

N° N1711970

Décision attaquée : 27 janvier 2017 de la cour d'appel de Caen

la caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM)
de Normandie
C/
Mme X... Y...

Anne Berriat, avocat général

AVIS
de l'avocat général

Rappel des faits et de la procédure

Madame Y... , embauchée par la caisse régionale de crédit mutuel (CRCM) en 1997 pour travailler sur le site de Saint-Lô a ensuite été affectée à l'agence centrale de Coutances en octobre 2009. Elle a pris de nouvelles fonctions sur le site de Saint-Lô le 27 août 2012.

Or la CRCM avait décidé de regrouper à Caen les salariés employés sur les sites d'Alençon et de Saint-Lô. Pour effectuer ce regroupement, un "dispositif d'accompagnement des mobilités géographiques et fonctionnelles", daté du 26 mai 2011 avait d'abord été mis en place unilatéralement par l'employeur.

A la demande des organisations syndicales qui souhaitaient améliorer les mesures prévues, des négociations ont permis aux parties de conclure le 5 juillet 2013 un accord plus avantageux pour les salariés transférés, qui a fait disparaître le dispositif unilatéral datant du 26 mai 2011. Cependant, son article liminaire réserve son application aux seuls salariés affectés aux sites de Saint-Lô ou d'Alençon à la date du 1^{er} juin 2011.

Madame Y... , dont la mutation à Saint-Lô était intervenue à la fin de l'été 2012 n'a donc pas bénéficié des différentes aides prévues par l'accord collectif, pas plus que de celles du dispositif unilatéral ; seules les mesures énumérées par le dispositif d'accompagnement des mobilités de droit commun, ouvert à tous les collaborateurs de la caisse régionale du crédit agricole, lui ont été appliquées¹.

Après deux recours infructueux devant la commission d'examen des demandes individuelles d'accompagnement, Madame Y... a saisi le conseil de prud'hommes

¹ Page 18 des conclusions en appel de la CRCM.

d'une demande tendant à l'obtention des avantages dont elle s'estimait injustement privée.

Le conseil de prud'hommes l'a déboutée mais la cour d'appel lui a donné raison.

La CRCM s'est pourvue contre cet arrêt et présente un moyen unique en trois branches.

Discussion

Le pourvoi soutient qu'en n'appliquant pas la présomption de justification des différences de traitement, la cour d'appel a violé l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 et l'accord du 5 juillet 2013.

Dans sa première branche, il reproche à l'arrêt de n'avoir pas appliqué la présomption de justification des différences de traitement alors que celles-ci étaient prévues par un accord collectif.

La seconde branche invoque la dénaturation des conclusions des parties.

Enfin la troisième soutient que le critère de la date de présence dans l'entreprise n'est pas étranger à toute considération professionnelle.

Les rapports déposés par les conseillers de la chambre sociale retracent l'application du principe d'égalité de traitement avec suffisamment de précision pour qu'il soit permis de ne rappeler que les grandes lignes de son évolution².

En comparant la situation de l'ensemble des salariés au regard d'un avantage attribué aux seuls cadres, l'arrêt Pain du 1^{er} juillet 2009 avait jugé qu'un accord collectif ne pouvait traiter différemment des catégories professionnelles différentes. Les critiques de la doctrine³ ont conduit la chambre sociale à faire évoluer cette jurisprudence, d'abord avec les arrêts du 8 juin 2011⁴, en acceptant une différence de traitement fondée sur une différence de catégorie professionnelle, puis avec les arrêts du 27

² Voir les rapports déposés le 4 juin 2018 par Nathalie Sabotier et le 17 décembre 2018 par François Le Masne de Chermont..

³ Voir J-E Ray, Travail inégal, salaire inégal, droit social 2011.42; P-H Antonmattéi Avantage catégoriel d'origine conventionnelle et principe d'égalité de traitement : évitons la tempête! Droit social 2009. 1169 ; J Barthélémy, Catégories professionnelles, accords collectifs et égalité de traitement, Les cahiers des DRH nov-déc. 2009 1 169, notamment.

⁴ n° 10-14.725 P.

janvier 2015⁵ qui créent une présomption de justification des différences de traitement entre catégories professionnelles lorsqu'elles sont instaurées par un accord collectif.

Cette présomption a ensuite été étendue aux différences de traitement entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions différentes⁶, puis entre salariés relevant d'établissements distincts, dès lors qu'elles sont organisées par accord d'établissement⁷ ou par accord d'entreprise⁸.

D'autre part, la chambre sociale a abandonné sa jurisprudence sur l'égalité de traitement en cas de transfert conventionnel⁹.

