

L'appréciation de la « situation identique » dans le contentieux de l'égalité de traitement

Par : Christophe Radé, Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux, Directeur scientifique de Lexbase Hebdo - édition sociale

Référence : *Cass. soc.*, 24 octobre 2018, n° 17-18.096, F-D

Egalité de traitement • situation identique

Résumé

Ne constituent pas des motifs permettant à la Cour de cassation de s'assurer que les salariés auxquels l'intéressée se comparait se trouvaient dans une situation identique à la sienne, le fait qu'au sein des associations, les cadres exerçant les mêmes fonctions que celles de l'intéressée ne bénéficient pas de la même rémunération ni des mêmes conditions d'exercice de leurs fonctions, certains travaillant sur la base d'un horaire hebdomadaire fixe et d'autres dans le cadre d'une durée de travail calculée en forfait jours, que l'hypothèse numéro trois de l'expert permet de retenir l'existence d'un salaire moyen, que la salariée aurait pu, en passant cadre dès le 1er janvier 2009, avoir une rémunération s'inscrivant dans la moyenne des salaires pratiqués pour des postes équivalents, que cette méthode retenue par l'expert permet d'effacer les disparités salariales en raison du non-respect de la politique de classification, qu'au vu des pratiques de rémunération des associations, pour permettre à la salariée de rétablir équitablement le salaire qu'elle aurait dû percevoir si son employeur avait appliqué le statut à compter du 1er janvier 2009, l'hypothèse numéro trois proposée par l'expert sera retenue et les employeurs seront condamnés à verser un rappel de salaire sur cette base.

L'aspiration à l'égalité de traitement est profondément ancrée dans les mentalités et se trouve au cœur du Pacte républicain depuis la Révolution française. La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui a consacré l'égalité de tous «en droits», a également admis que des différences de traitement puissent être instaurées, mais à condition que ces «distinctions sociales» soient fondées sur «l'utilité commune». L'égalité n'est donc pas l'identité. Elle suppose que les personnes dont on compare le traitement soient placés dans une situation identique, à tout le moins comparable, au regard de l'objet de la norme, et l'appréciation de ces «situations», qui détermine l'admission ou le rejet des différences de traitement, n'est pas toujours aisée (I). C'est que nous montre cet arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 24 octobre 2018 ; cette affaire concernait les cadres d'une même entreprise qui n'étaient pas tous soumis au même régime de décompte de la durée du travail (II).

I - Le rôle de l'analyse des situations dans les contentieux de l'égalité de traitement

L'importance de l'analyse des situations. Le droit à l'égalité de traitement, sous sa forme la plus sévère (le droit à la non-discrimination) ou dans sa traduction uniquement civile (le principe «à travail égal, salaire égal» applicable entre salariés de même sexe, ou l'égalité de traitement reconnue soit dans le cadre de certains statuts particuliers, soit d'une manière générale), suppose qu'une comparaison soit établie entre la personne qui se plaint et celles avec laquelle elle se compare. Cette comparaison est doublement nécessaire. L'inégalité de traitement ne peut être source de responsabilité que si la comparaison des traitements révèle une défaveur (qui devra, par ailleurs, être considérée comme injustifiée) [1], mais aussi que si cette différence n'est pas uniquement le reflet de la différence des situations dans lesquelles se trouvent les personnes observées.

Ce dédoublement de la comparaison est parfaitement exprimé dans l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, qui a transposé en droit français notamment la Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et qui définit la discrimination comme le fait qu'une personne soit «*traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable*». Cette exigence de deux personnes placées dans une situation comparable (droit des discriminations), ou identique (égalité de traitement), figure également dans l'arrêt «Ponsolle» de 1996 qui a reconnu l'existence d'un principe «à travail égal, salaire égal» déconnecté de toute référence à une discrimination sexiste [2].

Méthode d'appréciation. L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation de ces dernières années montre que les juges du fond ne doivent pas se contenter d'explications toutes faites, mais qu'ils doivent, au contraire, analyser les situations de manière *concrète*, et déterminer en quoi une éventuelle différence de situation est susceptible de justifier *a priori* la différence de traitement au regard de la nature de l'avantage en cause [3].

