

Salaires

1754

Statut collectif et égalité de rémunération : analyse critique et prospective de la jurisprudence

Étude rédigée par

Michel MORAND,

avocat, conseil en droit social,
cabinet Jacques Barthélémy et Associés,
professeur associé, université d'Auvergne
Clermont I

La présente étude retrace la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'application du principe « à travail égal, salaire égal » dans les relations collectives de travail.

1 - L'impact de la loi du 13 novembre 1982 a été considérable sur la conception du droit de la négociation collective, notamment en imposant, pour la première fois, une négociation dans l'entreprise. Mais, les auteurs de ce texte, en réécrivant aussi l'article L. 133-5-4° du Code du travail, ne se doutaient sans doute pas de la portée que la Cour de cassation allait donner à la nouvelle formulation du principe « à travail égal, salaire égal ».

Dans sa rédaction initiale introduite par la loi du 11 février 1950, les conventions collectives susceptibles d'extension devaient contenir des dispositions concernant « les modalités d'application du principe à travail égal, salaire égal pour les femmes et les jeunes » (C. trav., art. L. 133-3-2° ancien).

En 1982, l'abandon de toute référence aux salaires des femmes allait donner au principe une signification que l'on sait maintenant différente. Par une démarche pragmatique, à l'occasion d'un contentieux ayant pour origine l'article L. 140-2 du Code du travail (qui concerne l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes), la Cour de cassation pose le principe selon lequel la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes n'était qu'une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5-4° et L. 136-2-8° du Code du travail ; 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 »¹.

2 - Si le principe qui condamnait toute individualisation de la rémunération entre les salariés effectuant le même travail sonnait comme la révélation d'une règle pourtant non contestable ; en revanche, la formulation utilisée pour justifier des différenciations objectives de rémunération n'était pas sans susciter de nombreuses interrogations. Comme le note un commentateur avisé, à n'en pas douter, il s'agit d'un grand arrêt « mais, d'une incertaine grandeur ou plutôt d'une portée difficile à prévoir, puisque la règle qu'il déclarait

dorénavant applicable dans les rapports de travail était tributaire de l'importance et du sens appelés à être donnés à l'un des termes de l'équation posée, la similitude de situation sans laquelle l'égalité de rémunération n'est pas requise »².

D'une simple redécouverte d'une règle réservée aux conventions collectives susceptibles d'extension, la Cour de cassation en a fait un véritable principe détaché de toute référence textuelle³, ce qui confère à la règle « d'égalité de rémunération non seulement une positivité, mais la valeur d'un principe fondamental en droit du travail »⁴.

3 - Depuis une dizaine d'années, la Cour de cassation s'est donc appliquée à discerner les situations qui permettent à l'employeur de différencier les rémunérations dès lors que celui-ci peut en justifier par des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence⁵ lorsque les salariés se trouvent placés dans une situation identique.

Dans cette construction, la jurisprudence s'est naturellement intéressée aux situations individuelles ou aux différenciations de rémunération ayant pour seul fondement une décision de l'employeur, mais aussi c'était inévitable, à la place du statut collectif dans la justification des écarts de rémunération⁶.

La Cour de cassation aurait pu néanmoins s'affranchir de cette recherche, en considérant que l'accord collectif pouvait justifier une

1. Cass. soc., 29 oct. 1996 ; Bull. civ. 1996, V, n° 359. – V. A. Lyon-Caen, De l'égalité de traitement en matière salariale : Dr. soc. 1996, p. 1013.

2. A. Lyon-Caen, À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens : RDT 2006, p. 16.

3. Cass. soc., 18 mai 1999 : Dr. soc. 1999, p. 747, obs. Ch. Radé.

4. Th. Aubert-Monpeyssen, Principe « à travail, salaire égal ». Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? : JCP E 2007, 1960.

5. Formulation utilisée pour la première fois dans l'arrêt du 15 mai 2007 qui donne au juge un contrôle de pertinence, Cass. soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894 et n° 05-42.895 : JurisData n° 2007-038964 ; Semaine sociale Lamy, 18 juin 2007, obs. F. Champeaux) et reprise par Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-45.601 : JurisData n° 2008-042839.

6. Pour une analyse exhaustive de cette jurisprudence, V. Th. Aubert-Monpeyssen, préc.

différence de traitement. Qu'il constituait ainsi l'élément objectif, contrôlable permettant à lui seul (eu égard à la qualité de ses signataires) de différencier les rémunérations des salariés. Tel n'a pas été le cas en raison de la volonté de la Cour de cassation soit d'imposer « le principe » à toutes les normes créatrices de droit, soit par référence à la jurisprudence communautaire qui considère, lorsqu'il s'agit de faire respecter l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, que ce principe peut être invoqué devant les juridictions nationales, notamment dans le cas de différenciations de rémunération qui ont directement leur source dans des dispositions législatives ou des conventions collectives du travail⁷.

