

Egalité de traitement

[Le point sur...] Où en est-on du principe «à travail égal, salaire égal» ?

N° Lexbase : N7054BXK



par Rodolphe Olivier, Avocat associé au sein de CMS Francis Lefebvre Avocats

La pratique assidue du contentieux prud'homal conduit à observer que la question de l'égalité salariale, autrement appelée «à travail égal, salaire égal», est régulièrement soulevée et évoquée.

Nombreux sont, en effet, les salariés qui s'estiment légitimes, à tort ou à raison, à revendiquer les mêmes avantages - notamment financiers- que ceux dont bénéficient leurs voisins de bureau, et parfois même leurs supérieurs hiérarchiques, quitte à oublier que de nombreux points concrets les distinguent.

Depuis l'arrêt «Ponsolle» [\[1\]](#), la Chambre sociale de la Cour de cassation a forgé sa jurisprudence pour définir, cahin-caha, les principes applicables en la matière.

L'année 2018, qui vient de s'achever, a conduit la Cour de cassation à modifier certains des principes qu'elle avait définis jusqu'alors.

L'égalité salariale est, aujourd'hui, plus que jamais mise à mal, en particulier en la présence de dispositions conventionnelles, et il ne fait guère de doute que les ordonnances du 22 septembre 2017, qui ont notamment reçu pour objet de privilégier la négociation d'entreprise sur la négociation de branche, vont renforcer encore un peu plus ce constat à l'avenir.

Le Professeur Grégoire Loiseau est allé jusqu'à titrer l'un de ses articles sur le sujet : «*le crépuscule du principe d'égalité de traitement*» [\[2\]](#).

Il devient donc de plus en plus compliqué, pour les salariés s'estimant victimes d'une inégalité salariale, de le démontrer.

Etant précisé que l'égalité salariale ne doit pas être confondue avec d'autres notions assez proches.

Ainsi, elle se distingue, tout d'abord, de la discrimination, laquelle trouve sa source et son fondement dans des dispositions spécifiques du Code du travail [\[3\]](#), et obéit à un régime probatoire distinct [\[4\]](#).

L'égalité salariale se distingue également des règles définies par le législateur, s'agissant de l'égalité devant être observée entre les hommes et les femmes, laquelle obéit à un régime juridique qui lui est propre [\[5\]](#).

Le principe «à travail égal, salaire égal» constitue enfin l'une des branches de l'égalité de traitement, qui est plus générale, et dont les principes et conditions d'application ressortent de jurisprudences différentes.

Un rappel des principes applicables en ce domaine apparaît donc nécessaire.

I - Le principe de l'égalité de rémunération

Le principe «à travail égal, salaire égal» est visé en ces termes par le législateur aux articles L. 2271-1, 8° ([N° Lexbase : L0033LM8](#)) et R. 2261-1 ([N° Lexbase : L0600IAH](#)) du Code du travail.

Les articles L. 3221-1 ([N° Lexbase : L0794H9B](#)) et suivants du Code du travail, situés sous le Titre deuxième du Code du travail intitulé : «*Egalité de rémunération entre les femmes et les hommes*», sont plus discrets.

Enfin, la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018, pour la liberté de choisir son avenir professionnel ([N° Lexbase : L9567LLW](#)), définitivement adoptée le 1^{er} août 2018, a posé des exigences concrètes et assez draconiennes pour les employeurs, et a mis en place des mesures coercitives pour que l'égalité salariale entre les hommes et les femmes soit davantage respectée.

C'est, en réalité, la jurisprudence qui, comme sur bien d'autres sujets, est venue définir concrètement le régime et les contours de l'égalité salariale, qui s'inscrit dans le cadre plus général de l'égalité de traitement entre les salariés.

La nécessité d'une situation identique, ou à tout le moins très similaire, entre les salariés d'une même entreprise. L'identité des situations suppose, tout d'abord, que les salariés soient contractuellement liés au même employeur. La règle «à travail égal, salaire égal» ne s'applique pas, en effet, si les salariés travaillent pour des entreprises différentes, quand bien même elles appartiendraient au même groupe ou qu'elles relèvent de la même convention collective.

Ensuite, l'employeur doit, en principe, assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, une égalité de rémunération entre les salariés, et ce, quel que soit leur sexe.

Etant précisé que sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse [\[6\]](#).

Dans l'arrêt «Ponsolle» précité, la Cour de cassation a précisé que le principe «à travail égal, salaire égal» s'appliquait à tous les salariés sans distinction de sexe, pour autant qu'ils soient placés dans une situation identique.

La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) a précisé de son côté [\[7\]](#) que l'égalité salariale supposait que les salariés exercent un même travail ou un travail de valeur égale, c'est-à-dire qu'ils soient placés dans une situation comparable au regard de la nature de leur travail et de leurs conditions de formation et de travail.

