



Editorial

"LA PEUR EST LE
COMMENCEMENT
DE LA SAGESSE..." *François Mauriac*

Il est topique de mesurer que, si le droit jurisprudentiel visant à lutter contre les discriminations n'a cessé de se développer, celui devant garantir le principe d'égalité de traitement s'amenuise quant à lui.

Les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement répondent de normes juridiques distinctes, tant au plan européen que dans notre droit interne :

- pour le principe de non-

discrimination, la directive n° 2000-78/ CE du 27 novembre 2000 et l'article 1132 - 1 du code du travail,

- pour le principe d'égalité de traitement, la directive du 9 février 1976, profondément

remaniée par la directive 2002-73/CE du 23 septembre 2002 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et, notamment, au plan interne, les articles L 1121-1, 3121-2, 3121-5 du code du travail...

Ces deux principes entretiennent, cependant, un rapport dialectique dont rend compte avec une grande pédagogie Monsieur Grégoire LOISEAU (RJS 8-9/18 pages 615 et suivantes) :

Sommaire

ÉDITORIAL	1 À 3
ACTUALITÉ	4

Votre JSA Infos vous est communiqué par :

RINGLÉ ROY & ASSOCIÉS
46 RUE SAINT JACQUES
13006 MARSEILLE

« Présentant l'avantage de se compléter, les deux principes œuvrent ensemble mais, à des points de vue différents, à l'égalité dans les relations de travail. Les points de vue sont différents car la notion de discrimination renvoie principalement à une perception de l'être dans son individualité, qu'elle soit identitaire (le sexe, les mœurs, l'âge, l'origine ethnique ou raciale...) ou sociale (situation de famille, convictions religieuses, appartenance syndicale...), au regard de laquelle il s'agit de protéger le sujet contre des différenciations dont il serait victime. L'égalité de traitement, dans son propre biotope, ne s'intéresse pas à l'individu subjectivement considéré au prisme d'éléments distinctifs mais en tant qu'il appartient à une collectivité, en l'occurrence la collectivité de travail. Il s'agit d'assurer objectivement une identité de condition aux personnes placées dans la même situation au sein de cette collectivité. »

Il s'agit bien là de deux principes fondamentaux et connexes, dignes du même intérêt puisque du même étiage mais dont, cependant, la garantie du champ d'application par la jurisprudence est devenue de portée bien différente, notamment en regard des conséquences induites :

- concernant le principe d'égalité de traitement, il s'agit de garantir l'homogénéité de la norme applicable à une collectivité avec, donc, un champ de portée large.

- concernant le principe de non-discrimination, il s'agit de garantir l'intégrité d'un seul individu avec un champ qui, le plus souvent, se limite au cas de l'espèce.

Si la jurisprudence de la Cour de cassation nous a trop souvent épuisés par ses évolutions, voire ses contradictions en de nombreux domaines,



que l'on nomme pudiquement revirements, il en est encore un nouvel exemple concernant ces deux principes !

Il est ainsi topique de mesurer que, si le droit jurisprudentiel visant à lutter contre les discriminations n'a cessé de se développer, celui devant garantir le principe d'égalité de traitement s'amenuise quant à lui, ainsi que les récentes chroniques en font foi :

- « *Egalité de traitement, un principe réduit à peau de chagrin* » SEMAINE SOCIALE LAMY, 2 juillet 2018,

- « *Le crépuscule de l'égalité de traitement* » REVUE DE JURISPRUDENCE SOCIALE 8-9/18

- « *Egalité de traitement : un jalon supplémentaire dans son processus d'éviction* » SEMAINE SOCIALE LAMY, 15 octobre 2018

Si la dissection de cette évolution se veut toujours plus subtile, sinon complaisante, pour ne critiquer que très rarement la jurisprudence mais, au contraire, toujours tenter d'en identifier l'intelligibilité, la réalité est sans doute plus prosaïque et peut, plus distinctement, s'expliquer par le fait que « la peur est le commencement de la sagesse ».

Sinon, comment s'expliquer

que la Cour de cassation, qui n'avait cessé de s'enhardir sur le volet du déploiement du principe de l'égalité de traitement depuis l'arrêt PONSOLLE (Cass. soc. 10-1996 RJS 12/96 n° 1272), fut habitée, bien des années après, mais soudainement, par un certain vertige dû à la conscience qu'il existait un risque sérieux de déséquilibrer, voire de ruiner, les sources de droit que constituaient les accords d'entreprise ou les conventions de branche.