4 - Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation s'est engagée, mais la brèche ouverte en 1996 ne pouvait permettre d'y échapper, dans la déclinaison du principe dans les relations collectives de travail. Le principe d'égalité de traitement devait effectivement atteindre le statut collectif, aussi bien lors de sa mise en place (1) que lors de sa disparition (2).

1. La mise en place du statut collectif et le principe « à travail égal, salaire égal »

5 - Sauf quelques exceptions, qu'il s'agisse d'un statut collectif « octroyé » (décisions unilatérales ou usages) ou négocié, la jurisprudence a condamné toute différenciation ayant pour seul fondement ledit statut (A). Mais, cette construction jurisprudentielle, pour louable que soit la démarche de clarification de la Cour de cassation, ne nous paraît pas à l'abri d'un certain nombre de critiques (B).

A. - Principes et exceptions jurisprudentiels

6 - La norme collective ne peut à elle seule justifier des différences de rémunération. La Cour de cassation a eu l'occasion de poser ce principe dans un certain nombre de décisions concernant aussi bien des usages, décisions unilatérales ou des accords collectifs.

Ainsi, s'agissant d'une prime annuelle accordée au seul personnel sédentaire d'une entreprise de transport, la Cour de cassation confirme le jugement du conseil de prud'hommes qui a constaté une inégalité de traitement « constitutive d'une discrimination illégitime qu'il convient de faire cesser »⁸. Si la notion de discrimination illégitime retenue par l'arrêt paraît pour le moins contestable en tout cas, des catégories différentes de personnel (personnel roulant et non roulant) ne peuvent justifier un traitement différencié en matière de salaire.

De même, l'application d'une décision unilatérale consistant à octroyer des tickets restaurants aux seuls personnels non cadres crée une différence de traitement critiquable, l'employeur ne justifiant « d'aucune raison objective et pertinente pouvant légitimer cette disparité »⁹.

S'il s'agit d'un accord collectif, la Cour de cassation avait tout d'abord condamné l'application d'une grille de classification conventionnelle qui créait une disparité de rémunération entre les salariés se trouvant dans la même situation, exerçant la même fonction et qui ne percevaient pas la même rémunération¹⁰. Ensuite, elle indique qu'un accord collectif fixant à partir d'une date déterminée, la rémunération d'une catégorie de salariés ne peut justifier une différence entre les salariés effectuant le même travail¹¹.

Enfin et de manière encore plus explicite, la Haute juridiction par une motivation particulièrement précise indique qu'« au regard du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différenciations de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de son entrée en vigueur »¹². Il s'agissait en l'espèce également de l'application d'un avenant de reclassement qui permettait aux salariés recrutés après la date d'effet dudit avenant de se trouver dans une situation plus avantageuse dans le cadre de la classification conventionnelle que ceux recrutés avant.

7 - Néanmoins, et par exception au principe, la Cour de cassation a aussi admis dans un certain nombre de situations qu'une différence de rémunération pouvait naître de l'accord collectif.

Trois situations sont consacrées par la Cour de cassation :

– La première concerne la localisation géographique qui peut justifier des différenciations de rémunération. Pour la Cour de cassation « la négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir, par voie d'accord collectif, des différenciations de traitement entre les salariés qui n'entrant pas dans le champ d'application d'un accord d'établissement ne peuvent faire état d'une discrimination au motif qu'ils ne bénéficient pas de cet accord »¹³.

À nouveau saisie sur le même fondement, la Cour de cassation maintient sa position en indiquant « qu'un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques soient déterminées par voie d'accord d'établissement »¹⁴. Dans cette décision, ce n'est plus seulement la soumission à l'accord collectif qui peut justifier la différenciation de traitement, mais les caractéristiques de l'établissement. Ainsi, on pourrait considérer que le coût de la vie, les moyens de locomotion, l'environnement commercial sont de nature à justifier une différenciation de traitement, mais ce n'est plus l'accord collectif qui sert de fondement.

– La seconde concerne la notion de parcours professionnel dans le cadre de l'application de la convention collective nationale du personnel des organismes de sécurité sociale dans sa rédaction résultant d'un protocole d'accord relatif à la classification des emplois. Des agents en fonction et reclassés en application de ce protocole avaient perçu une rémunération moindre que celle des agents nommés ultérieurement dans les mêmes fonctions à la suite d'une promotion. La Cour de cassation admet en l'espèce que les salariés n'étaient pas dans une situation identique à celle des agents avec lesquels ils revendiquaient une égalité de rémunération, au regard de parcours professionnels spécifiques de ces derniers pris en compte par les accords collectifs¹⁵. La prise en compte de l'historique de la carrière professionnelle (promotion) suffit-elle à justifier la différenciation de rémunération ?