Si l'on applique ces règles à la lettre, deux salariés ayant le même âge, exerçant des fonctions de même nature, et justifiant d'une ancienneté identique, doivent en principe percevoir la même rémunération.

Si à l'inverse ils présentent des profils différents (âge, ancienneté, fonctions, diplômes...), l'employeur peut toujours, au plan des principes, leur accorder une rémunération différente.

A titre d'illustration concrète de ces règles, il a été jugé que n'effectuaient pas un même travail, et n'étaient pas placés dans une situation identique (ou très similaire):

- deux salariés cadres dont l'un assume, en sus des tâches qui leur sont communes, les fonctions de responsable d'une agence [\[8\]](#),

- un chef d'agence travaillant en Espagne et des commerciaux exerçant en France [\[9\]](#),

- un veilleur de nuit et des auxiliaires de vie travaillant habituellement le jour [\[10\]](#).

De la même manière:

- un permanent syndical ne saurait comparer sa situation à un autre permanent, dès lors que la nature de leur travail, commerciale pour l'un et administrative pour l'autre, est différente [\[11\]](#),

- une salariée exerçant les fonctions de responsable du personnel puis celles de directeur des ressources humaines ne peut comparer sa situation salariale avec celle d'autres salariés exerçant les fonctions de directeurs spécialisés (directeur industrie, directeur études-projet, directeur commerce), quand bien même ils relèvent du même niveau hiérarchique et de la même classification qu'elle, et revêtent, comme elle, la qualité de membre du comité de direction. Selon la Cour de cassation, ces salariés peuvent percevoir une rémunération sensiblement supérieure à l'intéressée et disposer, en outre, d'un véhicule de fonction [\[12\]](#) dès lors qu'ils n'effectuent pas un travail de valeur égale et exercent des fonctions différentes.

Dans ces hypothèses, l'employeur a pu, au plan salarial, traiter différemment des salariés n'étant pas placés dans une situation identique.

Le fait que des salariés appartiennent à la même catégorie professionnelle ne suffit pas à démontrer qu'ils se trouvent placés dans une situation identique [\[13\]](#).

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 Cour de cassation a récemment 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 n'étaient pas placés dans une situation identique, de sorte qu'il n'existe pas de rupture d'égalité de traitement [\[14\]](#).

Pour se prononcer sur l'existence ou non d'une inégalité salariale entre salariés de catégories professionnelles distinctes ou entre salariés d'une même catégorie, les juges doivent se livrer à une analyse comparée des missions, des tâches et des responsabilités des salariés [\[15\]](#) et constater que les salariés auxquels les requérants se comparent occupent des fonctions identiques ou similaires aux leurs, placées aux mêmes niveaux [\[16\]](#).

A titre d'illustration, dans deux séries d'arrêts qu'elle a rendus les 14 septembre 2018 et 28 septembre 2018 [\[17\]](#), la cour d'appel d'Aix en Provence, pour débouter les salariés (agents de service d'une société de nettoyage) de leur demande d'un rappel de salaire au titre du treizième mois perçu par les cadres, agents de maîtrise et assistants administratifs, a procédé à une analyse comparée des missions, des tâches, des compétences et des responsabilités des uns et des autres et a estimé que les documents produits aux débats établissaient notamment que les cadres, agents de maîtrise et assistants administratifs exerçaient des fonctions ou attributions correspondant à des pratiques professionnelles très différentes de celles des agents de service avec des niveaux exigés en matière de compétence (diplômes, techniques...), d'expérience, de qualités professionnelles et personnelles, de maîtrise de certaines techniques (informatique, bureautique, comptabilité, orthographe, gestion ...), de polyvalence, d'autonomie et d'initiative sensiblement supérieurs à ceux des agents de service. La cour d'appel a procédé à un travail minutieux de comparaison des fonctions occupées par les différentes catégories de salariés, pour en conclure que les agents de service n'occupaient pas des fonctions identiques à celles exercées par les cadres, agents de maîtrise et assistants administratifs.

C'est au salarié requérant qu'il appartient de démontrer qu'il est placé dans une situation identique (ou très similaire) à ceux auxquels il entend se comparer. Rappelé précédemment à plusieurs reprises, la Haute Cour, aux termes des arrêts «La Poste» qu'elle a rendu le 4 avril 2018 [\[18\]](#), a jugé avec force et solennité que c'était à celui qui invoque une atteinte au principe d'égalité de traitement (et donc de rémunération) de démontrer qu'il se trouve dans une situation identique ou similaire à ceux auxquels il se compare.

La Cour de cassation avait déjà jugé en 2016, puis en 2017 que *«pour percevoir un complément Poste du même montant, un salarié doit justifier exercer au même niveau des fonctions identiques ou similaires à celles du fonctionnaire auquel il se compare»* [\[19\]](#).

