

Textes et références

Article L. 140-2, L. 122-45, L. 133-5, L. 136-2 et L. 122-3-3 du code du travail

Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680

Cass. soc. 20 juin 2001, n° 99-43.905

Cass. soc. 13 mars 2002, n° 00-42.536

Cass. soc. 26 novembre 2002, n° 00-41.633

Cass. soc. 8 janvier 2003, n° 00-41.228

Cass. soc. 30 septembre 2003, n° 01-46.668

Cass. soc. 9 décembre 2003, n° 01-43.039

Cass. soc. 13 janvier 2004, n° 01-46.407

Cass. soc. 28 septembre 2004, n° 03-41.825 et n° 03-41.829

Cass. soc. 16 février 2005, n° 03-40.465

Cass. soc. 15 mars 2005, n° 02-43.560 et n° 02-43.616

Cass. soc. 25 mai 2005, n° 04-40.169

Cass. soc. 1^{er} juin 2005, n° 01-42.143

Cass. soc. 21 juin 2005, n° 02-42.658

Cass. soc. 11 octobre 2005, n° 04-43.026

Cass. soc. 8 novembre 2005, n° 03-46.080

Cass. soc. 9 novembre 2005, n° 03-47.720

Cass. soc. 18 janvier 2006, n° 03-45.422

Cass. soc. 28 avril 2006, n° 03-47.171

**Application du principe
« à travail égal, salaire égal »**

Juin 2006

1	Textes applicables et régime de la preuve.....	5
1.1	Régime juridique des actions en discrimination.....	5
1.2	Régime juridique des actions fondées sur l'égalité	6
2	Déroulement de l'action : rôle des parties.....	6
2.1	Démarche du salarié.....	6
2.2	Démarche de l'employeur : éléments objectifs.....	7
2.2.1	Ancienneté.....	7
2.2.2	Qualité du travail fourni	7
2.2.3	Expérience	8
2.2.4	Caractéristiques du poste.....	8
2.2.5	Nationalité des salariés.....	8
2.2.6	Difficultés de recrutement.....	8
2.2.7	Statuts différents des salariés	9
2.2.8	Date d'embauche des salariés.....	9
3	Cadre d'appréciation de l'égalité de salaire.....	9
4	Préconisations pour éviter les litiges	10
4.1	Éléments à prendre en compte	10
4.2	Fiches de fonction et entretiens annuels	11
4.2.1	Fiches de fonction.....	11
4.2.2	Entretiens d'évaluation.....	11

Vos notes et remarques :

Le code du travail et la jurisprudence imposent une égalité de rémunération entre les salariés placés dans une situation identique, c'est-à-dire effectuant des travaux exigeant un ensemble comparable de connaissances professionnelles, de capacités, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse.

La mise en œuvre de cette règle est source de difficultés et l'on constate depuis peu une augmentation significative des contentieux sur ce fondement. C'est ainsi que des salariés agissent aux prud'hommes, pour demander un rappel de salaires, au motif qu'ils occupent des fonctions identiques à celles d'un autre salarié et ont le même coefficient alors qu'ils n'ont pas la même rémunération.

Cette situation est évidemment très fréquente et risque de poser quelques difficultés à l'employeur qui individualise les rémunérations. Il devra alors justifier devant les tribunaux les critères objectifs justifiant la différence de rémunération. Compte tenu de la jurisprudence, l'issue du litige est incertaine pour l'employeur sauf s'il dispose d'éléments, établis dans l'entreprise, pour justifier un salaire différent, tels qu'une grille d'évaluation, une fiche de fonction...

1 Textes applicables et régime de la preuve

Le salarié peut fonder son action en rappel de salaire, s'il considère que l'employeur méconnaît le principe d'égalité, sur deux types de règles, chacune obéissant à son propre régime juridique : d'une part le principe de non discrimination, d'autre part le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, étendu à tous les salariés quel que soit leur sexe.

1.1 Régime juridique des actions en discrimination

L'article L. 122-45 du code du travail interdit les discriminations notamment en matière de rémunération, en raison de l'origine, du sexe, des mœurs, de l'âge, de la situation de famille... du salarié.

En cas de litige à ce propos, le salarié doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination et, au vu de ces éléments, il incombe au défendeur (l'employeur), de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Par conséquent, **si le salarié fonde son action sur la discrimination, le régime de la preuve est allégé et repose en pratique sur l'employeur.**

Autre spécificité des actions fondées sur la discrimination : **la prescription des actions est trentenaire**, comme l'a déclaré la Cour de cassation dans une affaire jugée le 15 mars 2005 (n° 02-43.560 et n° 02-43.616) : « l'action en réparation du préjudice résultant d'une telle discrimination, se prescrit par trente ans » et ceci alors même que le salarié demandait des dommages et intérêts pour réparer une perte de salaires résultant de la discrimination.