– Enfin, reste le préjudice subi. Il fallait aussi trouver une explication pour justifier une différence de rémunération entre des salariés selon qu'ils étaient recrutés avant ou après un accord de réduction du temps de travail ou avant ou après la modification de la structure de rémunération, ou selon qu'ils étaient recrutés avant ou après une restructuration. C'est la notion de préjudice ou de sacrifices consentis qui permet de légitimer les différenciations de rémunération.

8 - Ainsi « un salarié, engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif de réduction du temps de travail, ne se trouve pas

7. Th. Aubert-Montpeyssen, *Peut-on contourner le principe d'égalité de rémunération en jouant sur les sources ?* : JCP E 2006, 1909.

8. Cass. soc., 19 mai 2004, n° 03-41.562.

9. Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 05-43.136 : *JurisData* n° 2008-037503.

10. Cass. soc., 4 mars 2003, n° 01-46.219.

11. Cass. soc., 16 janv. 2007, n° 05-42.212 : *JurisData* n° 2007-036984.

12. Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-43.136 : *JurisData* n° 2007-037503.

13. Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 98-40.769 : *JurisData* n° 2007-003651.

14. Cass. soc., 18 janv. 2006, n° 03-45.422 : *JurisData* n° 2006-031696 ; *Dr. soc.* 2006, p. 449, obs. Ch. Radé.

15. Cass. soc., 3 mai 2006, n° 03-42.920 : *JurisData* n° 2006-033329 ; *Dr. soc.* 2006, p. 1048, obs. M. Th. Lanquetin.

dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et ayant subi une diminution de leur salaire de base consécutive à la réduction de la durée du travail, diminution que l'attribution de l'indemnité différentielle a pour objet de compenser »¹⁶.

De même « un salarié, engagé postérieurement à la mise en œuvre d'un accord collectif organisant le passage d'une rémunération au pourcentage à une rémunération au fixe, ne se trouve pas dans une situation identique à celle des salariés présents dans l'entreprise à la date de conclusion dudit accord et subissant, du fait de la modification de la structure de leur rémunération, une diminution de leur salaire de base que l'attribution d'une indemnité différentielle a pour objet de compenser »¹⁷.

Également, l'attribution aux seuls salariés dont les contrats relèvent de la loi italienne, d'un droit d'option sur les actions nouvellement émises constitue la contrepartie de sacrifices acceptés par ces derniers à l'occasion de la restructuration de l'entreprise en Italie, sacrifices qui justifiaient une différence de traitement avec ceux des salariés n'ayant pas été soumis à cette restructuration¹⁸. La justification était pour la Cour de cassation, objective, raisonnable et proportionnée à l'objectif poursuivi par l'accord collectif.

9 - L'état de ce catalogue jurisprudentiel souligne la volonté de la Cour de cassation de tenter de conceptualiser le principe d'égalité en matière de rémunération. La tâche est pourtant difficile et dans cette recherche, les premières étapes de la jurisprudence nous paraissent révéler un certain nombre de difficultés.

B. - Observations critiques

10 - Les critiques que cette jurisprudence peut susciter se situent plus sur le terrain des conséquences qu'elle est susceptible d'engendrer, que sur celui de cette construction visant à théoriser le concept. Toutefois, une théorie d'application pratique difficile ne peut prospérer longtemps. Or, qu'il s'agisse de la condamnation de principe ou des exceptions admises, celles-ci ne nous paraissent pas toujours pertinentes.

11 - S'agissant tout d'abord de la condamnation de principe selon laquelle une norme collective ne pourrait pas à elle seule créer une différenciation de traitement, cette affirmation n'est pas sans conséquences et sans soulever un certain nombre de difficultés.

Ainsi, en reprenant la formulation de l'arrêt *Ponsolle* aux termes de laquelle « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité des rémunérations (...) », il devrait s'en déduire que cette obligation s'impose essentiellement lorsque celui-ci est à l'origine de la définition de la rémunération. Ce sera le cas en matière contractuelle ou lorsqu'il s'agit d'une norme collective totalement maîtrisée par l'employeur (usages ou décisions unilatérales). Tel n'est sûrement pas le cas s'il s'agit d'un accord collectif de branche, voire même d'un accord d'entreprise ou d'établissement. L'obligation de l'employeur pourrait alors se résoudre, soit à ne pas appliquer la clause de l'accord collectif « illégale », soit d'étendre « spontanément » le champ d'application de la clause litigieuse à des salariés qui en étaient exclus. La première option risque de l'emporter sur la seconde.

12 - L'interdiction faite à l'accord collectif de pouvoir créer des différences selon la date de recrutement des salariés est aussi contestable et, en tout cas, source de difficultés. Comment procéder à la révision d'un accord collectif dans certaines situations qui consistent à faire apparaître ou améliorer un avantage pécuniaire ? Prenons l'exemple de la création d'une prime d'ancienneté. L'égalité de traite-

ment commanderait alors d'accorder immédiatement à ceux des salariés présents la prime d'ancienneté prévue par l'accord collectif en fonction de l'ancienneté déjà acquise, sinon les salariés recrutés après la date de l'avenant de révision se trouvent dans une situation plus favorable.