En pratique, le salarié qui estime être moins bien rémunéré que d'autres salariés de son service, de son atelier, de son établissement ou de l'entreprise, devra identifier dans un premier temps celles et ceux qui présentent un profil similaire au sien.

Il devra, ensuite, démontrer qu'il est placé dans une situation identique à ces salarié(e)s.

Il est donc recommandé que ce salarié se procure une copie des éléments contractuels concernant ces salarié(e)s (contrats de travail, avenants, bulletins de paie...) ainsi que tous autres éléments (attestations, *curriculum vitae*...) faisant ressortir l'identité des situations.

La tâche pourra être ardue, tant les autres salariés seront souvent peu enclins à transmettre au salarié porteur d'une action contentieuse contre l'employeur, des éléments les concernant.

Le salarié pourra alors se rapprocher des représentants syndicaux ou représentants du personnel qui, en tant que de besoin, pourront lui apporter une aide utile.

En l'absence de tout élément en sa possession concernant la situation d'autres collègues de travail, un salarié peut-il contraindre l'employeur à lui remettre les documents contractuels concernant lesdits salariés, au besoin en saisissant le juge ?

On peut imaginer qu'une telle demande puisse être formulée, après une démarche amiable infructueuse, devant le bureau de conciliation et d'orientation du conseil de prud'hommes ou devant la formation de référé (juge de l'urgence et de l'évidence) dudit conseil, sur le fondement, dans ce dernier cas, de l'article 145 du Code de procédure civile ([N° Lexbase : L1497H49](#)).

De telles actions se heurtent cependant à plusieurs difficultés.

La première tient à la confidentialité attachée aux informations concernant les autres salariés, dans un contexte où le règlement RGPD fait reposer précisément des exigences fortes en ce domaine sur l'employeur.

La seconde tient au fait qu'en procédant de la sorte, le salarié s'abstient en réalité de démontrer qu'il se trouve dans une situation identique à celle des salariés auxquels il entend se comparer.

A titre d'illustration, dans une affaire tranchée par la cour d'appel d'Aix en Provence le 25 octobre 2018 [20], plusieurs salariés ont saisi la formation de référé aux fins de solliciter la condamnation de leur employeur (société de nettoyage) à leur communiquer, sous astreinte, les contrats de travail et les bulletins de paie d'autres salariés auxquels ils entendaient comparer leur situation salariale.

La cour d'appel d'Aix en Provence a refusé d'accéder favorablement à cette demande en retenant une motivation aussi brève que claire : «*en l'espèce, les intimés (les salariés) ne démontrent pas se trouver dans des situations identiques ou similaires à celles des salariés auxquels ils entendent se comparer. De plus, l'employeur indiquait, dès ses conclusions de première instance, qu'il ne contestait pas que les salariés désignés par les requérants bénéficiaient effectivement des avantages en cause, mais il faisait valoir que leurs situations étaient différentes. Dès lors, il n'existe pas de motif légitime au soutien de la demande de communication de pièces, étant relevé de plus qu'il n'apparaît pas que les intimés aient sollicité amiablement les pièces en cause avant tout contentieux contrairement aux exigences de l'article 56 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L14418U)*».

En d'autres termes, selon la cour d'appel d'Aix en Provence, il appartenait aux salariés, en premier lieu, de démontrer qu'ils se trouvaient dans une situation similaire à celles et ceux des salariés auxquels ils se comparaient puis, en second lieu, de présenter une demande de communication amiable à leur employeur avant tout procès, ce qu'ils se sont abstenus de faire en l'espèce.

Bien que placés dans une situation identique, les salariés peuvent bénéficier d'une situation salariale différente dès lors que l'employeur justifie de cette disparité par des raisons objectives. Il appartient à l'employeur, qui rémunère différemment des salariés placés dans une situation identique, de justifier la différence de rémunération existant entre les salariés *via* la mise en avant, puis la production, en cas de litige, d'éléments concrets et précis expliquant cette disparité.

A titre d'exemples, l'expérience professionnelle, le niveau de formation et la nature différente des tâches accomplies [21] ou l'absence du diplôme requis par la Convention collective pour l'exercice des fonctions occupées, peuvent constituer des éléments objectifs et pertinents justifiant une différence de rémunération entre des salariés pourtant placés dans une situation identique [22]. Il en va de même s'agissant de la détention de diplômes de niveaux très différents entre les salariés [23].