La «situation» peut ainsi résulter du fait que des salariés n'ont pas la même ancienneté dans une entreprise et qu'ils ont donc relevé de règles collectives distinctes dont l'application les a placés, avec le temps, dans des régimes juridiques différents, qu'il s'agisse d'accords collectifs, d'usages [4], voire de plans de sauvegarde l'emploi [5].

La soumission à des régimes juridiques distincts se vérifie également s'agissant de salariés protégés, lorsque leur licenciement a été annulé, dès lors que l'un avait été licencié sans autorisation administrative préalable et l'autre après une autorisation délivrée mais ultérieurement annulée [6]. Elle interdira également de comparer des salariés à des

travailleurs indépendants, tant les différences de statut sont importantes [7]. Elle conduira également, la plupart du temps, à considérer que cadres et non-cadres ne sont pas placés dans la même situation [8].

Les juges prendront en compte des aspects plus matériels des situations, comme le fait que des salariés aient exercé des fonctions identiques [9] ou au contraire différentes et «*qui, par leur diversité et leur nature, leur conféraient une meilleure maîtrise de leur poste*» [10]. Le juge pourra prendre en compte le fait que certains salariés sont soumis à des contraintes particulières, qui tiennent, par exemple, au fait qu'ils sont astreints à loger sur place [11], ou qu'ils n'exercent pas leur activité dans le même pays [12].

La notion de «situation» conduit le juge à une appréciation globale et à mettre en balance, par exemple, la variété de l'expérience d'un salarié et la plus grande ancienneté d'une autre, les deux se compensant et conduisant le juge à décider que ces deux salariés se trouvent dans une même situation [13].

II - Différence de situations entre cadre selon les modalités de décompte de leur temps de travail

L'affaire. Une salariée avait été engagée comme formatrice par un CFA en 1995. A la suite de son licenciement pour inaptitude, elle avait saisi la juridiction prud'homale de différentes demandes et obtenu des indemnités en raison du caractère injustifié de son licenciement, ainsi que la reconnaissance de son statut de cadre à compter du 1^{er} janvier 2009. Elle avait été déboutée de l'ensemble de ses demandes en première instance, mais le jugement fut réformé en appel. Dans un premier arrêt avant dire droit, la cour d'appel d'Amiens a ordonné une expertise comptable afin de calculer le montant du rappel de rémunération auquel pouvait prétendre la salariée et déterminer le montant du salaire de base servant à calculer, à la date du licenciement, le montant des indemnités de rupture.

Pour faire droit à ses demandes de nature salariale, la cour d'appel d'Amiens avait retenu qu'au sein des associations, les cadres exerçant les mêmes fonctions que celles de l'intéressée ne bénéficient pas de la même rémunération ni des mêmes conditions d'exercice de leurs fonctions, certains travaillant sur la base d'un horaire hebdomadaire fixe et d'autres dans le cadre d'une durée de travail calculée en forfait jours, que l'une des hypothèses formulées par l'expert permettait de retenir l'existence d'un salaire moyen, que la salariée aurait pu, en passant cadre dès le 1^{er} janvier 2009, avoir une rémunération s'inscrivant dans la moyenne des salaires pratiqués pour des postes équivalents, que cette méthode retenue par l'expert permettait d'effacer les disparités salariales en raison du non-respect de la politique de classification, qu'au vu des pratiques de rémunération des associations, pour permettre à la salariée de rétablir équitablement le salaire qu'elle aurait dû percevoir si son employeur avait appliqué le statut à compter du 1^{er} janvier 2009, l'hypothèse proposée par l'expert devait être retenue et les employeurs condamnés à verser un rappel de salaire sur cette base.

L'arrêt est cassé, la Cour de cassation considérant, au visa de l'article 455 du Code de procédure civile (défaut de motivation), que ces motifs ne permettent pas à la Cour de cassation de s'assurer que les salariés auxquels l'intéressée se comparait se trouvaient dans une situation identique à la sienne.