Inversement, la révision peut aussi aboutir à faire disparaître ou modifier la prime d'ancienneté tout en la maintenant au niveau atteint pour ceux des salariés en ayant déjà bénéficié. Devra-t-on alors considérer que les salariés recrutés avant cette révision se trouvent dans une situation plus favorable que ceux recrutés après et que le principe « à travail égal, salaire égal » n'est pas respecté ?

13 - La condamnation de la différenciation des avantages de rémunération selon les catégories de salariés en application de la formulation de l'arrêt du 20 février 2008¹⁹ (« la seule différenciation de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, par l'attribution d'un avantage, une différenciation de traitement entre les salariés placés dans une situation identique) risque d'être particulièrement dévastatrice. Devra-t-on considérer, comme c'est le cas dans de nombreuses conventions collectives, qu'une prime d'ancienneté réservée aux seuls salariés non cadres est contraire au principe « à travail égal, salaire égal » ? En matière de protection sociale, toute distinction serait donc également contraire au principe d'égalité de traitement. Or, toutes les conventions collectives et accords collectifs comportent ce type de distinctions. On peut alors craindre que l'Administration du travail ait à sanctionner de nombreuses clauses conventionnelles lors de la procédure d'extension desdites clauses.

14 - Cette jurisprudence nous paraît en outre totalement en dehors du principe « à travail égal, salaire égal » puisque s'il y a différence de catégorie (cadre, non cadre, par exemple), par définition, il n'y a pas travail égal. Comment alors considérer qu'il doit y avoir salaire égal ? Ou alors, est-ce le début de la déclinaison d'un autre principe déjà apparu dans une décision antérieure de la Cour de cassation²⁰ selon lequel à « situation identique, avantages identiques ». C'est peut-être un nouveau champ exploratoire des principes d'égalité des rémunérations dans lequel la Cour de cassation devra préciser les similitudes ou disparités de situation pouvant être ou non à l'origine de traitements différenciés, peu important que le travail soit égal ou non.

15 - Comment ne pas s'attarder également sur la formulation utilisée par la Cour de cassation selon laquelle la différenciation éventuelle doit, lorsque la situation des salariés est identique, « reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ». Admettre une partie de la proposition (contrôle par le juge des raisons objectives) ne pose pas de difficulté. En revanche, laisser au juge le soin d'en apprécier la pertinence, c'est aussi permettre à celui-ci de s'immiscer dans les décisions de gestion de l'entreprise, ce que la Cour de cassation, jusque-là, n'avait pas admis²¹.

Ce contrôle de pertinence des différenciations de traitement dans des situations identiques peut s'admettre dans une conception restrictive de la notion de situation identique. En revanche, lorsqu'on admet qu'un cadre et un non cadre peuvent être dans une situation identique au regard de l'avantage de rémunération, le contrôle de pertinence devient plus critiquable.

16 - Enfin, la condamnation de pratiques ou d'accords collectifs contraires au principe d'égalité de traitement pose aussi la question de la norme juridique qui naît de cette condamnation.

16. Cass. soc., 1^{er} déc. 2005, n° 03-47.197 : *JurisData* n° 2005-030999.

17. Cass. soc., 31 oct. 2006, n° 03-42.641 : *JurisData* n° 2006-035660. – Dans le même sens, Cass. soc., 16 janv. 2007, préc.

18. Cass. soc., 17 juin 2003, n° 01-41.522 : *JurisData* n° 2003-019484.

19. Cass. soc., 20 févr. 2008, préc.

20. Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 05-45.710 : *JurisData* n° 2007-041225, au sujet d'une gratification individuelle.

21. Cf. en matière de licenciement économique Cass., ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219 : *JurisData* n° 2000-007299.

En effet, imposer l'application d'un accord collectif ou d'un avenant à des salariés qui en étaient exclus, nécessite également de s'interroger sur la nature juridique de l'avantage créé ainsi par décision de justice au profit des salariés. Naturellement, la même observation vaut si l'avantage rémunérateur est issu d'un usage ou d'une décision unilatérale. L'extension judiciaire de cet avantage préserve-t-elle la norme juridique d'origine ? La question est aussi d'importance en cas de révision ou de dénonciation de ces normes à l'égard des salariés qui n'étaient pas censés devoir en bénéficier.

17 - Les justifications exonératoires admises par la jurisprudence comme légitimant la différence de traitement ne sont pas plus convaincantes.

La notion de préjudice subi en raison d'une modification de la structure de la rémunération permettant de maintenir un avantage accordé aux « anciens » et pas aux nouveaux salariés, n'est pas très convaincante. Quel préjudice subissent ces salariés puisque dans les situations évoquées par la jurisprudence, les intéressés ont eu leur rémunération maintenue par l'octroi d'une indemnité différentielle ? Comment expliquer que les salariés dont le temps de travail est réduit à 35 heures et pour lesquels la rémunération est maintenue sur la base de 39 heures ou avec une indemnité différentielle, subissent un préjudice alors que ceux recrutés après la réduction de l'horaire et qui ont un salaire calculé sur la base de 35 heures sont censés être parfaitement satisfaits de cette situation ?