Dans le même esprit, peuvent constituer des critères objectifs permettant de rémunérer différemment des salariés placés dans une situation identique :

- les fonctions réellement exercées par les salariés [24] ;

- l'ancienneté du salarié [25] ;

- la date d'embauche et les niveaux de salaires différents selon la date d'entrée dans l'entreprise [26] ;

- les qualités professionnelles [27] ;

- l'expérience professionnelle, qu'elle soit acquise sur le site d'exécution du lieu de travail [28], dans l'entreprise [29] ou, même, l'expérience acquise par le salarié auprès de précédents employeurs [30] ;

- les diplômes [31] ;

- les conditions d'exercice des fonctions et, notamment, la technicité particulière du poste [32] ou le niveau de responsabilité [33] ;

- les sujétions particulières de l'emploi, tel que la variabilité plus ou moins importante des horaires [34] ;

- la plus grande diversité des postes occupés par le salarié, lui conférant par là-même une meilleure maîtrise de son poste [35] ;

- la disparité du coût de la vie entre l'Ile de France et la province [36].

La Cour de cassation a jugé également que ne constituait pas une inégalité de traitement entre les salariés de l'entreprise la situation à laquelle l'employeur est confronté sans y avoir contribué.

C'est le cas, par exemple, 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. En conséquence, la différence de traitement par rapport aux salariés cadres, qui bénéficiaient des mêmes dispositions par un accord distinct, était justifié par un élément objectif et pertinent [37].

La démarche est la même dans la situation 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 de la dénonciation d'un accord collectif ne suffit pas à justifier les différences de rémunération entre eux, il a été décidé qu'il existait un motif objectif à partir du moment où l'accord collectif déterminant la rémunération des salariés engagés après sa mise en vigueur ne pouvait 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 [38].

Dans le même esprit, 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 observer 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 [39].

Dans le même registre, 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 [40].

Constituent 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 [41] 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 [42].

II - Les aménagements au principe de l'égalité de rémunération

Le principe de l'égalité de rémunération en la présence de dispositions conventionnelles. Depuis quelques années, et notamment au travers de plusieurs arrêts rendus le 27 janvier 2015 [43], la Cour de cassation admet la justification d'avantages différents au sein de catégories professionnelles distinctes, définis et mis en œuvre par accords collectifs.

Les différences de traitement existant entre les catégories professionnelles (entre cadres et non cadres par exemple), prévues par des conventions ou accords collectifs, sont «*présumées justifiées*» et il appartient désormais à ceux qui les contestent de démontrer que ces différences de traitement seraient «*étrangères à toute considération de nature professionnelle*».

La justification de cette présomption réside dans le fait que ces conventions et accords collectifs de travail sont négociés et signés par des organisations représentatives «*investies de la défense des droits et intérêts des salariés*» et à «*l'habilitation desquelles les salariés participent directement par leur vote*».

La Cour de Cassation a précisé, plus récemment, qu'une différence de traitement pouvait s'opérer entre des salariés exerçant des fonctions distinctes, au sein d'une même catégorie professionnelle, opérées par voie de convention ou d'accord collectif [44].

En d'autres termes, désormais, les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectifs, sont présumées justifiées.

Une solution similaire a été retenue s'agissant de différences de traitement existant entre des salariés appartenant à la même entreprise et opérées par la voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif [45].

Poursuivant sa construction jurisprudentielle, la Cour de cassation a admis, enfin :

- que les différences de traitement issues d'un accord d'établissement «*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*» [46]. En d'autres termes, les inégalités de rémunération entre des salariés sont justifiées dès lors qu'elles sont opérées par voie d'accord collectif ;
- que les avantages accordés par un accord d'entreprise aux salariés de l'un de ses établissements sont présumés justifiés au regard du principe de l'égalité de traitement [47].

Cette règle a été élargie à la situation des salariés appartenant à la même entreprise, mais affectés à des sites ou à des établissements distincts [48].

En la matière, et préalablement à ces jurisprudences récentes, dans deux décisions en date du 8 juin 2011 [49], la Cour de cassation avait admis que reposait sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fondait une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement avait pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération.

Dans cette décision, la Cour de cassation a admis la validité des avantages conventionnels catégoriels dès lors qu'ils étaient justifiés, notamment (la liste n'étant pas limitative) par les spécificités des conditions d'exercice des fonctions, l'évolution de carrière ou les modalités de rémunération.

Plus récemment, la Haute Cour a estimé qu'en ayant retenu que les différences de traitement opérées par la Convention collective au profit des cadres par rapport aux autres salariés n'étaient pas étrangères à toute considération de nature professionnelle, la cour d'appel, qui a limité à une certaine somme l'indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents et l'indemnité de licenciement, a légalement justifié sa décision [50].