Vos notes et remarques

1.2 Régime juridique des actions fondées sur l'égalité

Le code du travail pose un principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, énoncé dans différents articles du code du travail (art. L. 133-5, L. 136-2, L. 122-3-3 ...).

La jurisprudence s'est saisie de cette règle pour l'étendre à l'ensemble des salariés, dans le fameux arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 (n° 92-43.680) : « 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** ».

Ainsi, le juge a généralisé à l'ensemble des salariés un texte concernant l'égalité entre les hommes et les femmes. Ce principe peut donc être évoqué en l'absence de toute discrimination.

En principe, le régime de la preuve des actions fondées sur l'égalité devraient obéir aux règles habituelles, ne bénéficiant pas d'un régime légal dérogatoire comme les actions en discrimination : il devrait donc incomber au demandeur (le salarié) d'apporter la preuve de ce qu'il revendique (l'inégalité de salaire).

Mais les juges ont renversé la charge de la preuve en fixant la règle suivante, dans une affaire où des salariés demandaient un rappel de salaire en se fondant sur le principe « à travail égal, salaire égal » : **il appartient au salarié de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de traitement et il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments étrangers à toute discrimination**, justifiant l'inégalité de traitement dont se plaignent les salariés (Cass. soc. 13 janvier 2004, n° 01-46.407).

De facto, le régime de la preuve est identique, que le salarié agisse sur le fondement de la discrimination ou sur le principe « à travail égal, salaire égal ».

Quant à la prescription de cette action, elle devrait en toute logique être limitée à 5 ans, sauf dans l cas où le salarié agit sur le fondement de la discrimination.

2 Déroulement de l'action : rôle des parties

Compte tenu des apports de la jurisprudence, il faut que le salarié, pour fonder son action, apporte des éléments de fait de nature à caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement sans exiger qu'il apporte la preuve d'une discrimination à son encontre.

2.1 Démarche du salarié

La charge de la preuve reposant principalement sur l'employeur, il suffit que le salarié soumette au juge des fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement.

Vos notes et remarques :

Il peut par exemple **produire des bulletins de paie ou autre document montrant qu'il n'a pas la même rémunération qu'un autre salarié de même qualification (coefficient fixé par la convention collective) et effectuant le même travail.**

Il a ainsi été jugé qu'était recevable l'action du salarié fondée sur la production de bulletins de paie faisant état de salaires différents alors que les fonctions étaient les mêmes et le coefficient aussi (Cass. soc. 28 septembre 2004, n° 03-41.825 et 03-41.829). Il s'agissait de deux chauffeurs ayant le même coefficient mais des salaires différents ; la Cour d'appel avait débouté le demandeur au motif qu'il ne prouvait pas qu'il fût dans une situation identique à celle de l'autre chauffeur ayant une rémunération plus élevée. Pour la Cour de cassation, il n'appartient pas au salarié de prouver l'identité de situation entre les salariés. C'est à l'employeur d'établir l'existence d'éléments objectifs justifiant la différence de rémunération. En conséquence, **la charge de la preuve repose principalement sur l'employeur.**

2.2 Démarche de l'employeur : éléments objectifs

Puisqu'il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant la différence de rémunération, il s'agit de savoir ce que la jurisprudence admet au titre des « éléments objectifs ».

A cet égard, **la jurisprudence est abondante et peut sembler contradictoire.**

2.2.1 Ancienneté

L'ancienneté peut être un élément objectif à condition qu'elle ne soit pas prise en compte dans une prime spéciale mais intégrée dans le salaire de base (Cass. soc. 20 juin 2001, n° 99-43.905).

Donc, s'il existe une prime d'ancienneté dans l'entreprise, la prise en compte de l'ancienneté pour justifier une différence de salaire ne peut être retenue (Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680).

2.2.2 Qualité du travail fourni

La qualité du travail fourni n'est pas un argument recevable sauf si elle est étayée par des éléments objectifs : la « médiocre qualité du travail fourni » ne justifie pas un moindre salaire car il ne s'agit pas d'un « critère objectif tenant à la différence de travail fourni » (Cass. soc. 26 novembre 2002, n° 00-41.633).

Mais, dans un arrêt plus récent (Cass. soc. 8 novembre 2005, n°03-46.080), la différence de qualité de travail a été considérée comme justifiant une inégalité de traitement, l'employeur ayant rapporté des éléments objectifs : il s'agissait de concierges ayant des salaires différents mais classés aux mêmes niveau et échelon. En l'occurrence, la Cour d'appel a admis les éléments cités par l'employeur.

Vos notes et remarques

Tout dépendra des éléments que l'employeur apporte comme mode de preuve devant les tribunaux. C'est aux juges du fond (prud'hommes et Cour d'appel) d'apprécier ces éléments, et non au juge de la Cour de cassation.

