



# LE CRÉPUSCULE

## DU

# PRINCIPE D'ÉGALITÉ

FÉDÉRATION NATIONALE  
DE L'ACTION SOCIALE FO  
7 PASSAGE TENAILLE  
75 014 PARIS  
T. 01 40 52 85 80  
F. 01 40 52 85 79  
lafnas@fnasfo.fr

AOÛT 2018

« *Le conseil de prud'hommes a exactement rappelé que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale " à travail égal, salaire égal " (...); 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* » <sup>(1)</sup> ! Ainsi naissait, il y a plus de vingt ans, le principe « à travail égal, salaire égal » à propos d'une inégalité salariale entre deux salariées. Si l'arrêt Ponsolle fut le détonateur d'une valorisation de l'égalité au sein de l'entreprise, le principe s'est déployé plus tardivement, en 2008 <sup>(2)</sup>, sous les traits d'une norme de portée générale : le principe d'égalité de traitement que la Cour de cassation a progressivement isolé dans le visa de ses décisions.

Au vrai, ce principe était déjà reconnu par les textes européens et en particulier la directive 76/207/CEE du 9-2-1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Mais il était appréhendé sous l'angle des discriminations : « *Le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions ci-après implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial* » <sup>(3)</sup>. Cette approche est également celle de la directive 2000/78/CE du 27-11-2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : le principe de l'égalité de traitement y est défini comme l'absence de toute discrimination directe ou indirecte <sup>(4)</sup>. La Cour de cassation l'a en revanche conçu comme un principe autonome qui ne se confond pas avec le principe de non-discrimination. Présentant l'avantage de se compléter, les deux principes œuvrent ensemble, mais à des points de vue différents, à l'égalité dans les relations de travail. Les points de vue sont différents, car la notion de discrimination renvoie principalement à une perception de l'être dans son individualité, qu'elle soit identitaire (le sexe, les mœurs, l'âge, l'origine ethnique ou raciale...) ou sociale (situation de famille, convictions religieuses, appartenance syndicale...), au regard de laquelle il s'agit de protéger le sujet contre des différenciations dont il serait victime. L'égalité de traitement, dans son propre biotope, ne s'intéresse pas à l'individu subjectivement considéré au prisme d'éléments distinctifs, mais en tant qu'il appartient à une collectivité, en l'occurrence la collectivité de travail. Il s'agit d'assurer objectivement une identité de condition aux personnes placées dans la même situation au sein de cette collectivité. À cet égard, l'égalité de traitement est un principe impersonnel dont l'objectif est d'éliminer des différences lorsqu'elles ne tiennent pas, précisément, à des données individuelles. Les principes essentiels du droit du travail dégagés par la commission dite Badinter en 2016 opéraient la synthèse. Il était dit, d'un côté, que « *le principe d'égalité s'applique dans l'entreprise* » et que « *l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes doit y être respectée* » <sup>(5)</sup>. Et il était énoncé, d'un autre côté, que « *les discriminations sont interdites dans toutes les relations de travail* » <sup>(6)</sup>.

Seulement voilà : si le droit des discriminations n'a cessé, ces dernières années, de se développer, aussi bien substantiellement avec la prise en compte de nouveaux motifs de discrimination (lieu de résidence, vulnérabilité économique...) que procéduralement en s'armant de l'action de groupe, le principe d'égalité de traitement est en régression. Amorcée

en 2015, cette régression est continue et fait s'interroger sur l'avenir du principe dont les applications se réduisent à vue d'œil. Faut-il dans ces conditions se résoudre à en tirer les conséquences et concentrer dorénavant toutes les actions contre les inégalités de traitement sur le terrain du droit des discriminations ? À bien y regarder, le principe d'égalité occupe encore quelques espaces que ne couvrent pas les discriminations. Il pourrait donc se maintenir, mais on le voit, dans ce cas, résiduel. Autrement dit, passé le filtre du droit des discriminations, l'égalité ne serait plus qu'une objectivité relative au sein de la collectivité de travail.

## I. LA RÉGRESSION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

La régression a commencé lorsque la Cour de cassation a stoppé net, en 2015, les ambitions portées par le principe d'égalité de traitement pour réduire, voire pour mettre fin aux avantages catégoriels. Les différences de traitement ont été neutralisées lorsqu'elles sont prévues ou issues d'un accord collectif. Le mouvement s'est ensuite amplifié à mesure que la Chambre sociale s'est appliquée à justifier, méthodiquement, les différences de traitement chaque fois qu'elles ne sont pas, à proprement parler, imputables à un fait ou à un acte de l'employeur.

### A. La neutralisation conventionnelle des inégalités de traitement

Le principe d'égalité de traitement est l'une des victimes collatérales de l'engouement du droit contemporain pour la norme conventionnelle. La règle s'est aujourd'hui enracinée : *« Les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle et qu'il ressortait de ses constatations que la différence de traitement dénoncée n'était pas étrangère à toute considération professionnelle »* <sup>(7)</sup>.

Ce redéploiement des règles fait sens. Il fait sens car il n'est pas dans la pratique de la négociation collective de passer chaque mesure au crible de l'égalitarisme. Les acquis des uns sont couramment des concessions des autres, et réciproquement, et c'est le tout qui fait l'objet de l'accord. L'équilibre est global, atteint par l'addition d'éventuels déséquilibres particuliers. Il n'est pas déraisonnable de considérer, dans ces conditions, non seulement qu'un accord collectif conclu avec des organisations syndicales représentatives peut opérer des différences de traitement, mais que celles-ci doivent à leur source négociée par des organisations investies de la défense des droits et intérêts des salariés d'être présumées justifiées. La présomption est un label de légitimité. L'axe du raisonnement est là : l'accord collectif est intrinsèquement légitime parce qu'il est négocié et signé par des organisations syndicales représentatives en charge de la défense des droits et intérêts des salariés et habilitées à contribuer à l'élaboration normative. Produit de la négociation sociale, l'accord