Quelle aurait été la solution si au lieu d'une indemnité différentielle, le salaire avait été maintenu sans modification de la structure de rémunération ? L'absence de préjudice aurait dû alors conduire la Cour de cassation à condamner le contenu de l'accord collectif ?

18 - Pas plus convaincante est la différenciation fondée sur l'appréciation des particularités des établissements d'une entreprise. Comment concilier cette approche avec l'application de certaines conventions collectives locales ou départementales qui définissent notamment des niveaux de rémunération qui sont différents et qui s'imposent à l'employeur ? Quel sera le rôle du juge dans l'appréciation des particularités locales susceptibles ou non de justifier des différences de traitement ? Il lui faudra trouver des indicateurs objectifs et pertinents.

19 - Finalement, on ne peut reprocher à la Cour de cassation de s'être engagée dans la voie d'une clarification. Pour autant, celle-ci est semée d'embûches. Il nous semble qu'il faille opérer d'autres distinctions. Ainsi, il conviendrait d'admettre que l'accord collectif peut à lui seul justifier des différenciations de rémunération. Les salariés recrutés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un avenant de révision ne sont pas dans une situation identique, sans qu'il soit nécessaire d'une justification supplémentaire tenant au préjudice subi par une catégorie de salariés.

En revanche, quand c'est l'employeur et lui seul qui est à l'origine de la norme juridique (usages, décisions unilatérales) par nature, la différenciation de traitement née de cette norme entre salariés qui effectuent le même travail ne pourra pratiquement jamais exister. Si tel n'était pas le cas, alors le contrôle de justification objective et de pertinence devrait seulement s'appliquer.

Enfin, il nous semble qu'une confusion apparaît entre le principe « à travail égal, salaire égal » et l'affirmation qu'à « situation identique, avantages identiques ». Ce n'est pas parce que la situation est identique, que l'avantage de rémunération doit être identique au regard du principe « à travail égal, salaire égal ». C'est l'émergence d'un autre concept mais qui n'a plus rien à voir avec celui né de l'arrêt *Ponsolle*.

20 - Ce « recentrage » de la jurisprudence vers un retour aux « sources » de l'arrêt *Ponsolle* par une appréciation plus stricte de l'un des éléments de la formulation, celle de situation identique, concerne également les principes posés par la Cour de cassation en matière de dénonciation ou remise en cause des normes collectives.

2. La disparition du statut collectif et le principe « à travail égal, salaire égal »²²

21 - La jurisprudence s'est également développée dans une double direction. D'une part, celle-ci a défini le principe et d'autre part, à dû admettre quelques exceptions (A). Ces principes ou exceptions nous paraissent également susciter un certain nombre de critiques (B).

A. - Principes et exceptions jurisprudentiels

22 - En matière d'accords collectifs, tout d'abord, les prémisses de la jurisprudence se retrouvent essentiellement dans deux décisions de la Cour de cassation. Dans la première, la Haute juridiction refuse d'étendre aux salariés de l'entreprise absorbante les avantages individuels acquis issus d'un accord collectif remis en cause en application du dernier alinéa de l'article L. 132-8 du Code du travail (*C. trav., art. L. 2261-14 nouveau*)²³.

Une seconde décision rendue dans des circonstances de fait similaires (remise en cause d'un accord collectif) affine la pensée jurisprudentielle. Le nouvel employeur est condamné pour violation du principe « à travail égal, salaire égal » au motif que l'engagement pris par celui-ci « ne résultait pas de l'application de la loi, qu'il n'était pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de salariés, et qu'il avait pour seul objet de maintenir des avantages à caractère collectif »²⁴. Il était ainsi reproché au cessionnaire d'avoir enfreint la loi en permettant aux seuls salariés transférés de bénéficier, outre des avantages acquis à titre individuel, également des avantages collectifs.

Finalement, la Cour de cassation devait clairement poser le principe à l'occasion cette fois de la dénonciation d'un accord collectif, en indiquant « qu'au regard de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif, ne saurait justifier des différences de traitement entre eux... »²⁵.

23 - La transposition de la jurisprudence relative à la mise en place des accords collectifs est ainsi réalisée. Le recrutement avant ou après la mise en place ou la dénonciation (ou remise en cause) d'un accord collectif ne peut justifier à lui seul une différence de rémunération.

Il fallait s'attendre à la transposition de cette jurisprudence dans les autres normes collectives. C'est désormais chose faite à l'occasion de la dénonciation par l'employeur d'une décision unilatérale, mais dont les effets ne devaient concerner que les salariés recrutés après cette dénonciation. Pour la Cour de cassation « au regard de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », 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 »²⁶. Naturellement, cette jurisprudence vaudra nécessairement lorsque l'avantage rémunérateur est né de l'usage ou d'un accord atypique.