2.2.3 Expérience

Il a été jugé qu'il ne peut invoquer une différence de diplôme et d'expérience pour justifier une différence de rémunération, seuls étant admis « des critères objectifs tenant à la différence de travail fourni » (Cass. soc. 9 décembre 2003, n° 01-43.039).

A contrario, il a été jugé que l'expérience différente des salariés pouvait justifier un salaire inégal, même en présence d'une prime d'ancienneté dans l'entreprise : en l'occurrence l'employeur apportait la preuve de la différence d'expérience (Cass. soc. 16 février 2005, n° 03-40.465).

2.2.4 Caractéristiques du poste

Si un salarié a en charge des **tâches plus larges** qu'un autre salarié, dans un poste de travail identique, le salaire peut être différent (Cass. soc. 13 mars 2002, n° 00-42.536).

De même, une technicité particulière du poste de travail justifier un traitement inégal (Cass. soc. 8 janvier 2003, n° 00-41.228).

Il s'agira donc de pouvoir établir la différence des tâches...

2.2.5 Nationalité des salariés

Il a aussi été admis que le versement d'une prime d'expatriation à des étrangers pour les attirer sur un lieu de travail, afin de créer un pôle scientifique international n'allait pas à l'encontre du principe « à travail égal, salaire égal » (Cass. soc. 9 novembre 2005, n° 03-47 720).

2.2.6 Difficultés de recrutement

Il a été admis qu'était une raison objective **la nécessité de recruter de toute urgence une directrice de crèche devant remplacer la titulaire du poste** partie en congé maternité, pour éviter la fermeture de l'établissement (Cass. soc. 21 juin 2005, n° 02-42.658). Dans cette situation, le fait que la remplaçante soit mieux rémunérée que la titulaire du poste ne va pas à l'encontre du principe d'égalité de rémunération.

Cet arrêt marque un infléchissement de la position de la Cour de cassation qui admet que des critères économiques, et notamment le marché de l'emploi, justifient une différence de traitement.

Vos notes et remarques :

2.2.7 Statuts différents des salariés

L'appartenance des salariés à des statuts différents justifie une différence de traitement : tel est le cas de salariés de droit privé et fonctionnaires (Cass. soc. 11 octobre 2005, n° 04-43.026) ou encore de salariés en CDI et en CDD (Cass. soc. 28 avril 2006, n° 03-47.171). Dans ce second cas, le statut d'intermittent du spectacle d'une salariée ainsi que son ancienneté, non prise en compte par ailleurs, peut justifier à son profit une différence de rémunération. Il était mis en avant dans cet arrêt que les salariés en CDI bénéficiant de plusieurs avantages (mutuelle, titres restaurant, etc.), les salariés en CDD (intermittent du spectacle) pouvaient avoir une rémunération plus élevée, ce qui compensait leur précarité.

2.2.8 Date d'embauche des salariés

La question se pose aussi de savoir si la date d'embauche peut justifier une différence de salaire. Deux arrêts qui, au premier abord, semblent contradictoires, peuvent être cités.

La Cour de cassation a considéré dans une affaire concernant l'hôtel Ritz (25 mai 2005, n° 04-40.169) que la grille de salaires établie par l'employeur en 1992 lors du changement de mode de rémunération (passage d'un mode de rémunération au pourcentage par des salaires fixes) et applicable aux seuls salariés présents à cette date, devait néanmoins bénéficier aux salariés embauchés postérieurement. L'employeur considérait que cette grille était destinée à compenser une partie de la perte des avantages liés au changement de mode de rémunération et ne devait donc pas bénéficier aux salariés nouvellement embauchés, mais son argumentation n'a pas été retenue. Il faut noter que la grille de salaires résultait d'une décision unilatérale de l'employeur et non d'un accord collectif.

Dans une autres affaire, jugée le 1^{er} décembre 2005, dans le cas particulier des entreprises ayant réduit la durée du travail en versant un complément différentiel destiné à assurer le maintien de rémunération, la Cour a pris une position différente. Elle admet que l'accord collectif sur la RTT exclue les nouveaux embauchés du bénéfice du complément différentiel, n'étant pas dans une situation équivalente à celle des autres salariés. Dans cette affaire, c'est un accord collectif qui avait posé la règle.

Malgré leur apparente contradiction, la différence de solution entre ces deux arrêts s'explique principalement par l'existence d'un accord collectif. Un accord collectif peut prévoir une différence de rémunération en fonction de la date d'embauche. A l'inverse, l'employeur ne peut, unilatéralement, le prévoir.

3 Cadre d'appréciation de l'égalité de salaire

Si, en principe le cadre d'appréciation de la règle « à travail égal, salaire égal » est l'établissement, encore faut-il nuancer ces propos. Il est important de s'interroger sur l'origine des différences de traitement : existe-t-il ou non un accord collectif ?