n'a pas à être justifié dans son contenu, fût-ce lorsqu'il renferme des différences de traitement. C'est à celui qui conteste ce contenu sur le fondement du principe d'égalité d'en établir le caractère illégitime. L'illégitimité dérive alors, dans cet esprit, de ce que les différences de traitement sont étrangères à des considérations de nature professionnelle, ce qui revient à une sorte de défaut de conformité avec la défense des droits et intérêts des salariés. Mais il s'agit, en réalité, d'une preuve diabolique, d'une *probatio diabolica*, car il est à peu près impossible d'établir qu'un avantage catégoriel que les organisations syndicales représentatives signataires de l'accord ont agréé parmi d'autres éléments négociés se distingue de ceux-ci en ce qu'il serait objectivement déconnecté de toute considération de nature professionnelle.

Inaugurée à propos des avantages catégoriels, cette jurisprudence a été ensuite étendue à d'autres formes d'inégalités de traitement, réduisant à chaque fois davantage le champ opératoire du principe d'égalité. Dans une deuxième vague, il a été jugé que, lorsqu'elles sont opérées par voie d'accord collectif, les différences de traitement entre des salariés appartenant à des établissements distincts d'une même entreprise sont présumées justifiées<sup>(8)</sup>, la règle ayant à son tour été élargie à la situation de salariés affectés à des sites ou à des établissements distincts<sup>(9)</sup>. Le troisième mouvement concerne, en dernier lieu, les différences de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle. Considérant que ces différences de traitement résultent de l'obligation à laquelle est tenu l'employeur entrant de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur, la Chambre sociale estime qu'elles ne sont pas étrangères à toute considération de nature professionnelle et qu'elles sont en conséquence justifiées au regard du principe d'égalité de traitement<sup>(10)</sup>. Comme on l'a fait remarquer<sup>(11)</sup>, la Cour opère ici un raccourci puisque, sans passer par la considération que les différences consécutives à un transfert organisé par une convention collective sont présumées légitimes, elle affirme directement que ces différences reposent sur des considérations de nature professionnelle, excluant par là même toute possibilité de les contester. La caution du législateur n'y est sans doute pas étrangère, la solution jurisprudentielle étant codifiée, depuis la loi du 8 août 2016, à l'article L 1224-3-2 du Code du travail lorsque la poursuite des contrats de travail est prévue et organisée par un accord de branche étendu en cas de succession d'entreprises dans l'exécution d'un marché. En pareille situation, il est dit que « *les salariés du nouveau prestataire ne peuvent invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus, avant le changement de prestataire, par les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis* ».

Potentiellement, ce sont donc toutes les manifestations d'un traitement inégalitaire pratiqué au sein de la collectivité de travail qui, dès lors que la différence de traitement est l'objet d'un accord collectif ou l'effet de son application, sont tenues pour légitimes. Potentiellement aussi, ce sont tous les accords ayant valeur d'accords collectifs qui immunisent les inégalités qu'ils comportent contre toute contestation. La Cour de cassation l'a reconnu à propos d'un protocole de fin de conflit qui, juge-t-elle, constitue un accord collectif dès lors que, conclu avant l'expiration de la période transitoire instaurée par la loi du 20 août 2008, il a été signé par un ou des délégués syndicaux ou que, conclu après cette période, il a été négocié et signé avec des organisations syndicales représentatives<sup>(12)</sup>. La question pourrait tout de même être discutée en ce qui concerne les accords conclus de manière dérogatoire : accords conclus avec des élus du comité social et économique mandatés ou non mandatés,

avec des salariés non élus mandatés ou encore accords référendaires dans les entreprises de moins de onze salariés. Ce qui rend les choses discutables, c'est que, hormis ceux conclus avec un élu ou un salarié mandaté, il ne s'agit pas d'accords «  *négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote* » au sens où la chambre sociale de la Cour de cassation en fait la raison de la présomption de justification des différences de traitement. Probablement, la circonstance que ces accords, légalement considérés comme des accords collectifs, requièrent pour leur adoption une majorité conduira à leur appliquer la présomption de justification synonyme de légitimité <sup>(13)</sup>. Mais cela veut dire aussi que cette présomption se dilate.

## B. La justification méthodique des différences de traitement

Les conditions de mise en œuvre du principe d'égalité de traitement sont connues : positivement, il faut que soit établie une identité de situation au regard de l'avantage considéré, ce qu'il appartient en principe au salarié de démontrer ; négativement, il faut que cette différence ne repose pas sur des éléments objectifs, cette justification étant à la charge probatoire de l'employeur <sup>(14)</sup>. En faisant évoluer ces conditions dans le sens d'un durcissement, la Cour de cassation favorise corrélativement un rétrécissement du principe d'égalité de traitement.

L'identité de situations est *a priori* une question de fait <sup>(15)</sup>, ce qui justifierait que le contrôle opéré par la Cour de cassation soit un contrôle léger, essentiellement sous l'angle du défaut de base légale. Mais le contrôle est aussi celui des règles probatoires <sup>(16)</sup>. Prenons l'exemple du « *complément Poste* » qui alimente depuis des années un important contentieux sur le terrain de l'égalité de traitement. À propos de cette indemnité destinée à harmoniser les rémunérations des agents de droit public et de droit privé employés par La Poste, la Chambre sociale a jugé, en 2015, que, pour écarter une inégalité de traitement, les juges ne peuvent se fonder sur la seule ancienneté du fonctionnaire et doivent constater une plus grande maîtrise de son poste <sup>(17)</sup>. Appliquant plus rigoureusement la règle probatoire, la Cour de cassation a décidé que c'est à celui qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement de démontrer qu'il se trouve dans une situation identique ou similaire à celui auquel il se compare. Sont en conséquence rejetées les demandes de salariés qui ne se comparent pas à des fonctionnaires exerçant des fonctions identiques ou similaires <sup>(18)</sup> ou qui se comparent à un fonctionnaire exerçant, comme eux, des fonctions identiques ou similaires de facteur, mais qui, à la différence des salariés, a occupé des fonctions qui, par leur diversité et leur nature, lui confèrent une meilleure maîtrise de son poste <sup>(19)</sup>.