Enfin, par un arrêt du [30 mai 2018, n° 17-12.925 P](#), elle a étendu le champ de la présomption de justification aux différences de traitement après transfert conventionnel, opérées par un accord de fin de conflit ou par un accord d'établissement, entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés sur des sites distincts.

Comme indiqué dans le rapport du 4 juin 2018, une partie de la doctrine a salué les arrêts de janvier 2015 et souhaite désormais que cette présomption soit généralisée¹⁰.

Parmi les arguments invoqués figurent la valeur constitutionnelle du principe de participation, la légitimité des organisations syndicales représentatives renforcée par la loi du 20 août 2008, enfin la crainte que la censure du juge au nom du principe d'égalité ne fragilise à l'excès des accords qui, parce qu'ils reposent sur un compromis, admettent nécessairement la situation moins favorable faite à certains salariés.

Mais la doctrine n'est pas unanime. Dès 2015, Alexandre Fabre s'interrogeait sur les développements possibles de la présomption de justification des différences de traitement prévues par un accord collectif : *“Ajoutée à la loi Larcher, aux projets de*

⁵ Pourvois n° 13-22.179, 13-14.773 et 13-25.437.

⁶ Soc 8 juin 2016, n° 15-23.968 P.

⁷ Soc 3 novembre 2016 n° 15-18.444 P.

⁸ Soc 4 octobre 2017, n° 16-17.517 P.

⁹ Soc 30 novembre 2017, n° 16-20.532 P.

¹⁰ Voir notamment les articles de JF Césaro et A Tessier L'égalité par le dialogue social, La Semaine juridique édition générale du 2 mars 2015, n°9, page 261; J Daniel La Semaine juridique du 17 février 2015, n° 7-8, page 1054 ; B Serizay Jurisprudence sociale Lamy n° 384 du 1^{er} mars 2015 Egalité, le retour vers la raison?; En finir avec le principe général d'égalité de traitement, Franck Morel, Semaine sociale Lamy, n° 1714, 14 mars 2016.

réforme constitutionnelle, cette nouvelle marque de confiance adressée aux partenaires sociaux peut être source d'inquiétudes. Depuis 2007, ne surestime-t-on pas la capacité de ces derniers à légiférer ? Voilà en plus qu'on les laisse seuls juges de l'égalité de traitement entre les salariés ! Noble mission. Mais en ont-ils les moyens ? Les propos d'un observateur averti du dialogue social¹¹ n'invitent guère à le croire : « La priorité des partenaires sociaux, ce n'est pas l'égalité entre les salariés, c'est comment instituer, en cette période de crise, un système qui soit le plus adapté au niveau du maintien de l'emploi et des conditions de travail ». Tout est dit. La menace que faisait peser l'intervention du juge avait au moins le mérite de contraindre les négociateurs à intégrer cette préoccupation et à repenser l'équilibre des accords. L'égalité de traitement vient donc sans doute de perdre son principal allié. Car, comme l'énonce un magistrat de la chambre sociale, « le législateur peut refuser de légiférer, les négociateurs de négocier, le juge, lui, ne peut pas refuser de juger »¹².”

De même, Pascal Lokiec faisait part de ses doutes dans un article intitulé “Qui dit conventionnel dit juste !” L'avènement d'un nouveau dogme¹³: “*Pourquoi s'inquiéter de cette sacralisation de la négociation collective ? Après tout, y a-t-il meilleure règle que celle définie par ceux-là mêmes auxquels elle a vocation à s'appliquer, ou par leurs représentants ? À cette inquiétude, deux raisons au moins. Le contexte juridique tout d'abord, avec le recul du principe de faveur en vertu duquel l'accord collectif ne s'applique que s'il est favorable à la partie faible, en l'occurrence le salarié. Un recul qui, de surcroît, s'opère de plus en plus au profit de l'accord collectif d'entreprise, conclu à un niveau auquel le délégué syndical, même protégé contre le licenciement, négocie en face de son propre employeur. Le contexte économique ensuite, avec un rapport de force nécessairement déséquilibré en période de chômage massif, sauf dans les professions où l'on a du mal à recruter. Les négociations sont d'autant plus déséquilibrées qu'elles sont menées avec, omniprésente, cette thèse, relayée pour la première fois par un gouvernement de gauche, selon laquelle les protections accordées aux salariés seraient nuisibles à l'emploi.*”

Il concluait par un appel à ne pas étendre le champ des accords collectifs : “*Il faut donc en revenir à une juste répartition des rôles entre la loi et l'accord collectif : la loi définit les protections minimales, à charge pour les partenaires sociaux de les améliorer. Le législateur n'a pas à se décharger sur les partenaires sociaux, aussi légitimes soient-ils, de la responsabilité qui est la sienne de dire le droit. Alors que de tels accords existent, dans certains secteurs, en droit de la consommation,*

¹¹ Jean-Denis Combexelle, lors du débat sur l'égalité de traitement, in Les rencontres de la chambre sociale, Dalloz 2011.77.