24 - Néanmoins, la Cour de cassation admet également des causes exonératoires d'application du principe. Il était d'ailleurs difficile qu'il en soit autrement puisque par définition, le maintien des avantages acquis à titre individuel, par l'application de l'article L. 132-8 du

22. Sur cette question, V. Ch. Radé, *Justifications des inégalités salariales et maintien des avantages acquis à titre individuel* : *Dr. soc.* 2007, p. 112 ; A. Mazeaud, *Accords collectifs et restructurations* : *Dr. soc.* 2008, p. 66

23. *Cass. soc.*, 11 janv. 2005, n° 02-45.608 : *JurisData* n° 2005-026457.

24. *Cass. soc.*, 19 juin 2007, n° 06-44.047 : *JurisData* n° 2007-039650.

25. *Cass. soc.*, 11 juill. 2007, n° 06-42.128 à 06-42.158 : *JurisData* n° 2007-040153.

26. *Cass. soc.*, 12 févr. 2008, n° 06-45.397 et 06-45.401 : *JurisData* n° 2008-042739.

Code du travail (C. trav., art. L 2261-13 nouveau), devait nécessairement entraîner des différences, aussi bien dans les situations de dénonciation des accords collectifs, que de remise en cause.

Dès lors, la Cour de cassation a donc admis que la seule exception résultait pour les salariés engagés avant la dénonciation (et non pour ceux recrutés pendant le délai de survie de l'accord collectif) des avantages individuels acquis « lesquels ont pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient avantage »²⁷. La Cour de cassation rajoute ensuite qu'il importe peu que le maintien des avantages individuels acquis « résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord »²⁸.

S'agissant donc des normes collectives, seul l'avantage acquis à titre individuel peut être à l'origine d'une différence de traitement, ce qui écarte donc toutes différences pouvant naître de la remise en cause des autres normes collectives. Le principe est donc clairement établi par la Cour de cassation, mais cette jurisprudence est également susceptible d'avoir un certain nombre de conséquences dont certains peuvent être extrêmement défavorables aux salariés.

B. - Observations critiques

25 - Plusieurs observations critiques peuvent également être avancées. En premier lieu, il convient de constater que l'application des principes posés par la Cour de cassation peut inciter les employeurs à adopter des attitudes particulièrement restrictives. Souvent, à l'occasion de la dénonciation, ou de la remise en cause d'une norme collective, et pour éviter les turbulences sociales qui peuvent en résulter, il est fréquent de maintenir, au profit des salariés concernés, les avantages collectifs, ou des avantages nés de l'usage ou décision unilatérale. Les salariés recrutés après la date d'effet de ces décisions sont alors privés desdits avantages, maintenus au profit des salariés qui en ont effectivement bénéficié. Le principe posé par la Cour de cassation ne peut permettre une telle « tolérance sociale ». L'employeur, le cessionnaire d'une entité économique, devra appliquer le principe jurisprudentiel avec rigueur et ne maintenir que les avantages acquis à titre individuel, ou supprimer pour tous les salariés sans distinction de date de recrutement, les avantages de rémunération nés d'un usage ou d'une décision unilatérale.

Considérons, par exemple, un accord collectif conclu après remise en cause du fait d'un transfert d'entreprise, d'un accord d'entreprise qui maintiendrait au profit des seuls salariés transférés, une prime de treizième mois et une indemnité de licenciement ou départ en retraite. Si le treizième mois constitue un avantage acquis à titre individuel, tel n'est pas le cas en revanche des indemnités de licenciement ou de départ en retraite. La conséquence de la jurisprudence précitée serait d'étendre aux salariés de l'entreprise d'accueil le treizième mois puisque l'accord « d'adaptation » aurait maintenu aussi des avantages éventuels et pas uniquement des avantages individuels acquis. C'est un peu absurde.

Il va de soi également que le concept d'avantage acquis à titre individuel devra être appliqué de manière rigoureuse sauf risque de dénaturation avec les conséquences y afférentes au regard du « principe ». Ainsi, s'il s'agit d'une prime, il conviendra nécessairement de maintenir le montant atteint sans évolution et en euro constant. Toute autre forme évolutive de l'avantage risque de le transformer et en permettre le bénéfice à ceux des salariés recrutés après la date d'effet de la dénonciation ou remise en cause de l'accord collectif. Cette jurisprudence risque également d'être difficilement compatible avec les clauses des conventions ou accords collectifs qui

imposent le maintien des avantages acquis à titre individuel ou collectif. Cette obligation conventionnelle particulièrement protectrice devient donc contraire au principe, et à ce titre, devrait être exclue des nombreuses conventions collectives qui la prévoient.