Toujours à titre d'exemples, la Cour de cassation a également admis :

- l'attribution d'une indemnité de licenciement plus élevée pour les cadres dirigeants, dans la mesure où ils sont plus exposés au licenciement que les autres salariés, car soumis aux aléas de l'évolution de la politique de l'entreprise [51] ;
- l'attribution de jours de congés supplémentaires aux cadres en raison d'un temps de travail supérieur aux autres salariés découlant notamment de la pratique d'un forfait-jours [52] ;
- le versement d'une compensation financière moindre pour une catégorie professionnelle légitimement soumise à des contraintes vestimentaires moins exigeantes que les autres [53].

Il en va de même s'agissant d'avantages différents entre des catégories professionnelles distinctes résultant d'accords de prévoyance [54].

On l'aura bien compris, l'existence de dispositions conventionnelles prévoyant pour l'employeur des obligations distinctes, notamment en matière salariale (octroi d'avantages salariaux à certains salariés et non à d'autres, ou d'avantages dont le *quantum* est différent selon les catégories professionnelles ; indemnités de licenciement ou de préavis distinctes, octroi d'une prime à certains et non à d'autres ...), place les salariés demandeurs à une instance prud'homale dans une situation très inconfortable. La démonstration de ce que les différences de traitement sont étrangères à toute considération de nature professionnelle n'est pas aisée, pour ne pas dire qu'elle est quasiment impossible à rapporter.

La différence salariale en raison de l'objet de l'avantage en cause : l'exemple du troisième mois perçu par certains salariés, et non par d'autres. Dans une décision ancienne [55], la Cour de cassation avait jugé que la seule différence de catégorie professionnelle ne pouvait, en elle-même, justifier pour l'attribution d'un avantage (il s'agissait en l'occurrence d'un treizième mois), une différence de traitement entre des salariés dès lors qu'ils étaient placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause.

En d'autres termes, un ouvrier était tout autant légitime qu'un ingénieur ou un cadre à percevoir le treizième mois.

Le 26 septembre 2018 [56], la Cour de cassation a substantiellement modifié son analyse sur ce point. Certains y voient même un revirement de

jurisprudence.

Dans l'affaire qu'elle a ainsi tranchée, plusieurs salariés (ouvriers et employés) ont saisi le conseil de prud'hommes d'une demande tendant à obtenir le bénéfice, au titre du principe d'égalité de rémunération, d'un avantage correspondant à un treizième mois accordé aux seuls salariés cadres.

Pour faire droit à leurs demandes, la cour d'appel de Riom, après avoir énoncé que la seule différence de catégorie professionnelle ne pouvait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, a retenu que, sous couvert de douze mois de salaires payés sur treize mois, il s'agissait bien d'une prime de treizième mois qui était payée aux cadres de l'entreprise sans que l'employeur n'établisse la différence de traitement instituée entre les cadres et les personnels non-cadres relativement au versement de cette prime qui serait justifiée par des raisons objectives, réelles et pertinentes.

Devant la Haute Cour, l'employeur soutenait que les cadres ne bénéficiaient pas d'un véritable treizième mois, mais d'une modalité particulière de règlement de leur salaire de base en treize mensualités. Il ajoutait que les non cadres n'effectuant pas un travail identique à celui des cadres (notamment au regard des responsabilités ou des fonctions managériales qui leur étaient dévolues), ils ne pouvaient pas réclamer un salaire identique sur le fondement du principe d'égalité de traitement.

La Cour de cassation a balayé l'analyse de la cour d'appel de Riom en retenant que, quelles que soient les modalités de son versement, une prime de treizième mois, qui n'a pas d'objet spécifique étranger au travail accompli ou destiné à compenser une sujétion particulière, participe de la rémunération annuelle versée, au même titre que le salaire de base, en contrepartie du travail à l'égard duquel les salariés cadres et non-cadres ne sont pas placés dans une situation identique.

Il est important de préciser que, dans l'affaire ainsi tranchée, le treizième mois trouvait sa source non pas dans une disposition conventionnelle. Il s'agissait, selon toute vraisemblance, d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un usage.

Cette nouvelle jurisprudence concernant le treizième mois peut, à l'évidence, être étendue à d'autres éléments de rémunérations perçus par certains salariés (en particulier cadres) et non par d'autres (cadres notamment).

Le cas du transfert conventionnel d'activité, et par là même, des contrats de travail. La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ([N° Lexbase : L8436K9C](#)), dite «Loi Travail», a instauré une dérogation au principe «à travail égal, salaire égal» en cas de transfert conventionnel des contrats de travail, inscrite à l'article L.1224-3-2 du Code du travail ([N° Lexbase : L8126LG3](#)).

Selon l'article tel qu'issu de la «Loi Travail», en cas de poursuite des contrats de travail entre deux entreprises prestataires se succédant sur un même site en application d'un accord de branche étendu (cas, par exemple, des sociétés relevant du secteur du nettoyage ou du gardiennage), les salariés employés sur d'autres sites de l'entreprise nouvellement prestataire et auprès de laquelle les contrats de travail sont poursuivis, ne peuvent pas invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus avant cette poursuite par les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis.