La Chambre sociale étend surtout la portée de son contrôle en imposant sa conception de l'identité de situations, ce qui lui permet de dégager des solutions de portée générale, invariables suivant les circonstances de fait. La méthode a été appliquée lorsque les avantages en concurrence ont des sources différentes, un usage pour l'un, un accord collectif pour l'autre. Se prononçant à propos de l'attribution, à l'occasion de l'obtention de médailles du travail, du droit à gratification naissant à la date à laquelle le salarié a atteint le nombre d'années de service requis pour l'échelon concerné, la Chambre sociale a décidé que, dès lors que certains salariés ont acquis l'ancienneté requise avant une certaine date et que d'autres l'ont acquise après cette date, ce dont il résultait que le régime juridique

applicable à la gratification relevait, pour les premiers, d'un usage d'entreprise et, pour les seconds, de la convention collective, les salariés ne sont pas placés dans une situation identique de sorte qu'il n'y a pas de rupture d'égalité de traitement <sup>(20)</sup>.

C'est également en adoptant une position de principe que la Cour de cassation a écarté l'application de l'égalité de traitement à des salariés licenciés à l'occasion de deux procédures de licenciement économique collectif ayant été successivement engagées dans l'entreprise, accompagnées de plans de sauvegarde de l'emploi distincts. Pour les juges de cassation, le salarié licencié dans le cadre de la première procédure n'est pas dans une situation identique à celle des salariés licenciés dans le cadre de la seconde procédure au cours de laquelle avait été élaboré le plan prévoyant les avantages revendiqués <sup>(21)</sup>. Si la solution se comprend lorsque les plans de sauvegarde de l'emploi se rapportent à des opérations de restructuration différentes éloignées dans le temps, on peut être plus hésitant dans le cas où les plans qui se suivent ont le même fait générateur, des difficultés économiques persistantes, voire qui s'aggravent, ou une réorganisation déclinée par étapes. Pour écarter en l'occurrence une rupture d'égalité de traitement, la Cour de cassation en justifie, dans la note explicative qui accompagne les arrêts, par la considération que la succession dans le temps de procédures de licenciement économique implique une évolution du contexte économique et social ayant donné lieu à ces procédures, évolution qui retentirait nécessairement sur le contenu des plans établis en fonction des besoins des salariés concernés et des moyens de l'entreprise ou du groupe évalués au moment de leur élaboration.

L'explication, à la réflexion, est audible, mais elle se comprend davantage comme une justification de la différence de traitement que pour exclure, en amont, la condition d'identité de situation. De fait, on conçoit que l'aggravation des difficultés économiques imposant de mettre en œuvre une nouvelle procédure de licenciement collectif, en provoquant une dégradation des moyens de l'entreprise, affecte subséquemment les mesures du plan de sauvegarde de l'emploi qui ne peuvent compter sur le même financement que celui qui l'a précédé. Il y a là, probablement, une raison objective justifiant la différence de traitement entre les salariés visés par la première procédure et ceux licenciés au terme d'une seconde procédure. L'existence d'une raison objective est en revanche moins évidente lorsque les procédures successives de licenciement économique constituent les deux volets d'une même réorganisation avec des plans de sauvegarde de l'emploi distincts, le second réduisant le montant de l'indemnité complémentaire et la durée du congé reclassement <sup>(22)</sup>. Elle paraît également discutable quand la seconde procédure, à l'occasion de laquelle le plan de sauvegarde de l'emploi prévoyait une indemnité de fermeture de site que ne comportait pas le premier plan de sauvegarde de l'emploi, faisait suite à la rupture anticipée des relations commerciales avec le principal donneur d'ordre et à la fermeture de site alors que la première procédure était consécutive à une réduction significative des prestations confiées par ce donneur d'ordre <sup>(23)</sup>. S'il y avait bien, dans cette seconde situation, des circonstances particulières tenant à la perte du marché et à la fermeture du site, on peut se demander en quoi elles justifiaient objectivement que les salariés licenciés en dernier bénéficient d'une prime spécifique que n'avaient pas perçue les premiers licenciés.

La Cour de cassation n'en dit rien, car elle se place sur un autre terrain. Coupant court à tout débat sur la justification de la différence de traitement, elle neutralise à sa racine le principe d'égalité en décidant que les situations respectives des salariés, selon qu'ils relèvent d'une

procédure ou d'une autre et corrélativement d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un autre, ne sont pas identiques. La portée de ce positionnement en est évidemment décuplée. Dès l'instant où des plans de sauvegarde de l'emploi se rapportent à des procédures de licenciement économique collectif distinctes, fussent-elles successives et dans le prolongement l'une de l'autre, ils peuvent comporter des mesures différentes et prévoir, pour l'un, des avantages qu'il n'y avait pas dans le précédent ou qui ne sont pas repris par le suivant. L'intérêt est de sécuriser ainsi les plans de sauvegarde de l'emploi ; mais la méthode ne convainc pas. Il est constant que l'identité de situation s'apprécie au regard de l'avantage en cause. Et l'on peut estimer que les salariés licenciés pour un motif économique sont, les uns par rapport aux autres, dans la même situation, la circonstance qu'ils ont été licenciés à des époques différentes n'étant pas en soi discriminantes. Corrélée à un avantage particulier, la comparaison aboutit à la même constatation puisque cet avantage est conditionné par le licenciement économique des salariés. Ce n'est donc pas au regard de la nature de l'avantage que les salariés ne sont pas dans une situation identique, mais de sa source s'agissant de plans de sauvegarde de l'emploi distincts. En s'attachant ainsi à la source de l'avantage pour apprécier l'identité de situation, la Cour de cassation peut tenir compte de sa variation dans le temps entraînant une variation de son contenu en raison de l'évolution du contexte économique et social dans lequel les plans de sauvegarde de l'emploi ont été successivement élaborés. Cette façon d'apprécier dans le temps la situation des salariés permet alors d'atteindre l'objectif recherché : ne pas exposer l'employeur, qui n'a pas toujours la main sur l'élaboration du plan, au risque d'être redevable, sur le fondement de l'égalité de traitement, des mêmes avantages envers les salariés licenciés sans avoir - la précision est importante - à justifier d'un motif objectif afin de s'en prémunir.