Il convient aussi de s'attarder sur la nature juridique de l'avantage créé au profit des salariés qui en étaient exclus par la dénonciation ou la remise en cause. S'il s'agit d'avantages collectifs maintenus par une décision unilatérale de l'employeur, l'extension de ces avantages devrait entraîner l'extension de la norme juridique. Si ces avantages sont nés d'un accord de substitution ou d'adaptation, on pourrait considérer que cet accord qui viole le principe « à travail égal, salaire égal », n'a pas de fondement, ce qui pourrait lui donner alors les caractéristiques d'une décision unilatérale. La même question se pose pour les avantages consentis ou issus de décisions unilatérales et maintenus au seul profit des salariés qui en ont bénéficié avant la dénonciation. L'extension aux salariés recrutés après la dénonciation de ces normes par décision de justice remet-elle en cause la validité de la dénonciation, prolongeant ainsi les effets de la décision unilatérale ou de l'usage ? On pourrait le penser, mais la réponse demeure incertaine malgré tout. Pourtant, cette question et surtout la réponse est essentielle lorsqu'il sera question de réviser, dénoncer ces avantages recréés judiciairement.

26 - Les causes exonératoires admises par la jurisprudence ne sont pas non plus sans susciter quelques remarques. Pour la Haute juridiction, l'avantage acquis comme seule exception serait destiné à compenser le préjudice subi par les salariés « du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient avantage »²⁹. La motivation est un peu surprenante puisque selon la jurisprudence traditionnelle, ces avantages sont contractualisés à l'issue du délai de survie de l'accord collectif dénoncé ou remis en cause³⁰.

Cette incorporation jurisprudentielle de l'avantage individuel acquis dans les contrats de travail des salariés ne nous paraît pas de nature à créer un préjudice, mais au contraire une plus grande stabilité puisque la suppression éventuelle d'un tel avantage supposerait que les salariés concernés y consentent expressément.

Encore moins convaincante est la justification également admise lorsque l'avantage individuel acquis est repris dans un accord de substitution. Dans cette hypothèse, le seul « traumatisme » créé a été constitué par la dénonciation. Mais, ce traumatisme a été soigné par la conclusion du nouvel accord collectif. La contradiction apparaît alors avec la jurisprudence précitée qui condamne la date de recrutement comme seule explication à la différence de traitement.

En effet, si un accord de substitution est conclu au profit des seuls salariés concernés par la dénonciation de l'accord qui l'a précédé, cela va donc nécessairement créer une différenciation de traitement selon la date du recrutement. Certes, reste le préjudice. Mais, l'explication n'est pas très satisfaisante.

Elle ne le serait véritablement que si l'accord de substitution réduisait certains avantages individuels acquis. Mais comment s'appréciera le contenu d'un accord collectif de substitution ou d'adaptation qui aurait pour effet de limiter les avantages acquis à titre individuel et de maintenir des avantages collectifs ? L'appréciation risque alors d'être particulièrement complexe et le souhait de sécurisation juridique voulu par la Cour de cassation au travers de ces développements jurisprudentiels risque d'être particulièrement malmené.

Comme le note un auteur, il s'agit aussi « de permettre aux partenaires sociaux de négocier pour une population ciblée la survie de tout ou partie des anciens avantages collectifs conventionnels »³¹. Il

27. Cass. soc., 11 juill. 2007, préc.

28. Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041 : JurisData n° 2007-041788. - Cf. J. Dauplat, *À travail égal, salaire égal en présence d'un accord de substitution : Semaine sociale Lamy* 24 déc. 2007, n° 1334.

29. Cass. soc., 11 juill. 2007, préc.

30. Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 87-44.507 : JurisData n° 1991-003234 et Cass. soc., 19 oct. 1999, n° 97-45.907 à 97-45.911 : JurisData n° 1999-003590.

31. E. Laherre, *Le statut collectif sous la présence de l'égalité de traitement : Semaine sociale Lamy* 23 avr. 2007, n° 1304.

n'est pas certain que la jurisprudence de la Cour de cassation autorise de tels « errements ».

Enfin, on sait également que la jurisprudence en matière de dénonciation d'usage ou de décision unilatérale, instaure un délai de prévenance suffisant pour permettre d'éventuelles négociations³². Cette « négociation de substitution » risque d'être remise en cause, puisque le nouvel accord collectif ne pourra pas avoir pour effet de « minimiser » les effets de la dénonciation en maintenant partiellement l'avantage au profit des salariés qui en ont été privés par la dénonciation. Au mieux, cet accord collectif ne pourrait avoir pour effet que d'étendre à l'ensemble des salariés tout ou partie de l'avantage dénoncé. Ce n'est sans doute pas ce que souhaitera l'employeur dans ce type de situation.

27 - Finalement, les développements jurisprudentiels autour du préjudice nous paraissent plutôt de circonstances. La vraie justification qui à elle seule se suffit est l'obligation de différenciation consacrée par l'article L. 132-8 du Code du travail qui postule, en l'absence d'accord de substitution, le maintien des avantages acquis à titre individuel.