Ce faisant, ces dispositions ne visaient que les différences de traitement entre salariés travaillant sur des sites différents.

Plusieurs salariés d'une société, faisant valoir une atteinte au principe de l'égalité de traitement en matière de rémunération, ont saisi le conseil de prud'hommes afin d'obtenir le paiement de primes ou d'avantages particuliers accordés par leur employeur à certains de ses salariés affectés sur d'autres sites dont les contrats de travail ont été transférés en application de l'accord du 29 mars 1990 annexé à l'article 7 de la Convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés ([N° Lexbase : X0704AES](#)), qui prévoit, comme précisé ci-avant, un dispositif conventionnel de garantie d'emploi en cas de perte de marché. Par un mémoire distinct et motivé, les salariés ont demandé que soit transmise à la Cour de Cassation une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : «*Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 1224-3-2 du Code du travail (N° Lexbase : L6777K9U), qui ne définit pas, d'une part, la notion de site et, d'autre part, qui adopte la terminologie suivante : 'ne peuvent invoquer utilement une différence de rémunération' ne porte-t-il pas atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution que sont le principe d'égalité, la sécurité juridique et n'est-il pas dépourvu de toute portée normative dans la mesure où il ne mentionne pas clairement l'impossibilité qui est faite aux salariés victimes d'inégalités de faire valoir leurs droits et qu'il apparaît traiter différemment des salariés placés pourtant dans une situation identique sans répondre à un objectif d'intérêt général ?*».

Aux termes d'un arrêt qu'elle a rendu le 4 janvier 2017 [\[57\]](#), la Cour de cassation a jugé que la question posée était «irrecevable» et a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Depuis, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ([N° Lexbase : L7629LGN](#)) a clarifié ces dispositions légales et remplacé la notion de «site» par celle de «marché» et modifié la rédaction de l'article L. 1224-3-2 du Code du travail ([N° Lexbase : L8126LG3](#)), désormais rédigé

comme suit : «Lorsqu'un accord de branche étendu prévoit et organise la poursuite des contrats de travail en cas de succession d'entreprises dans l'exécution d'un marché, 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».

Il en résulte, dans la pratique, qu'en cas de reprise d'un marché par un nouveau prestataire, les salariés dudit nouveau prestataire ne sont pas fondés à réclamer le bénéfice d'un avantage accordé aux salariés transférés avant la poursuite des contrats sur le fondement du principe «à travail égal, salaire égal», peu important que les salariés exercent leur activité sur un même site ou sur des sites différents.

En d'autres termes, en cas de transfert conventionnel d'activité, le principe d'égalité de traitement ne peut être invoqué par des salariés qui réclameraient le bénéfice d'avantages obtenus par d'autres salariés avant le changement de prestataire.

Ces dispositions légales mettent ainsi clairement un coup d'arrêt à la position adoptée, jusqu'alors, par la Cour de cassation notamment dans ses décisions du 15 janvier 2014 [58] et du 16 septembre 2015 [59] sur le même sujet.

Conclusion. Les règles -réemment- définies par la Cour de cassation ont permis de clarifier, tout en modifiant significativement les principes arrêtés il y a un peu plus de vingt ans, les contours du principe «à travail égal, salaire égal».

Il est à craindre, cependant, que les salariés rencontrent dorénavant davantage de difficultés qu'auparavant pour démontrer la pertinence et la justesse d'une situation salariale moins favorable que celle d'autres salariés, dont ils peuvent pourtant être très proches géographiquement et/ou professionnellement.

De leur côté, les employeurs ont tout intérêt à être en mesure de justifier à tout moment les situations salariales différentes observées entre plusieurs salariés, par des éléments concrets, précis et objectifs, singulièrement lorsque la différence de salaire ne résulte pas de dispositions conventionnelles. A cet égard, indépendamment des éléments naturellement objectifs que sont l'âge, les diplômes ou l'ancienneté, les entretiens d'évaluation sont l'occasion idéale d'acter par écrit les points d'insatisfaction du travail accompli par certains salariés ou l'absence de réalisation de leurs objectifs, ou au contraire de féliciter ceux qui méritent de l'être.

Les employeurs, y compris ceux comptant un faible effectif et/ou ne disposant pas de délégués syndicaux en leur sein, disposent, par ailleurs, d'outils précieux qui leur ont été offerts par les ordonnances dites «Macron» du 22 septembre 2017, en présentant, dans certaines hypothèses, directement à leurs salariés un projet de statut conventionnel qui leur permettront, par ce biais, de bénéficier de la présomption de justification.

On peut imaginer -ou espérer- que le principe «à travail égal, salaire égal» conduise, au final, au développement de la négociation collective.