L'étau se resserre pourtant aussi de ce côté. La Cour de cassation se montre au demeurant plus entreprenante encore pour imposer ses vues en ce qui concerne l'existence d'un motif objectif et pertinent de nature à justifier une différence de traitement. Il y a des évolutions circonstanciées : après avoir jugé que la disparité du coût de la vie entre l'Île-de-France et la province ne constituait pas une justification objective pertinente à la différence de traitement mise en place par l'employeur entre les salariés d'un établissement situé en Île-de-France et ceux d'un établissement en province <sup>(24)</sup>, la Chambre sociale s'est ravisée, prenant soudain conscience de la réalité <sup>(25)</sup>.

Sans s'arrêter toutefois aux décisions dépendant, principalement, de variables d'ordre factuel, ce qui en fait des indicateurs très relatifs <sup>(26)</sup>, il est beaucoup plus frappant que la Cour de cassation préconstitue objectivement, dans certaines situations données, des cas de motifs objectifs et pertinents qui justifient en soi, indépendamment des circonstances de chaque espèce, des différences de traitement. Le trait commun de ces situations est que l'inégalité entre les salariés de l'entreprise se présente, à chaque fois, comme un état de fait auquel l'employeur est confronté sans y avoir lui-même contribué. C'est le cas, pour commencer, lorsqu'un avenant à un accord collectif applicable aux salariés non cadres, frappé d'opposition majoritaire et réputé non écrit, ne pouvait être maintenu en vigueur par l'employeur pour cette catégorie de salariés : il est jugé en conséquence que la différence de traitement par rapport aux salariés cadres, qui bénéficiaient des mêmes dispositions par un accord distinct, est justifiée par un élément objectif et pertinent <sup>(27)</sup>.

La démarche est la même dans des situations où la différence de traitement est liée à la date d'embauche des salariés. S'il est ordinairement considéré que la seule circonstance que des

salariés soient engagés avant ou après l'entrée en vigueur ou la dénonciation d'un accord collectif ne suffit pas à justifier des différences de rémunération entre eux <sup>(28)</sup>, il a été décidé qu'il existe un motif objectif à partir du moment où l'accord collectif déterminant la rémunération des salariés engagés après sa mise en vigueur ne peut modifier celle d'un salarié déjà en place à cette époque. Les stipulations du contrat de travail étant, pour celui-là, maintenues, la différence de traitement résultant pour les autres de la détermination conventionnelle de leur rémunération repose sur un élément objectif <sup>(29)</sup>. La Cour de cassation qualifie du reste ce motif d'élément « *pertinent* », signifiant ainsi qu'elle n'en laisse pas l'appréciation aux juges du fond alors qu'elle juge, en règle générale, qu'il leur revient de contrôler la réalité et la pertinence de la cause objective d'une différence de traitement <sup>(30)</sup>.

Il s'agit donc, en soi, d'un type de différence de traitement légitime. Dans le même esprit, il a été jugé que le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que des salariés embauchés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un nouveau barème conventionnel soient appelés dans l'avenir à avoir une évolution de carrière plus rapide dès lors qu'ils ne bénéficient à aucun moment d'une classification ou d'une rémunération plus élevée que celle des salariés embauchés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau barème et placés dans une situation identique ou similaire <sup>(31)</sup>. Et il a encore été décidé que, lorsqu'un accord de substitution prévoit le maintien de certaines dispositions de l'accord dénoncé aux seuls salariés présents dans l'entreprise avant sa négociation, des salariés engagés postérieurement à son entrée en vigueur ne peuvent revendiquer, au titre du principe d'égalité de traitement, le bénéfice de dispositions prévues par l'accord collectif antérieur <sup>(32)</sup>.

Constitue également des motifs objectifs, quel que soit le contexte dans lequel ils sont appelés à justifier une différence de traitement, l'obligation à laquelle est tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert <sup>(33)</sup> ou encore l'effet relatif de la chose jugée à l'origine de la différence de traitement dans la mesure où les salariés ne peuvent revendiquer un avantage sur le seul fondement des effets d'une décision rendue dans une instance à laquelle ils n'étaient ni parties, ni représentés <sup>(34)</sup>.

Cette conception de motifs objectifs et pertinents à valoir en toutes circonstances, et constituant donc en eux-mêmes des faits justificatifs d'inégalités de traitement, est le symptôme d'une dégradation du principe d'égalité au sens où il ne constitue plus un principe général auquel il ne peut être justifié de déroger que ponctuellement. Il se présente plutôt comme une règle en pointillés, décousue, pour laisser place à des situations dans lesquelles il n'y a pas à respecter l'égalité. À ce stade, la conclusion est sans appel : paralysé par un accord collectif, refoulé en présence d'inégalités objectives, le principe d'égalité de traitement apparaît dévitalisé et n'est plus que l'ombre de lui-même. C'est de sa succession dont il doit être alors question.