Vos notes et remarques

Le principe de la reconnaissance de l'établissement, pour apprécier l'égalité de rémunération, résulte d'un arrêt du 1^{er} juin 2005 (n° 04-143) : **au sein d'une unité économique et sociale composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération des salariés, il ne peut y avoir de comparaison entre les différents sociétés composant l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi**, l'accord collectif « ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement ». Ainsi, chaque société constituant l'UES garde son autonomie en matière de politique de rémunération, sauf disposition légale ou conventionnelle contraire, et sous réserve que les salariés ne travaillent pas dans le même établissement.

Si la règle est la référence à l'établissement, il faut néanmoins faire état d'une jurisprudence interdisant la différence de traitement instituée par le chef d'entreprise, de façon unilatérale (hors négociation d'un accord collectif), entre différents établissements. L'employeur ne peut réserver le bénéfice d'une prime à certains établissements. L'ensemble des salariés de l'entreprise (donc de tous les établissements) doit en bénéficier (Cass. soc. 30 septembre 2003, n° 01-46.668).

A l'inverse, il est admis qu'un accord collectif prévoit des avantages spécifiques par établissement : ces accords d'établissement ne sont pas discriminatoires (Cass. soc. 18 janvier 2006, n° 03-45.422).

Là encore, il est évident que, selon que l'on a ou non un accord collectif, la solution est différente : **seul un accord collectif peut instituer des différences de traitement entre différents établissements.**

4 Préconisations pour éviter les litiges

Il ressort de la jurisprudence que **les contentieux sur l'égalité de salaire sont de plus en plus fréquents avec des résultats très incertains pour l'employeur.** Tantôt l'expérience, la qualité de travail... justifie une différence de traitement, tantôt elles ne le justifient pas.

Quelle leçon l'employeur doit-il tirer de l'étude de ces arrêts ?

4.1 Éléments à prendre en compte

En premier lieu, il faut noter que **la charge de la preuve repose principalement sur l'employeur.** Il suffit que le salarié produise des bulletins de paie faisant état de fonctions et coefficients identiques, alors que les salaires sont différents, pour fonder son action. Il appartient ensuite à l'employeur d'apporter des éléments objectifs pour justifier la différence de traitement.

En second lieu, il faut noter **qu'il appartient aux juges du fond de se déterminer, en se référant aux éléments objectifs apportés par l'employeur, pour justifier une différence de salaire.**

Vos notes et remarques :

Il est donc important que l'employeur ait des éléments concrets à disposition, dès lors qu'il rémunère de façon différente des salariés ayant les mêmes fonctions et le même coefficient.

4.2 Fiches de fonction et entretiens annuels

L'étude de la jurisprudence montre qu'il est souvent difficile pour l'employeur d'apporter des éléments objectifs à l'appui d'une différence de traitement.

La doctrine conseille aux employeurs de pré constituer des éléments objectifs, comme par exemple des fiches de fonction et des entretiens annuels.

4.2.1 Fiches de fonction

L'intérêt des fiches de fonction est de décrire les différentes tâches accomplies par chaque salarié.

En effet, le contrat de travail fixe généralement la fonction, sans détailler les tâches et missions accomplies, afin de laisser une certaine latitude à l'employeur pour modifier les tâches demandées.

Les tâches effectuées sont alors précisées dans une fiche de fonction qui devra évoluer au fil du temps, en fonction de l'évolution des tâches à accomplir. Cette fiche permettra à l'employeur de justifier que, malgré un coefficient et un libellé de fonction identiques, les tâches étant différentes, elles peuvent justifier une différence de salaire. Il faudra prendre garde à ne pas contractualiser la fiche de fonctions qui n'est donnée qu'à titre indicatif.

Ceci permettra de justifier que deux salariés ayant les mêmes fonctions n'ont pas le même salaire.

4.2.2 Entretiens d'évaluation

De même, des entretiens d'évaluation permettront d'avoir des éléments objectifs se référant à la qualité du travail, l'atteinte des objectifs, les résultats, le comportement... Ces différents éléments, évalués, voire notés, pourront ensuite justifier une différence de traitement entre les salariés.

Il est grand temps, dans les TPE, de mettre en place de tels entretiens qui serviront aussi à envisager avec le salarié les besoins de formation... ce qui est obligatoire dans bien des cas depuis la réforme de la formation professionnelle.

En conclusion, pour éviter des litiges à l'issue incertaine, l'employeur a vivement intérêt à avoir des éléments objectifs tenant notamment au travail fourni pour justifier une différence de rémunération entre les salariés, ce qui nécessiterait de veiller à bien préciser les différentes tâches incombant aux salariés, leur niveau de responsabilité... Même s'il apparaît lourd aux très petites entreprises de faire des fiches de fonction et des entretiens d'évaluation, l'intérêt de ces méthodes est évident.