Une cassation justifiée. Dans cette affaire, le juge n'avait pas voulu rechercher par lui-même le salaire moyen des autres cadres des deux CFA au sein desquels la salariée avait travaillé, et confié cette tâche à un expert. Ce dernier avait proposé plusieurs méthodes de calcul, dont l'une avait été retenue par le juge, celle consistant à retenir un «*revenu moyen des conseillers recrutement placement corrigés des minima conventionnels*», mais ne distinguant pas, parmi ces conseillers, ceux qui relevaient de l'horaire collectif et ceux qui étaient soumis à un forfait en jours sur l'année.

La cour d'appel n'avait pas tranché et retenu un salaire moyen indifférencié, ne répondant pas d'ailleurs aux arguments de l'employeur sur ce point, qui faisait valoir que les salariés ne pouvaient pas être comparés entre eux lorsque leur durée de travail est fixée en heures par semaine, ou en jours sur l'année. On comprend immédiatement les limites de l'expertise, qui porte essentiellement sur des données chiffrées, mais qui ne tient pas nécessairement compte des données proprement juridiques de l'affaire. Or, on ne peut comparer que ce qui est comparable, et il convient donc de déterminer, au sein de la grande catégorie professionnelle des cadres, à quelle sous-catégorie il convenait de comparer la salariée, ce qui suppose que soient analysé le degré d'autonomie des salariés, pour déterminer si le demandeur était susceptible de relever de la catégorie des salariés en forfait en jours sur l'année.

La cour d'appel avait sans doute considéré que la qualification de cadres suffisait à caractériser une catégorie homogène au sein de laquelle tous les salariés doivent être traités de la même manière, ce qui est, on le sait, inexact. Entre un cadre soumis à l'horaire collectif et un cadre dirigeant échappant totalement à tout décompte de la durée du travail, en passant par les cadres en forfait jours qui ne sont soumis qu'aux 11 heures de repos consécutifs par jour et aux 35 heures de repos consécutifs par semaine, leur situation, au regard du travail accompli, est très différente. D'ailleurs, lorsque la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'égalité de traitement entre salariés appartenant à une même catégorie professionnelle, précisément pour comparer le traitement réservé à deux médecins au sein d'un même établissement, elle a incité les juges du fond à tenir compte des fonctions exercées par ces derniers afin de rendre la comparaison plus pertinente, singulièrement dans ces affaires, pour distinguer le traitement réservé aux médecins généralistes salariés permanents et les vacataires spécialistes employés occasionnellement et exerçant, par ailleurs, leur activité en libéral [14].

Décision

Cass. soc., 24 octobre 2018, n° 17-18.096, F-D

Cassation (CA Amiens, 15 mars 2017, n° 13/04009)

Textes : C. proc. civ., art. 455 ; principe d'égalité de traitement.

[1] *Cass. soc., 7 décembre 2017, n° 16-14.235, FS-P+B*, nos obs., *Changement de grilles de rémunération et égalité de traitement*, éd. soc., n° 724, 2017 : «Attendu que le principe d'égalité de traitement ne fait pas obstacle à ce que les 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» ; *Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-11.588, FS-P+B* ; *Cass. soc., 17 octobre 2018, n° 16-26.729, FS-P+B*.

[2] «La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes [est] 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» (*Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680, arrêt «Ponsolle»*). S'agissant du principe d'égalité de traitement, *Cass. soc., 13 décembre 2017, n° 16-12.397, FS-P+B* : nos obs., *Le contrôle du juge sur l'application d'un accord collectif de fin de conflit*, éd. soc., n° 725, 2018, qui renvoie également à la notion de «situation identique».

[3] *Cass. soc., 9 juillet 2015, n° 14-16.009, FS-P+B* : nos obs., *Plan de sauvegarde de l'emploi et protection du droit des salariés de refuser les mesures de préretraite proposées*, éd. soc., n° 625, 2015 : «si un plan de sauvegarde de l'emploi 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 au regard de l'avantage en cause puissent bénéficier de cet avantage, à moins qu'une différence de traitement soit justifiée par des raisons objectives et pertinentes et que les règles déterminant les conditions d'attribution de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables ».