¹² Alexandre Fabre Les négociateurs sociaux, “seuls juges” du principe d'égalité, droit social 2015, p.237.

¹³ Pascal Lokiec “Qui dit conventionnel dit juste !” L'avènement d'un nouveau dogme La Semaine Juridique Sociale n°12, 24 mars 2015, act.129.

songerait-on à abandonner ce champ à des accords collectifs entre associations de consommateurs et professionnels, même à considérer que les parties prenantes sont plus à même d'ajuster la règle à son contexte ? La question a rebondi, là encore, dans les débats sur la loi Macron, à propos des compensations financières au travail dominical. Le Gouvernement peut-il présenter de telles compensations comme une contrepartie essentielle à l'élargissement du travail le dimanche et en abandonner la définition à la négociation collective avec le risque d'aboutir, dans certaines branches, entreprises ou territoires, à des contreparties symboliques (1 euro) ?

En bref, ne cédon pas trop vite aux appels, de plus en plus insistants, en faveur d'un droit négocié ! On a trop à perdre à voir le droit se donner pour seule ambition de définir les conditions d'un dialogue social acceptable”.

Une critique d'un autre ordre est énoncée par Elsa Peskine, pour laquelle “que cette présomption se pare de l'apparence d'une présomption simple ne convaincra guère de la modestie du changement opéré. En effet, le renversement de la charge de la preuve s'accompagne d'un changement d'objet de cette dernière, la preuve contraire devant consister en la démonstration par le demandeur que la différence de traitement catégorielle est “étrangère à toute considération professionnelle”. La distinction ainsi opérée entre la source des avantages catégoriels, selon qu'ils proviennent d'une décision de l'employeur ou d'un accord collectif, est d'autant moins pertinente que l'on assiste, précisément, aujourd'hui, à un rapprochement du pouvoir et de l'accord collectif, ce dernier devenant comme un succédané de l'acte unilatéral ou plus généralement un mode de participation au pouvoir de l'employeur. À l'heure où cette cohabitation fusionnelle est constatée et même appelée par ceux qui se font les chantres d'une responsabilisation des syndicats, la différenciation du régime de l'égalité de traitement selon la source, conventionnelle ou unilatérale, paraît inconséquente¹⁴”.

Plus récemment, Pierre Bailly, ancien doyen de la chambre sociale, exprimait de fortes réserves sur une extension de la présomption : “Si l'on peut considérer, avec le Doyen Huglo, que les évolutions qui se sont produites en la matière depuis l'année 2015 et qui se confirment dans les derniers arrêts, ne laissent pas vraiment le juge du contrat de travail en retrait, il n'en demeure pas moins que ces changements se traduisent en pratique par une réduction substantielle du champ d'application du principe de l'égalité de traitement. Que les différences de traitement soient justifiées ipso jure par l'accord collectif ou que celui-ci crée une présomption de justification à laquelle il sera fort difficile d'échapper, la primauté accordée à la négociation collective entraîne nécessairement une réduction des possibilités de contestation des inégalités. Il n'est pas contestable qu'une telle promotion du pouvoir normatif des partenaires sociaux et

¹⁴ Elsa Peskine La chambre sociale architecte imprudent de la négociation collective, Revue de droit du travail 2015 p.339.

spécialement des organisations syndicales de salariés dont la représentativité réelle est sortie renforcée de la loi de 2008 s'inscrit dans le cadre de la rénovation de la démocratie sociale voulue par le législateur d'alors et que l'effacement du domaine de l'ordre public social consacré depuis, spécialement par les ordonnances Macron de septembre et décembre 2017, va dans le sens d'un renforcement du rôle de la négociation collective dans la création des normes régissant les conditions de travail. Mais il serait regrettable qu'on en vienne à considérer que le principe d'égalité de traitement a fait son temps ou que, sa mise en œuvre étant délicate et complexe, le moment est venu de s'en éloigner. Car comme l'observe le professeur Jeammaud, le principe d'égalité du traitement a pour double fonction de combattre l'arbitraire et de faire une place à la rationalité dans les règles qui régissent les rapports entre les travailleurs et leur employeur.

Et il n'est pas certain que la négociation collective puisse toujours corriger tous les travers de cette relation asymétrique, sans créer des privilèges au seul avantage des catégories les mieux défendues¹⁵”.