## **II. LA SUCCESSION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT**

Spontanément, c'est du côté du droit des discriminations que l'on se tourne pour pallier les déficiences du principe d'égalité de traitement, voire pour pourvoir à son remplacement. L'égalité est l'âme du principe de non-discrimination et, à partager les mêmes valeurs, les deux principes pourraient se seconder réciproquement. Leur concordance est cependant, à



bien y regarder, très imparfaite. Le principe prétorien garde dans ces conditions une réelle utilité, mais, s'il se succède à lui-même, c'est en se transformant. Perdant sa généralité, il perd sa neutralité. On comprendra par là qu'il n'est plus appliqué que lorsque l'inégalité de traitement est le fait de l'employeur qui est à l'origine, dans l'exercice de son pouvoir patronal, de la situation d'inégalité.

#### A. La non-supplétivité du droit des discriminations

Le principe d'égalité de traitement a, en droit de l'Union européenne, le sens d'une absence de discrimination, directe ou indirecte <sup>(35)</sup>. Il repose sur une conception de l'égalité que l'on pourrait qualifier de personnaliste dans la mesure où il s'agit de sanctionner des différences de traitement pour des motifs tenant à la personne du salarié. Le principe homonyme en droit français met en action, de son côté, une notion d'égalité qui pourrait être dite situationnelle en ce que le salarié est saisi dans sa situation au sein de la collectivité de travail indépendamment des motifs de la différence de traitement que le principe d'égalité sanctionne.

Les deux principes ayant des cibles différentes, il n'est pas surprenant qu'ils n'appréhendent pas les mêmes ruptures d'égalité. On ne peut donc attendre du droit des discriminations qu'il fasse condamner des situations d'inégalité laissées indemnes par le principe d'égalité de traitement. Pour être exact, la suppléance ne peut être générale, même s'il n'est pas exclu qu'elle opère occasionnellement. La Cour de cassation en a donné l'exemple récemment dans des espèces concernant l'attribution d'une gratification liée à l'obtention de la médaille d'honneur du travail. Dans la première espèce, où était invoquée une rupture d'égalité entre certains salariés qui avaient acquis l'ancienneté requise avant une certaine date, à une époque où la gratification relevait d'un usage d'entreprise, quand d'autres l'avaient acquise après cette date, alors que le régime juridique de la gratification était fixé par un accord collectif, il a été jugé que les salariés n'étaient pas placés dans une situation identique de sorte qu'il n'y avait pas de rupture d'égalité de traitement <sup>(36)</sup>. Dans la seconde affaire, les conditions d'obtention de la médaille avaient également été modifiées, mais par un accord collectif succédant au précédent, ce dont une salariée se plaignait, estimant que le nouveau système lui était préjudiciable. L'arrêt d'appel qui l'avait déboutée de sa demande en paiement de la gratification à laquelle elle estimait avoir droit a été cassé, la Cour de cassation reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le nouvel accord collectif ne créait pas une discrimination indirecte en privant les salariés ayant entre trente et une et trente-quatre années de service et relevant d'une même classe d'âge de la gratification liée à la médaille de vermeil du travail et, dans l'affirmative, si l'accord pouvait être justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination <sup>(37)</sup>. Le droit des discriminations permet donc d'atteindre ici, d'un point de vue individuel, une inégalité résultant d'un changement normatif qui résiste, sous un angle collectif, au principe d'égalité de traitement parce que les salariés ne sont pas considérés être dans des situations comparables.

Il faut toutefois se rendre à l'évidence : les hypothèses sont rares dans lesquelles le principe de non-discrimination est en mesure de secourir la défection du principe d'égalité de traitement. Il n'y a pas, de manière générale, d'interopérabilité des deux principes. L'esprit qui les anime est d'ailleurs à ce point différent que le droit peut instrumentaliser une

discrimination sous la forme d'une discrimination positive au détriment de l'égalité de traitement. La Cour de cassation n'y est pas, pour l'instant, familière, mais elle a tout de même ouvert la voie : elle a admis qu'un accord collectif puisse prévoir au seul bénéfice des salariées de sexe féminin une demi-journée de repos à l'occasion de la journée internationale pour les droits des femmes, considérant que cette mesure vise à établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes <sup>(38)</sup>. La discrimination positive est alors un motif légitime d'inégalité de traitement entre les salariées femmes et les salariés hommes.

On ne peut donc, en bref, compter sur le droit des discriminations.

## B. Le repositionnement du principe d'égalité de traitement

Encore que les arrêts récents de la Cour de cassation participent massivement au déclin du principe d'égalité de traitement, il est toujours fait application de ce principe. Panorama : des différences de traitement entre des salariés relevant d'établissements différents et exerçant un travail égal ou de valeur égale sont présumées justifiées lorsqu'elles sont établies par un accord collectif ; elles constituent des inégalités condamnables, à moins de reposer sur des raisons objectives, quand elles résultent d'un engagement unilatéral de l'employeur <sup>(39)</sup>. Des différences de traitement entre des salariés affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par la voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif, sont présumées justifiées <sup>(40)</sup> ; lorsque le protocole de fin de grève ne définit pas de manière précise, ni la catégorie correspondant aux salariés grévistes pouvant prétendre au bénéfice de ses dispositions - celle-ci ne reposant sur aucun critère objectif et vérifiable - ni la nature et l'importance de la participation au conflit susceptibles d'entraîner l'inclusion des grévistes dans la catégorie, il n'est pas fait la preuve de raisons objectives et pertinentes justifiant la différence de traitement <sup>(41)</sup>. L'atteinte à l'égalité de traitement à propos de l'attribution du « *complément Poste* » suppose que soit rapportée la preuve que le salarié qui s'en prévaut se trouve dans une situation identique ou similaire au fonctionnaire auquel il se compare <sup>(42)</sup> ; cette preuve rapportée, il appartient à l'employeur d'établir des éléments objectifs justifiant cette différence <sup>(43)</sup>. Le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas à des salariés licenciés à l'occasion de deux procédures de licenciement économique collectif ayant été successivement engagées dans l'entreprise, accompagnées de plans de sauvegarde de l'emploi distincts <sup>(44)</sup> ; les mesures d'un même plan de sauvegarde de l'emploi doivent en revanche bénéficier indifféremment à tous les salariés, sauf justification objective <sup>(45)</sup>. Des différences de traitement peuvent être légitimement liées à la date d'embauche des salariés <sup>(46)</sup> ; la seule circonstance que des salariés ont été promus avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de rémunération entre eux, de sorte qu'il appartient à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale <sup>(47)</sup>.

