collègues qui se trouvent dans la même situation. Cet alignement sera généralement assorti d'un rappel de salaire. Cette régularisation est bien sûr limitée à la période non prescrite. Elle ne peut donc porter sur plus de trois ans (*C. trav.*, art. L. 3245-1).

## **E - Protection du salarié en cas de recours contentieux**

Le salarié ne saurait bien sûr être licencié pour avoir fait valoir ses droits en justice. Un tel licenciement serait dépourvu de cause réelle et sérieuse, mais il n'encourrait pas la nullité.

En effet, hors les cas visés à l'article L. 1144-3 du Code du travail relatif à l'égalité hommes/femmes, le licenciement prononcé en raison de l'action en justice intentée sur le fondement de principe « à travail égal/salaire égal » n'encourt pas la nullité (*Cass. soc.*, 20 févr. 2008, no 06-40.085, *Bull. civ. V*, no 38).

# *Annexe*

Sommaire  
analytique  
du Lamy Social  
2016

# Sommaire analytique

Une table alphabétique figure à la fin de l'ouvrage

*Numéros d'articles de l'ouvrage*

## PARTIE 1

### Ouvrage de base

#### TITRE 1

#### Droit du travail

##### DIVISION 1

##### Sources du droit du travail

Textes légaux et réglementaires — Traités internationaux .....	1 - 28
Accords collectifs .....	29 - 128
Usages, accords atypiques, engagements unilatéraux et recommandations patronales .....	129 - 158
Contrat de travail .....	159 - 175

##### DIVISION 2

##### Droits et principes fondamentaux

Ordre public et droit du travail .....	176 - 188
Respect des libertés et des droits individuels des salariés .....	189 - 228
Non-discrimination .....	229 - 278
Égalité de traitement .....	279 - 330
Responsabilités et obligations de l'employeur .....	331 - 391

##### DIVISION 3

##### Employeur, salariat et règles de cumul

Identification, incarnation et statut de l'employeur .....	392 - 413
Définition du salariat .....	414 - 477
Cumul d'emplois dans le secteur privé .....	478 - 518

##### DIVISION 4

##### Recrutement et décompte des effectifs

Décompte des effectifs .....	519 - 528
Interdiction du travail dissimulé .....	529 - 546
Formalités liées à l'embauche .....	547 - 567
Emploi de travailleurs étrangers .....	568 - 600

##### DIVISION 5

##### Recours à une main-d'œuvre extérieure

Travail temporaire .....	601 - 648
Sous-traitance et prêt de main-d'œuvre .....	649 - 716

##### DIVISION 6

##### Conclusion du contrat de travail

Période d'essai .....	717 - 749
Clauses pouvant figurer dans le contrat de travail .....	750 - 879
Contrat à durée déterminée .....	880 - 978
Contrat de travail à temps partiel .....	979 - 1018
Contrat d'apprentissage .....	1019 - 1066
Contrats et périodes de professionnalisation .....	1067 - 1091