En particulier, l'extension de la présomption de justification aux différences de traitement résultant d'un accord de fin de conflit, décidée par l'arrêt du 30 mai 2018¹⁶ a fait l'objet de critiques fondées sur l'objet même de tels accords, jugé plutôt “*en faveur du maintien de l'exigence d'une justification pleine et entière de la différence de traitement opérée par un protocole de fin de conflit sur la base d'éléments objectifs et pertinents.*”¹⁷

Enfin Gérard Loiseau regrettait dans un article à la RJS de septembre 2018 “*le crépuscule du principe de l'égalité de traitement*”, auquel ne pourrait suppléer l'application du principe de discrimination¹⁸.

En l'espèce la première branche du pourvoi soutient qu' “*Une différence de traitement résultant d'un accord collectif est présumée justifiée pour cela qu'il a été négocié par des représentants des salariés, qui ne sont pas supposés accepter des mesures inégalitaires ou discriminatoires*” et que la présomption de justification “*s'applique en*

¹⁵ Pierre Bailly Que reste-t-il du principe d'égalité de traitement? Semaine sociale Lamy, n° 1822, 2 juillet 2018.

¹⁶ Soc 30 mai 2018, n° 17-12.794.

¹⁷ Ylias Ferkane : Statut collectif : les déboires persistants du principe d'égalité de traitement Revue de droit du travail 2018 p.610.

¹⁸ Gérard Loiseau Le crépuscule du principe d'égalité de traitement RJS 8-9/18, p. 615.

*toute circonstance, dès lors que le dispositif conventionnel applicable a été régulièrement négocié et signé par des organisations syndicales représentatives*¹⁹.

La demande est donc que la présomption s'applique en toute circonstance.

Plusieurs raisons s'opposent à cette généralisation d'une présomption que la Cour de cassation est seule à reconnaître.

En premier lieu, cette présomption n'est pas admise en droit de l'Union. Dans son domaine de compétence, la CJUE procède en effet tout autrement. A la différence de la chambre sociale, elle définit un cercle des égaux qui n'inclut pas tous les salariés de l'entreprise susceptibles de bénéficier de l'avantage en cause, mais juge que *"l'exigence tenant au caractère comparable des situations aux fins de déterminer l'existence d'une violation du principe d'égalité de traitement (...) doit être appréciée au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent"*²⁰.

Puis, s'agissant de la preuve de cette violation, elle se livre à une analyse en deux temps : il revient d'abord au demandeur de prouver l'existence d'une différence de traitement préjudiciable puis à l'employeur de démontrer que la discrimination de fait ainsi mise en évidence repose sur des raisons objectives, proportionnées au but poursuivi, étrangères à toute discrimination prohibée, et que les moyens employés pour atteindre le but poursuivi sont à la fois appropriés et nécessaires²¹.

Certes, ce mode de preuve ne vaut que dans le champ d'application du droit de l'Union défini par le Traité, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les directives reconnaissant le principe de l'égalité. Il s'impose notamment, ainsi que l'a relevé Monsieur le rapporteur, en application des directives 2000/43/CE du 29 juin 2000, 78/CE du 27 novembre 2000 et 2006/54/CE du 5 juillet 2006 qui interdisent les discriminations fondées sur la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, le handicap ou l'orientation sexuelle et celles opérées entre les hommes et les femmes; mais également pour préserver les droits des salariés en congé parental, en contrat à durée déterminée ou en travail intérimaire.

En outre, les différences de traitement fondées sur la nationalité entre les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne sont interdites par

¹⁹ Pages 11 et 12 du mémoire ampliatif.

²⁰ 9 mars 2017 Milkova (C-406/15).

²¹ 17 octobre 1989 Danfoss (n° 106/88); CJCE, 9 février 1999, Seymour-Smith ; 10 mars 2005, Nikouloudi, C-196/02, points 69 et 75, notamment.

l'article 45, §2 du Traité exposant que cette liberté implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

Par conséquent, généraliser la présomption de justification instaurée par les arrêts du 27 janvier 2015 exposerait la France à l'engagement de sa responsabilité pour non respect du droit de l'Union.