Que retenir de tout cela ? Le principe d'égalité de traitement, c'est clair, est encore opératoire, mais il s'est atrophié, recroquevillé sur les inégalités qui sont les moins acceptables parce qu'elles sont imputables au fait de l'employeur. C'est, ici, un engagement unilatéral de l'employeur qui crée une disparité de traitement entre les salariés des différents établissements de l'entreprise <sup>(48)</sup>. C'est, là, la décision de promouvoir des salariés avec, à la clé, des différences de rémunération selon que les promotions sont intervenues avant ou

après l'entrée en vigueur d'un accord collectif <sup>(49)</sup>. C'est, aussi, le « *complément Poste* » alloué par l'employeur qui varie entre un salarié et un fonctionnaire alors qu'ils ont une maîtrise semblable de leur poste et sont en conséquence dans une situation identique <sup>(50)</sup>. C'est, enfin, la rémunération déterminée par l'employeur qui comporte une différence, même minime, entre deux salariés occupant des fonctions équivalentes <sup>(51)</sup>.

La Cour de cassation dédouane en revanche l'employeur lorsque l'inégalité de traitement n'est pas de son fait, du moins de son seul fait. L'employeur doit appliquer le statut collectif quelles que soient les mesures qu'il prévoit ; il doit donner effet à un accord qui l'engage vis-à-vis des cadres quand bien même l'accord relatif aux non-cadres ne peut être appliqué, car frappé d'opposition majoritaire et réputé non écrit <sup>(52)</sup> ; le nouvel employeur est tenu, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert <sup>(53)</sup> ; il ne peut davantage lui être reproché de ne faire bénéficier d'un avantage reconnu par une décision de justice que les salariés qui étaient parties ou représentés à l'instance, en raison de l'effet relatif de la chose jugée <sup>(54)</sup>.

En somme, et c'est en cela que l'on peut estimer que le principe d'égalité a perdu sa neutralité, l'employeur ne peut pas pratiquer, unilatéralement, des inégalités de traitement, mais, lorsque la situation d'inégalité ne lui est pas imputable, le droit ne l'oblige pas à niveler la condition des salariés. Le principe d'égalité de traitement ne se présente plus en conséquence comme un principe continu traquant, à froid, toutes les situations d'inégalité à moins qu'elles puissent être justifiées par un motif objectif ; c'est devenu un principe discontinu, corrigeant sporadiquement des inégalités parmi celles qui heurtent le plus, à vif, l'esprit de justice sociale. Cette évolution fait alors apparaître des points de fracture au sein de la collectivité de travail puisque les salariés qui la composent peuvent, sans discrimination, ne pas avoir des conditions égales dans des situations identiques parce que certains ont été recrutés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif, que d'autres ont été transférés avec leurs avantages au service du nouvel employeur, etc.

Faut-il cependant s'étonner que le droit contemporain, qui favorise, d'un côté, la progression du principe de non-discrimination, provoque, de l'autre, une régression du principe d'égalité de traitement ? La valeur est la même, l'égalité, mais l'inégalité que ces principes combattent est, pour l'un, subjectivement liée à la personne quand elle est, pour l'autre, objectivement révélée par l'appartenance à une collectivité.

---

(1) Cass. soc. 29-10-1996 n° 92-43.680 PF : RJS 12/96 n° 1272, Bull. civ. V n° 359 ; Dr. soc. 1996 p. 1013 note A. Lyon-Caen ; Dr. ouvrier 1997 p. 148 obs. P. Moussy. Voir aussi Ph. Waquet, Retour sur l'arrêt Ponsolle : RD trav 2008 p. 22.

---

(2) Cass. soc. 30-1-2008 n° 06-46.447 F-D : JCP S 2008 n° 1274 note J.-F. Cesaro ; Cass. soc. 10-6-2008 n° 06-46.000 FS-PBR : RJS 8-9/08 n° 942, Bull. civ. V n° 130 ; Dr. soc. 2008 p. 981, chronique Ch. Radé.

---

(3) Art. 2.

---

(4) Art. 2.1. Voir aussi l'article 20 de la Charte sociale européenne.

---

(5) Rapport au Premier ministre du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, janvier 2016, art. 4.

---

(6) Art. 5.