[1] Cass. soc., 29 octobre 1996, n° 92-43.680 (N° Lexbase : A9564AAH).

[2] RJS, 8-g/18, p. 615.

[3] C. trav., art L. 1132-1 (N° Lexbase : L1000LDE) et s.

[4] C. trav., art L. 1134-1 (N° Lexbase : L2681LBW) et s., prévoyant que le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, à charge, ensuite, pour l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, le juge formant au final sa décision après avoir ordonné, en tant que de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

[5] C. trav., art L. 1142-1 (N° Lexbase : L0696H9N) et s..

[6] C. trav., art L. 3221-4 (N° Lexbase : L0803H9M).

[7] CJUE, 28 février 2013, aff. C-427/11 (N° Lexbase : A6790I8Y); RJS, 5/13, n° 418.

[8] Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 07-42.691, FS-P+B (N° Lexbase : A5735EIA).

[9] Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-40.103, FS-D (N° Lexbase : A7227EBB).

[10] Cass. soc., 25 avril 2007, n° 05-44.244, F-D (N° Lexbase : A0229DWE).

[11] Cass. soc., 24 septembre 2014, n° 13-11.782, FS-P+B (N° Lexbase : A3415MXR).

[12] Cass. soc., 26 juin 2008, n° 06-46.204, F-P (N° Lexbase : A3621D9Y).

[13] Cass. soc., 6 mars 2007, n° 04-42.080, F-D (N° Lexbase : A5890DUP); Cass. soc., 4 juin 2014, n° 12-23.759, FS-D (N° Lexbase : A2923MQC).

[14] Cass. soc., 28 mars 2018, n° 16-19.260, FS-P+B (N° Lexbase : A8857XIU).

[\[15\]](#) Cass. soc., 1er juillet 2009, n° 07-42.691, FS-P+B ([N° Lexbase : A5735EIA](#)) ; Cass. soc., 22 octobre 2014, n° 13-18.362, FS-P+B ([N° Lexbase : A0585MZP](#)).

[\[16\]](#) Cass. soc., 23 novembre 2016, n° 15-23.864, F-D ([N° Lexbase : A3570SLS](#)) et Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-13.901, F-D ([N° Lexbase : A9923WMH](#)).

[\[17\]](#) CA Aix en Provence, 28 août 2018, n° 18/00866 ([N° Lexbase : A0513X3E](#)) et CA Aix en Provence, 26 septembre 2018, n° 18/00959 ([N° Lexbase : A8475X7Z](#)).

[\[18\]](#) Cass. soc., 4 avril 2018, trois arrêts, n° 16-27.703 ([N° Lexbase : A9045XIT](#)), n° 17-11.680 ([N° Lexbase : A9046XIU](#)) et 17-11.814 ([N° Lexbase : A9047XIW](#)), FP-P+B+R+I.

[\[19\]](#) Cass. soc., 23 novembre 2016, n° 15-23.864, préc. ; Cass. soc., 12 juillet 2017, n° 16-13.901, F-D ([N° Lexbase : A9923WMH](#)).

[\[20\]](#) RG n°18/04604

[\[21\]](#) Cass. soc., 10 novembre 2009 n° 07-45.528, FS-P+B sur le troisième moyen ([N° Lexbase : A1630ENP](#)).

[\[22\]](#) Cass. soc., 10 novembre 2009 n° 07-45.528, préc..

[\[23\]](#) Cass. soc., 17 mars 2010, n° 08-43.088, FS-P+B ([N° Lexbase : A8092ETU](#)).

[\[24\]](#) Cass. soc., 6 mai 2002, n° 00-42.765, inédit ([N° Lexbase : A6108AYU](#)).

[\[25\]](#) Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-43.905 ([N° Lexbase : A6334ATR](#)).

[\[26\]](#) Cass. soc., 11 décembre 2002, n° 00-46.800, inédit ([N° Lexbase : A4175A4E](#)).

[\[27\]](#) Cass. soc., 8 novembre 2005, n° 03-46.080, F-D ([N° Lexbase : A5107DLQ](#)).

[\[28\]](#) Cass. soc., 16 février 2005, n° 03-40.465, F-D ([N° Lexbase : A7451DG3](#)).

[\[29\]](#) Cass. soc., 29 septembre 2004, n° 03-42.025, F-D ([N° Lexbase : A4908DD7](#)).

[\[30\]](#) Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 03-47.924, F-D ([N° Lexbase : A3252DSA](#)).

[\[31\]](#) Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-42.093, F-D ([N° Lexbase : A1509EUG](#)) ; Cass. soc., 11 janvier 2011, n° 09-66.785, F-D ([N° Lexbase : A9707GP9](#)) ; Cass. soc., 13 novembre 2014, n° 12-20.069, FS-P+B ([N° Lexbase : A2975M3L](#)).