## Le Lamy social

---

Contrats d'insertion et de réinsertion.....	1092 - 1150
Contrat de travail exécuté à l'étranger.....	1151 - 1242
DIVISION 7	
Salaire	
Fixation du salaire.....	1243 - 1295
Païement et protection du salaire.....	1296 - 1351
DIVISION 8	
Manifestations du pouvoir de direction de l'employeur	
Obligations et responsabilité du salarié.....	1352 - 1363
Règlement intérieur.....	1364 - 1403
Pouvoir disciplinaire de l'employeur.....	1404 - 1441
DIVISION 9	
Accords d'entreprise	
Négociation, conclusion et application des accords d'entreprise.....	1442 - 1496
Contenu et grands thèmes de négociation.....	1497 - 1555
DIVISION 10	
Gestion de l'emploi, des carrières et des compétences	
Évaluation des salariés.....	1556 - 1590
Principes généraux régissant la formation continue.....	1591 - 1608
Plan de formation.....	1609 - 1629
Congés de formation.....	1630 - 1688
Compte personnel de formation.....	1689 - 1727
Financement de la formation professionnelle.....	1728 - 1754
L'entretien professionnel.....	1755 - 1769
Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.....	1770 - 1808
Accord de mobilité.....	1809 - 1831
Accord de maintien dans l'emploi.....	1832 - 1858
Plan de résorption des inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes....	1859 - 1886
Emploi des seniors et contrats de génération.....	1887 - 1901
DIVISION 11	
Événements ayant une incidence sur l'exécution du contrat de travail	
Accident du travail, accident de trajet et maladie professionnelle.....	1902 - 1986
Maladie et accident : incidences sur le contrat de travail.....	1987 - 2029
Inaptitude médicale du salarié.....	2030 - 2076
Maternité, paternité et adoption.....	2077 - 2122
Absences autorisées, congés divers et réduction partielle d'activité.....	2123 - 2209
Activité partielle — Chômage-intempéries.....	2210 - 2275
Modification du contrat de travail.....	2276 - 2342
Modification dans la situation juridique de l'employeur.....	2343 - 2411
DIVISION 12	
Rupture du contrat de travail	
Démission.....	2412 - 2443
Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat.....	2444 - 2497
Licenciement pour cause personnelle — Motifs.....	2498 - 2540
Licenciement pour cause personnelle — Procédure.....	2541 - 2571
Licenciement économique — Champ d'application et motifs.....	2572 - 2618
Licenciement économique — Reclassements.....	2619 - 2660
Licenciement économique — Ordre des licenciements.....	2661 - 2680
Les modes alternatifs de rupture pour motif économique.....	2681 - 2693

## Sommaire analytique

Licenciement économique — Procédures .....	2694 - 2770
Licenciement économique — Mesures d'accompagnement et priorité de réembauchage .....	2771 - 2885
Licenciement économique — Actions en justice .....	2886 - 2907
Mise à la retraite et départ volontaire en retraite .....	2908 - 2940
Rupture du contrat des salariés protégés .....	2941 - 3032
Préavis : exécution ou dispense .....	3033 - 3076
Indemnité de licenciement .....	3077 - 3100
Reçu pour solde de tout compte et certificat de travail .....	3101 - 3116
Force majeure et fait du prince .....	3117 - 3133
Transaction .....	3134 - 3155
Rupture conventionnelle .....	3156 - 3179
Nullité du licenciement : régime et conséquences .....	3180 - 3210
 DIVISION 13	
Temps de travail, repos et congés payés	
Durée du travail .....	3211 - 3337
Aménagements du temps de travail .....	3338 - 3471
Compte épargne-temps .....	3472 - 3515
Durée du travail : règles applicables aux jeunes travailleurs .....	3516 - 3528
Conséquences d'une modification de la durée collective de travail .....	3529 - 3556
Problèmes spécifiques posés par les accords de durée du travail .....	3557 - 3572
Incitations financières à l'augmentation des temps de travail : détaxation et rachat .....	3573 - 3600
Repos obligatoires .....	3601 - 3641
Jours fériés et ponts .....	3642 - 3679
Congés payés .....	3680 - 3754
Journée de solidarité et dons de jours de repos .....	3755 - 3782
 DIVISION 14	
Hygiène, sécurité et santé au travail	
Obligation de sécurité et devoir de prévention .....	3783 - 3823
Environnement de travail .....	3824 - 3863
Poste de travail .....	3864 - 3873
Entreprises extérieures .....	3874 - 3888
Santé physique et mentale des salariés .....	3889 - 3954
Prévention de la pénibilité .....	3955 - 3969
Services de santé au travail : organisation et fonctionnement .....	3970 - 4021
 DIVISION 15	
Représentation salariale	
Cadre de la mise en place des instances représentatives .....	4022 - 4048
Représentativité syndicale .....	4049 - 4086
Syndicats dans l'entreprise .....	4087 - 4172
Délégués du personnel .....	4173 - 4217
Comité d'entreprise : mise en place et composition .....	4218 - 4245
Comité d'établissement — Comité central .....	4246 - 4272
Attributions et ressources du comité d'entreprise en matière d'activités sociales et culturelles .....	4273 - 4323
Attributions d'ordre économique et professionnel du comité d'entreprise .....	4324 - 4393
Fonctionnement du comité d'entreprise .....	4394 - 4451
Comité de groupe .....	4452 - 4489
Comité d'entreprise européen .....	4490 - 4533
Comité de la société européenne et de la société coopérative européenne .....	4534 - 4595
Mise en place du CHSCT .....	4596 - 4628
Attributions du CHSCT .....	4629 - 4683
Fonctionnement du CHSCT .....	4684 - 4728