Trouver ensuite d'autres fondements aux différenciations de traitement, c'est revenir à l'appréciation de la similitude de la situation. Les salariés recrutés avant ou après la dénonciation d'un accord collectif, d'un usage ou d'une décision unilatérale, ne sont pas dans une situation identique. La différenciation de traitement repose bien sur une considération objective et matériellement vérifiable (la procédure régulière de dénonciation). Tout au plus, une recherche de justification des motivations de dénonciation ou remise en cause devrait être effectuée. Mais, si celle-ci repose sur des considérations objecti-

ves (considérations économiques, d'organisation...), la situation des salariés n'étant pas identique, la différenciation de traitement devrait être admise.

28 - Cette jurisprudence est en devenir. Mais, attention aux risques de dérives et aux domaines non encore véritablement explorés quant à la signification réelle de la notion de rémunération. La protection sociale, les congés supplémentaires, et l'organisation du temps de travail sont aussi des domaines qui procurent collectivement ou individuellement des avantages pécuniaires.

Il ne faudrait pas qu'une confusion s'instaure entre discrimination en matière de salaire au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail et violation du principe « à travail égal, salaire égal », pour tant...

L'arrêt *Ponsollen* n'en a pas fini d'égrainer les conséquences « d'une règle en quête de sens »³³, derrière lesquelles se profile un deuxième principe beaucoup plus vaste encore. La portée de ce dernier principe est à découvrir et dépendra aussi de l'appréciation de la notion de « situation identique au regard de l'avantage considéré ». Cette appréciation risque d'aboutir à condamner tout avantage catégoriel. Alors, c'est tout le droit des normes collectives qui en sont souvent à l'origine, qu'il faudra repenser. Ainsi, la Cour de cassation devrait aussi indiquer que l'identité de situation qui entraîne l'identité des rémunérations n'est que l'application d'un principe plus large selon lequel « à situation identique, avantages identiques ». Déclinons, déclinons...

MOTS-CLÉS : Salaires - Montant - Principe « à travail égal, salaire égal » - Statut collectif

32. Notamment *Cass. soc.*, 25 févr. 1988 : *Bull. civ.* 1988, V, n° 139.

33. Selon la formule du professeur A. Lyon-Caen, *art. préc.*

Contrat de travail

1755 Contrat à durée déterminée : contrat conclu pour plusieurs motifs

Il résulte des dispositions combinées des articles L. 122-1, L. 122-3-1 et L. 122-3-11 du Code du travail que le contrat à durée déterminée ne peut comporter qu'un seul motif. Le contrat conclu avec un salarié pour deux motifs de recours successifs doit être requalifié en contrat à durée indéterminée.

Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 06-41.536, FS P+B, Union des coopératives Foncalieu c/ M^{me} Ramond : *JurisData* n° 2008-042393

LA COUR (...) Sur le premier moyen :

● Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Montpellier, 25 janvier 2006), que M^{me} Ramond a été engagée en qualité de comptable, par l'Union des coopératives Foncalieu, pour la période du 26 février 2002 au 25 février 2003, aux termes d'un contrat à durée déterminée unique comportant un double motif de recours : d'une part, le remplacement pendant six mois, d'une salariée absente pour cause de maternité, d'autre part, au cours des six mois suivants, un surcroît d'activité lié à la réorganisation du service comptable ; qu'après l'échéance du terme, la salariée a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification de ce contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée et de diverses demandes en paiement au titre de l'exécution et de la rupture du contrat ;

● Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le contrat à durée déterminée conclu entre lui et la salariée devait être requalifié en contrat à durée indéterminée et que la rupture intervenue le 25 février 2003 s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, puis de l'avoir condamné au paiement d'une indemnité de requalification et à verser des dommages et intérêts à la salariée pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, outre diverses sommes à titre de préavis, de congés payés afférents, de prime de 13^e mois, de prime d'ancienneté, de différentiel de prime de précarité et de solde de congés payés, alors, selon le moyen :

1° / qu'il peut être stipulé dans un acte écrit unique qu'un salarié sera employé à durée déterminée au cours de deux périodes distinctes, dès lors qu'aucune règle de fond ou de forme relative au contrat à durée déterminée n'est méconnue ; qu'en l'espèce, il était constant qu'un acte du 25 février 2002 stipulait que M^{me} Ramond était engagée en qualité de comptable à compter du 26 février 2002 afin de remplacer, pendant six mois, une salariée en congé maternité puis, durant six autres mois, afin d'occuper les fonctions de chef comptable pour faire face à un surcroît temporaire d'activité ; qu'en retenant qu'une telle relation de travail à durée déterminée devait être requalifiée en contrat de travail en durée indéterminée au seul prétexte qu'un contrat de travail à durée déterminée ne pouvait pas être conclu pour deux motifs distincts, la cour d'appel a violé les articles L. 122-1 et suivants du code du travail ;