[\[32\]](#) Cass. soc., 8 janvier 2003, n° 00-41.228, inédit ([N° Lexbase : A5989A4L](#)).

[\[33\]](#) Cass. soc., 28 novembre 2006, n° 05-41.41 4, F-P+B ([N° Lexbase : A7854DSP](#)).

[\[34\]](#) Cass. soc., 2 mars 2016, n° 14-11.991, F-D ([N° Lexbase : A0709QYW](#)).

[\[35\]](#) Cass. soc., 9 décembre 2015, n° 14-23.558, FP-D ([N° Lexbase : A1889NZY](#)).

[\[36\]](#) Cass. soc., 14 septembre 2016, n° 15-11.386, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A7920RZD](#)).

[\[37\]](#) Cass. soc., 30 mai 2018, n° 16-16.484, FP-P+B ([N° Lexbase : A1815XQB](#)).

[\[38\]](#) Cass. soc., 7 décembre 2017, n° 16-15.109, FS-P+B ([N° Lexbase : A1146W7L](#)).

[\[39\]](#) Cass. soc., 7 décembre 2017, n° 16-14.235, FS-P+B ([N° Lexbase : A1183W7X](#)).

[\[40\]](#) Cass. soc., 28 juin 2018, n° 17-16.499, FS-P+B ([N° Lexbase : A5707XUW](#)).

[\[41\]](#) Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.782, FP-P+B ([N° Lexbase : A1644XQX](#)).

[\[42\]](#) Cass. soc., 23 octobre 2013, n° 12-12.894, FS-P+B ([N° Lexbase : A4626KNN](#)).

[\[43\]](#) Cass. soc., 27 janvier 2015, quatre arrêts, n° 13-22.179, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A3401NA9](#)), n° 13-25.437, FS-P+B ([N° Lexbase : A6934NA3](#)), n° 13-23.818, FS-D ([N° Lexbase : A6956NAU](#)) et n° 13-14.773, FS-P+B ([N° Lexbase : A7024NAE](#)).

[\[44\]](#) Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-11.324, FP-P+B+R+I ([N° Lexbase : A0807RSP](#)) ; Cass. soc., 26 avril 2017, n° 15-23.968, FS-P+B ([N° Lexbase : A2658WB3](#)).

[\[45\]](#) Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.782, préc..

[\[46\]](#) Cass. soc., 3 novembre 2016, n° 15-18.444, FP-P+B+R+I ([N° Lexbase : A9178SEN](#)).

[\[47\]](#) Cass. soc., 4 octobre 2017, n° 16-17.517, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A7346WTA](#)).

[\[48\]](#) Cass. soc., 30 mai 2018, n° 17-12.782, FP-P+B ([N° Lexbase : A1644XQX](#)).

[\[49\]](#) Cass. soc., 8 juin 2011, deux arrêts, n° 10-14.725, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A3807HT8](#)) et n° 10-11.933 ([N° Lexbase : A3806HT7](#)).

[\[50\]](#) Cass. soc., 4 novembre 2015, n° 14-16.135, F-D ([N° Lexbase : A0219NWZ](#)).

[\[51\]](#) Cass. soc., 24 septembre 2014, n° 13-15.074, FS-P+B ([N° Lexbase : A3147MXT](#)).

[\[52\]](#) Cass. soc., 28 mars 2012, n° 11-12.043, FS-P+B ([N° Lexbase : A9922IGL](#)).

[\[53\]](#) Cass. soc., 30 mai 2012, n° 11-16.765, F-D ([N° Lexbase : A5370IMT](#)).

[\[54\]](#) Cass. soc., 13 mars 2013, quatre arrêts, n° 11-20.490, FS-P+B+R ([N° Lexbase : A5092I9H](#)), n° 11-23.761, FS-D ([N° Lexbase : A9673I97](#)), n° 11-13.645, FS-D ([N° Lexbase : A9815I9E](#)) et n° 10-28.022, FS-D ([N° Lexbase : A9771I9R](#)).

[55] Cass. soc., 20 février 2008, n° 05-45.601, FP-P+B sur le sixième moyen ([N° Lexbase : A0480D7W](#)).

[56] Cass. soc., 26 septembre 2018, n° 17-15.101, FS-P+B ([N° Lexbase : A1862X8H](#)).

[57] Cass. QPC, 4 janvier 2017, n° 16-40.243, FS-P+B ([N° Lexbase : A8570SY3](#)).

[58] Cass. soc., 15 janvier 2014, n° 12-25.402, FS-P+B ([N° Lexbase : A7786KTK](#)).

[59] Cass. soc., 16 septembre 2015, n° 13-26.788, FS-P+B ([N° Lexbase : A3801NPH](#)).