Instance de coordination des CHSCT (ICCHSCT).....	4729 - 4743
Regroupement des réunions ou des instances et DUP.....	4744 - 4778
Droits et obligations des représentants du personnel.....	4779 - 4828
Délit d'entrave.....	4829 - 4855
Participation des salariés aux organes de gestion.....	4856 - 4861
Services sociaux du travail.....	4862 - 4865

## DIVISION 16

### Élections professionnelles

Préparation des élections.....	4866 - 4941
Opérations électorales et déroulement du scrutin.....	4942 - 4979
Contestations électorales.....	4980 - 4996

## DIVISION 17

### Expression collective des salariés

Exercice du droit d'expression des salariés dans l'entreprise.....	4997 - 5004
Le droit de grève.....	5005 - 5073

## DIVISION 18

### Partage de la valeur ajoutée et prévoyance

Les dispositifs de partage de la valeur ajoutée et leur articulation.....	5074 - 5082
Participation.....	5083 - 5135
Intéressement.....	5136 - 5181
Plans d'épargne salariale et attributions d'actions gratuites.....	5182 - 5233
Garanties santé et prévoyance complémentaire dans l'entreprise.....	5234 - 5291

## DIVISION 19

### Statuts particuliers

Télétravail.....	5292 - 5309
Travailleurs handicapés.....	5310 - 5322
Stagiaires en entreprise.....	5323 - 5360

## DIVISION 20

### Contrôle et contentieux

Inspection du travail : rôle et pouvoirs.....	5361 - 5404
Contentieux prud'homal.....	5405 - 5475
Délais de prescription en droit du travail.....	5476 - 5507

## TITRE 2

### **Charges sociales obligatoires**

#### DIVISION 1

##### Taux et calcul des charges sociales

Les différentes charges sociales obligatoires.....	5508 - 5592
Assiette minimale et GMP.....	5593 - 5607
Plafonds et tranches.....	5608 - 5654
Tarification des accidents du travail.....	5655 - 5692
Cotisations forfaitaires.....	5693 - 5710

#### DIVISION 2

##### Assiette des charges sociales

Rémunérations en espèces.....	5711 - 5770
Avantages en nature.....	5771 - 5799
Frais professionnels.....	5800 - 5825
Sommes et avantages attribués par des tiers.....	5826 - 5853

## Sommaire analytique

---

Sommes attribuées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ou postérieurement .....	5854 - 5891
Dividendes du travail et épargne salariale .....	5892 - 5912
Prise en charge de cotisations salariales — Contributions patronales de retraite et de prévoyance complémentaires .....	5913 - 5938
DIVISION 3	
Dispositifs d'aides et d'allègements de charges	
Réduction générale de cotisations et allègement de la cotisation d'allocations familiales .....	5939 - 5968
Aides à l'embauche et incitations à l'initiative économique .....	5969 - 6000
Aides au développement rural et urbain .....	6001 - 6038
Dispositifs de lutte contre l'exclusion .....	6039 - 6069
DIVISION 4	
Paiement des charges sociales	
Principales déclarations obligatoires et paiement des charges sociales .....	6070 - 6152
Sanctions du non-paiement des charges sociales et du défaut de déclarations .....	6153 - 6182
Contrôle, redressement et garanties des cotisants .....	6183 - 6253
Contentieux du recouvrement .....	6254 - 6294

Coordonnées :  
Service Clients  
Case Postale 402  
14, rue Fructidor  
75814 Paris cedex 17  
contact@wkf.fr  
**www.wkf.fr**

0 825 08 08 00 Service 0,15 €/min  
+ prix appel

Wolters Kluwer France  
SAS au capital de 155 000 000 €  
TVA FR 55 480 081 306  
SIREN 480 081 306 00130 RCS PARIS