[4] *Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-19.260, FS-P+B* : «ayant relevé que certains des salariés avaient acquis l'ancienneté requise avant le 1er janvier 2012 et que d'autres l'avaient acquise après cette date, ce dont il résultait que le régime juridique applicable à la gratification relevait, pour les premiers, de l'usage d'entreprise, et pour les seconds, de la convention collective, la cour d'appel en a exactement déduit que les salariés n'étaient pas placés dans une situation identique, et qu'il n'existait pas de rupture d'égalité de traitement».

[5] *Cass. soc., 29 juin 2017, deux arrêts, n° 15-21. 008 et n° 16-12.007, FS-P+B+R+I*, nos obs., *PSE successifs et égalité de traitement : la Cour de cassation consacre l'autonomie de chaque plan*, éd. soc., n° 707, 2017 : «deux procédures de licenciement économique collectif avaient été successivement engagées dans l'entreprise accompagnées de plans de sauvegarde de

l'emploi distincts, en sorte que le salarié licencié dans le cadre de la première procédure n'était pas dans une situation identique à celle des salariés licenciés dans le cadre de la seconde procédure au cours de laquelle avait été élaboré, après information et consultation des institutions représentatives du personnel, le plan prévoyant les avantages revendiqués».

[6] Cass. soc., 3 février 2016, n° 14-17.886, FS-P+B : «*si l'omission, dans la demande présentée par l'employeur, de l'un des mandats exercé par le salarié, dès lors qu'elle n'a pas mis l'inspecteur du travail à même de procéder aux contrôles qu'il était tenu d'exercer au regard des exigences de ce mandat, emporte annulation de la décision d'autorisation du licenciement, cette annulation n'a pas pour effet de placer le salarié dans une situation identique à celle d'un salarié licencié en l'absence d'autorisation administrative*».

[7] Cass. soc., 16 décembre 2015, n° 14-11.294, FS-P+B : «*le salarié qui se prévaut du principe d'égalité de traitement ne pouvant utilement invoquer la comparaison de sa situation avec des non-salariés, la cour d'appel qui a constaté que l'intéressé se comparait avec des médecins exerçant à titre libéral et que les médecins salariés étaient tous indemnisés sur la même base, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision*».

[8] Cass. soc., 27 juin 2018, n° 17-10.372, FS-P+B : «*appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui a retenu que les agents mis à disposition ou détachés auprès d'autres structures, auxquels l'intéressée se comparait, n'étaient pas dans une situation comparable dès lors qu'ils avaient été recrutés en qualité de cadre et n'exerçaient pas des fonctions de valeur égale, a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision*».

[9] Cass. soc., 9 décembre 2009, n° 08-42.801, F-D : «*aucun élément tenant à la nature des fonctions exercées ne distinguait les salariées qui se trouvaient dans une situation identique*».

[10] Cass. soc., 4 avril 2018, trois arrêts, n° 16-27.703, FP-P+B+R+I, n° 17-11.680 et n° 17-11.814 : nos obs., *Saga du complément "Poste", épisode VIII : que la maîtrise de ton Poste soit avec toi !*, éd. soc., n° 739, 2018.

[11] Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-29.746, F-D : «*la cour d'appel [...] a constaté hors toute dénégation que la salariée était logée sur place*».

[12] Cass. civ. 1, 16 avril 2015, n° 13-27.690, FS-P+B : «*le principe d'égalité de traitement n'est violé que lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié ; que M. X..., qui exerce son activité de vétérinaire à la fois en France et en Belgique, ne se trouve pas dans une situation comparable à celle d'un vétérinaire exerçant cette activité seulement dans l'un ou dans l'autre de ces Etats membres*».

[13] La Cour de cassation se contente ici d'opérer un contrôle restreint sur la notion de «situation identique» : **Cass. soc., 15 mai 2014, n° 12-29.746, F-D :** «*la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument délaissée, a retenu que si l'expérience de Mme ... était plus variée que celle de Mme Z, cette dernière avait une ancienneté plus importante dans la Fondation [...] a pu en déduire que les deux salariées se trouvaient dans une situation identique*».

[14] *Cass. soc., 16 décembre 2015, n° 14-11.294, FS-P+B*, notre étude, *Médecins salariés et médecins libéraux : comparaison n'est pas raison*, éd. soc., n° 639, 2016.