- (7) Cass. soc. 27-1-2015 n° 13-22.179 FS-PBRI : RJS 3/15 n° 172, Bull. civ. V n° 9 ; RJS 2015 p. 155 note J.-G. Huglo ; Dr. soc. 2015 p. 237 note A. Fabre ; JCP S 2015 note J. Daniel ; RDT 2015 p. 339 note E. Peskine. Voir encore : Cass. soc. 8-6-2016 n° 15-11.324 FP-PBRI : RJS 8-9/16 n° 542, rapport F. Ducloz p. 575, JCP E 2016 n° 1659 note J.-F. Cesaro, JCP S 2016 n° 1321 note B. Bossu, Dr. ouvrier 2016 p. 720 note A. Mazières, Cah. sociaux 2016 p. 371 obs. F. Canut ; Cass. soc. 26-4-2017 n° 15-23.968 FS-PB : RJS 7/17 n° 459 ; J.-G. Huglo, Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge : RJS 3/18 p. 179.
- (8) Cass. soc. 3-11-2016 n° 15-18.444 FP-PBRI : RJS 1/17 n° 7, JCP S 2016 n° 1392 note J.-F. Cesaro, JCP E 2017 n° 1014 note S. Béal et A. Kootstra, RD trav. 2017 p. 140 note I. Odoul-Azoray, Dr. soc. 2017 p. 87 obs. P.-H. Antonmattei ; Cass. soc. 4-10-2017 n° 16-17.517 FS-PBRI : RJS 12/17 n° 780, JCP S 2017 n° 1391 note J.-F. Cesaro, JCP G 2017 n° 1133 note N. Dedessus-Le-Moustier, RD trav. 2018 p. 67 note Y. Ferkane.
- (9) Cass. soc. 30-5-2018 n° 17-12.782 FP-PB : RJS 8-9/18 n° 565, à propos de salariés appartenant à une entreprise de nettoyage.
- (10) Cass. soc. 30-11-2017 n° 16-20.532 FS-PBRI : RJS 2/18 n° 100, JCP S 2018 n° 1023 note J.-F. Cesaro, RD trav. 2018 p. 56 note A. Fabre, Jurisprudence sociale Lamy n° 446 p. 9 note J.-Ph. Lhernould ; Cass. soc. 28-2-2018 n° 15-26.260 FS-D : RJS 5/18 n° 318 ; Cass. soc. 30-5-2018 n° 17-12.782 FP-PB. Voir aussi J.-F. Cesaro, Égalité de traitement. L'égalité dans les restructurations : le transfert conventionnel de salariés. Anatomie d'un avis : JCP S 2018 n° 1045.
- (11) J.-F. Cesaro, note précitée sous Cass. soc. 30-11-2017.
- (12) Cass. soc. 30-5-2018 n° 17-12.782 FP-PB : RJS 8-9/18 n° 565.
- (13) Voir en ce sens : J.-F. Cesaro, note précitée sous Cass. soc. 30-11-2017.
- (14) Voir par ex. Cass. soc. 4-10-2017 n° 16-17.425 F-D, qui juge que, en application de l'article 1315 devenu l'article 1353 du Code civil, le salarié qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement en matière de salaire doit soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération et qu'il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence.
- (15) Voir par ex. Cass. soc. 3-5-2018 n° 17-11.048.
- (16) Voir, sur la preuve : A. Johansson, La preuve de l'atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » et l'article 1315 du Code civil : RJS 12/05 p. 823.
- (17) Cass. soc. 9-12-2015 n° 14-18.033 : RJS 2/16 n° 153, 2<sup>e</sup> espèce.
- (18) Cass. soc. 4-4-2018 n° 16-27.703 FP-PBRI : RJS 6/18 n° 451, JCP S 2018 n° 1162 note B. Bossu, Jurisprudence sociale Lamy n° 454 p. 12 note H. Nassom-Tissandier ; Cass. soc. 4-4-2018 n° 17-11.814 FP-PBRI : RJS 6/18 n° 451.
- (19) Cass. soc. 4-4-2018 n° 17-11.680 FP-PBRI : RJS 6/18 n° 451.
- (20) Cass. soc. 28-3-2018 n° 16-19.260 FS-PB, JCP S 2018 n° 1184 note A. Barège ; Jurisprudence sociale Lamy n° 454 p. 16 note Ph. Pacotte et C. Margerin.
- (21) Cass. soc. 29-6-2017 n° 15-21.008 FS-PBRI : RJS 10/17 n° 672 et Cass. soc. 29-6-2017 n° 16-12.007 FS-PBRI : RJS 10/17 n° 672, Faut-il appliquer le principe de l'égalité de traitement aux salariés visés par deux PSE successifs ? JCP S 2017 n° 1298 note B. Bossu, RDT 2017 p. 545 note F. Géa et A. Fabre, Semaine sociale Lamy n° 1778 p. 12 note G. Loiseau. Voir aussi A. Berriat. JCP S 2018 n° 1046.
- (22) CA Montpellier 6-5-2015, cassé par Cass. soc. 29-6-2017 n° 15-21.008 FS-PBRI : RJS 10/17 n° 672.
- (23) CA Angers 17-12-2015, cassé par Cass. soc. 29-6-2017 n° 16-12.007 FS-