En second lieu il existe un risque que cette généralisation entraîne une solution de continuité avec la jurisprudence du Conseil d'Etat sur le principe d'égalité. Saisi d'un acte réglementaire ou d'un contrat administratif, ce dernier examine les situations respectives des salariés, n'applique aucune présomption et juge que *"le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier"*²². Ce n'est que par exception, dans un souci de cohérence avec la chambre sociale, qu'il applique la présomption de justification lorsqu'un accord collectif prévoit une différence de traitement entre salariés de catégories professionnelles ou de fonctions différentes et refuse son application lorsque tel n'est pas le cas (CE 15 mars 2017, n° 389559 B et 17 mars 2017, n° 396815 B). Généraliser la présomption de justification donnerait à celle-ci le caractère d'une présomption irréfragable et conduirait à accroître les particularités du principe d'égalité en droit social, au risque de contradictions internes à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Car, bien qu'elle se présente comme une présomption simple cette présomption de justification est, ainsi que le notaient Elsa Peskine et Pierre Bailly, presque irréfragable. Elle impose en effet au salarié qui demande réparation pour atteinte au principe d'égalité, de prouver que l'avantage dont il a été privé n'avait pas de cause professionnelle, ce qui ne laisse subsister le principe que si l'avantage en cause relève de la vie privée du salarié, comme c'est le cas pour les primes de mariage ou les jours de congé dont bénéficient les parents d'un enfant malade ²³.

Elle implique, comme le relevaient les articles précités, un retrait presque total du juge, alors que rien ne permet de penser que les négociateurs des accords collectifs s'attachent au respect du principe d'égalité de traitement entre les salariés.

²² Arrêts GISTI Assemblée plénière 11 avril 2012 n° 322326, Aéroports de Paris 5 février 2018, n° 403230.

²³ Jean-Guy Huglo : Accords collectifs et principe d'égalité de traitement, Semaine Sociale Lamy, n° 1739, 10 octobre 2016.

Un tel retrait, intervenant alors que les ordonnances de septembre et décembre 2017 réduisent le champ de l'ordre public et confèrent la primauté, au sein de l'ordre conventionnel, à l'accord d'entreprise par rapport à la convention de branche serait d'autant plus dangereux que le rapport de force y est nécessairement déséquilibré, ainsi que le notait Pascal Lokiec.

L'extension de la présomption de justification des différences de traitement, contraire au droit de l'Union et indifférente aux conditions de travail des salariés les moins bien défendues, ne paraît pas souhaitable. Par conséquent il y a lieu d'écarter cette branche du moyen.

La deuxième branche soutient que la cour d'appel aurait dénaturé les écritures de la CRCM.

Cette dénaturation résulterait de ce que l'arrêt juge *“qu'aucune raison objective n'est alléguée, l'employeur ne s'expliquant en rien sur la justification de cette différence suivant la date de présence sur le site”*.

Cependant, comme l'a relevé la cour d'appel, il ne ressort pas de la lecture des conclusions de la CRCM que l'employeur ait expliqué ou justifié le fait que les mesures d'accompagnement ne bénéficient qu'aux salariés affectés à Saint-Lô avant le 1^{er} juin 2011.

Par conséquent, la deuxième branche du moyen peut être écartée.

La troisième branche prétend que le critère de la date de présence dans l'entreprise ne serait pas étrangère à toute considération professionnelle.

La cour d'appel a jugé à propos de ce critère *“ qu'aucune raison objective n'est alléguée, l'employeur ne s'expliquant en rien sur la justification de cette différence suivant la date de présence sur le site; (...) fondée uniquement sur cette date de présence sur le site que rien n'explique, la différence de traitement est étrangère à toute considération professionnelle.”*

Ainsi que le rappelle le rapport déposé le 17 décembre 2018, hors les cas de présomption de justification, lorsque les salariés établissent une différence de traitement il appartient à l'employeur de justifier des raisons objectives, réelles et pertinentes qui sont à l'origine de celle-ci ([Soc 10 octobre 2012, n° 11-10.454 P](#); [Soc 31 décembre 2017, n° 16-12.397 P](#)). Vous exercez sur ce point un contrôle lourd.

Il est vrai que la rédaction de l'arrêt attaqué peut paraître critiquable, dans la mesure où le fait que les différences de traitement soient ou ne soient pas étrangères à toute considération de nature professionnelle n'entre dans le débat que lorsque s'applique la présomption de justification.

La cour d'appel ayant au préalable et à juste titre écarté cette présomption, elle n'aurait donc dû s'interroger que sur le caractère objectif et pertinent des raisons sur lesquelles les différences étaient fondées.

Mais cet ajout dans la rédaction me paraît sans conséquence car la cour avait auparavant relevé que l'employeur ne s'expliquait pas sur la justification de cette différence suivant la date de présence sur le site. Il en ressort qu'il ne justifiait d'aucune raison objective et pertinente expliquant la différence de traitement entre les salariés.

La troisième branche du moyen peut donc être écartée.

Avis de rejet