	PBRI : RJS 10/17 n° 672.
(24)	Cass. soc. 5-5-2010 n° 08-45.502 F-D.
(25)	Cass. soc. 14-9-2016 n° 15-11.386 FS-PBRI : RJS 11/16 n° 676, JCP S 2016 n° 1362 note F. Dumont, JCP E 2016 n° 1677 note S. Béal et A. Kootstra.
(26)	Voir par ex., à propos d'une différence de traitement jugée justifiée entre des salariés travaillant sur des sites différents : Cass. soc. 4-10-2017 n° 16-17.425 F-D.
(27)	Cass. soc. 30-5-2018 n° 16-16.484 FP-PB : RJS 8-9/18 n° 524.
(28)	Cass. soc. 11-7-2007 n° 06-42.128 FS-PBR : RJS 10/07 n° 1065, Bull. civ. V n° 119 ; Dr. soc. 2007 p. 1122 note B. Radé. Voir, à propos de la dénonciation d'un usage : Cass. soc. 28-9-2010 n° 09-40.622 F-D, JCP S 2011 n° 1097 note J.-F. Cesaro.
(29)	Cass. soc. 7-12-2017 n° 16-15.109 FS-PB : RJS 2/18 n° 91, JCP S 2018 n° 1052 note A. Barège, JCP E 2018 n° 1274 obs. L. Dauxerre, Jurisprudence sociale Lamy n° 447 p. 8 note J.-Ph. Lhernould, RDC 2018 p. 103 note G. Loiseau.
(30)	Voir note. Cass. soc. 28-3-2012 n° 11-12.043 FS-PB : RJS 6/12 n° 519, Bull. civ. V n° 114, Dr. soc. 2012 p. 742 note C. Radé, JCP S 2012 n° 1344 note J. Daniel, RD trav. 2012 p. 500 note S. Almaric, Dr. ouvrier 2012 p. 768 note C. Saltzmann ; Cass. soc. 4-12-2013 n° 12-19.667 FS-PB : RJS 2/14 n° 133 et autres, Bull. civ. V n° 300, JCP S 2014 n° 1141 note Th. Lahalle, Jurisprudence sociale Lamy n° 359 p. 8 note J.-Ph. Lhernould, Cah. Sociaux 2014 p. 47 obs. F. Canut ; Cass. soc. 27-1-2015 n° 13-17.622 FS-PB : RJS 3/15 n° 172, chronique J.-G. Huglo, Statut catégoriel et principe d'égalité de traitement : le pouvoir restitué aux partenaires sociaux p. 155, Bull. civ. V n° 6 ; Cass. soc. 14-9-2016 n° 15-11.386 FS-PBRI : RJS 11/16 n° 676, précité ; Cass. soc. 14-2-2018 n° 16-19.360 F-D.
(31)	Cass. soc. 7-12-2017 n° 16-14.235 FS-PB : RJS 2/18 n° 91, JCP S 2018 n° 1040 note A. Barège ; Jurisprudence sociale Lamy n° 447 p. 8 note J.-Ph. Lhernould, Cah. sociaux 2018 p. 90 obs. F. Canut ; Cass. soc. 3-5-2018 n° 16-11.588 FS-PB : RJS 7/18 n° 467, Jurisprudence sociale Lamy n° 455 p. 9 note J.-Ph. Lhernould.
(32)	Cass. soc. 28-6-2018 n° 17-16.499 FS-PB.
(33)	Cass. soc. 30-5-2018 n° 17-12.782 FP-PB : RJS 8-9/18 n° 565. Voir déjà Cass. soc. 11-1-2012 n° 10-14.614 FS-PB : RJS 3/12 n° 219, Bull. civ. V n° 15, JCP S 2012 n° 1148 note J. Daniel, RD trav. 2012 p. 294 note J. Icard, Dr. soc. 2012 p. 428 note Ch. Radé, Jurisprudence sociale Lamy n° 316 p. 19 note H. Guyader.
(34)	Cass. soc. 23-10-2013 n° 12-12.894 FS-PB : RJS 1/14 n° 42, Bull. civ. V n° 250, JCP S 2014 n° 1070 note G. Vacher.
(35)	Voir M. Dréano, La non-discrimination en droit des contrats : Dalloz 2018, préface E. Savaux, avant-propos G. Loiseau n° 126.
(36)	Cass. soc. 28-3-2018 n° 16-19.260 FS-PB, JCP S 2018 note A. Barège, Jurisprudence sociale Lamy n° 454 p. 16 note Ph. Pacotte et C. Margerin.
(37)	Cass. soc. 17-1-2018 n° 16-19.949 F-D.
(38)	Cass. soc. 12-7-2017 n° 15-26.262 FS-PBRI : RJS 10/17 n° 648, Dr. soc. 2017 p. 840 note R. Weissmann, Jurisprudence sociale Lamy n° 438 p. 9 note J.-Ph. Lhernould.
(39)	Cass. soc. 14-9-2016 n° 15-11.386 FS-PBRI : RJS 11/16 n° 676, précité.
(40)	Cass. soc. 30-5-2018 n° 17-12.782 FP-PB, précité.
(41)	Cass. soc. 13-12-2017 n° 16-12.397 FS-PB : RJS 2/18 n° 140, Jurisprudence sociale Lamy n° 448 p. 17 note J.-Ph. Lhernould, Cah. Sociaux 2018 p. 90 obs. F. Canut.
(42)	Cass. soc. 4-4-2018 n° 16-27.703 FP-PBRI : RJS 6/18 n° 451, précité.

(43)	Cass. soc. 3-5-2016 n° 15-12.549 FS-PB : RJS 7/16 n° 494, JCP S 2016 n° 1275 note K. Pagani. - Cass. soc. 9-11-2016 n° 15-10.373 FS-PB : RJS 1/17 n° 69, JCP S 2016 n° 1433 note L. Cailloux-Meurice.
(44)	Cass. soc. 29-6-2017 n° 16-12.007 FS-PBRI : RJS 10/17 n° 672, précité.
(45)	Cass. soc. 28-10-2015 n° 14-16.115 FS-PB, Bull. civ. V n° 206.
(46)	Cass. soc. 7-12-2017 n° 16-15.109 FS-PB : RJS 2/18 n° 91, précité ; Cass. soc. 7-12-2017 n° 16-14.235 FS-PB : RJS 2/18 n° 91, précité ; Cass. soc. 3-5-2018 n° 16-11.588 FS-PB : RJS 7/18 n° 467.
(47)	Cass. soc. 14-2-2018 n° 16-19.360 F-D.
(48)	Cass. soc. 14-9-2016 n° 15-11.386 FS-PBRI : RJS 11/16 n° 676, précité.
(49)	Cass. soc. 14-2-2018 n° 16-19.360 F-D.
(50)	Cass. soc. 3-5-2016 n° 15-12.549 FS-PB : RJS 7/16 n° 494, précité ; Cass. soc. 9-11-2016 n° 15-10.373 FS-PB : RJS 1/17 n° 69, précité.
(51)	Cass. soc. 14-2-2018 n° 16-22.855 F-D. Voir aussi Cass. soc. 5-7-2017 n° 16-14.926 F-D.
(52)	Cass. soc. 30-5-2018 n° 16-16.484 FP-PB, précité : RJS 8-9/18 n° 524.
(53)	Cass. soc. 30-5-2018 n° 17-12.782 FP-PB, précité : RJS 8-9/18 n° 565.
(54)	Cass. soc. 23-10-2013 n° 12-12.894 FS-PB : RJS 1/14 n° 42, précité, Bull. civ. V n° 250.

**(c) 2018 Éditions Francis Lefebvre**