C'est pourquoi, en 2015, la Cour de cassation s'est retranchée de cette menace en procédant à la neutralisation du principe d'égalité de traitement pour ce qui est du champ conventionnel, énonçant le principe selon lequel (Cass. soc. 27 janvier 2015, n°13-22.179) :

« *Les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers par-*

ticipent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. »

Cette circonlocution jurisprudentielle permettait ainsi à la Cour de cassation de ne pas endosser la responsabilité de ruiner les différences catégorielles prévues par les accords de branche concernant les durées de période d'essai, les minima applicables, les primes ou les montants des indemnités de licenciement résultant de négociations entre organisations patronales et syndicats de salariés. Bien lui en a pris !

Pour autant, était-il judicieux de faire repartir le balancier en sens inverse pour renoncer, à bas bruit, à être le gardien de l'égalité de traitement ?

Tel est bien pourtant ce que semble parachever la haute juridiction à travers moult décisions, dont la litanie complète sera épargnée au lecteur, mais dont il sera néanmoins rendu compte de la partition.

La partition de cette jurisprudence ayant permis à la Cour de cassation de faire refluer la portée du principe d'égalité de traitement, se joue en

deux séquences :

- le contrôle concernant l'égalité de traitement exige que soit établie, ab initio, une parfaite identité des situations au regard de l'avantage en cause. Dès lors, réfuter l'identité des situations suffit à exclure d'avoir à procéder à un contrôle au niveau de l'égalité de traitement.

C'est de la sorte que la Cour de cassation a écarté sans ambages l'application du principe d'égalité de traitement à des salariés licenciés à l'occasion de deux procédures de licenciements économiques, alors que ces procédures étaient directement successives et avaient le même fait générateur (Cass. Soc. 29-6-2017 n°15-21.008 FS-PBRI),

- pour autant que soit reconstruite l'identité des situations pour lesquelles le principe d'égalité est revendiqué, la différence de traitement peut être légitime si elle répond à des critères objectifs. Là encore les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de cassation sont, à tout le moins, surprenantes. En effet, après avoir jugé que la disparité du coût de la vie entre l'Ile-de-France et la province ne constituait pas une justification objective à la différence de traitement entre les salariés d'un éta-

blissement en Ile-de-France et ceux d'un établissement en province, la Chambre sociale s'est ravisée, prenant soudain conscience de la réalité. (Cass. soc. 5-5-2010 n°08-45.502 F-D., Cass. soc. 14-9-2016 n°15-11.386 FS-PBRI).

La dernière décision d'actualité semble marquer le franchissement d'une ultime étape :

Dans cette affaire, certains cadres de la société ont perçu un avantage s'apparentant à un 13e mois en vertu d'un usage d'entreprise de 2007 à 2015. Se prévalant du principe d'égalité de traitement, 39 salariés, ouvriers et employés de la même entreprise, ont sollicité le versement de la prime de 13e mois dont ils n'avaient pas bénéficié. La cour d'appel a fait droit à leur demande, après avoir énoncé que « *la seule différence de catégorie professionnelle ne peut en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* » (CA Riom, 24 janvier 2017, N°14-02.512).

Les juges du fond ont, de toute évidence, mis en œuvre le régime classique applicable en matière de contrôle

de l'égalité de traitement, à savoir :

- s'assurer que les salariés sont placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause ;

- si tel est le cas, s'assurer concrètement de la nécessité et de la pertinence des éléments objectifs justifiant la différence de traitement.

et non le régime dérogatoire forgé pour les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant d'accords collectifs pour lesquels a été instituée une présomption de justification, de sorte « *qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle* » (Cass. soc. 27 janvier 2015, n°13-22.179).

Cette position est pourtant censurée par la Cour de cassation, laquelle considère, dans son arrêt du 28 septembre 2018, 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.* » (Cass. Soc, 26 septembre 2018, n°17-15.101 P+B).

Ce raisonnement étonne à plus d'un titre puisque :

- la rémunération entendue comme contrepartie directe au travail est exclusivement celle prévue au contrat de travail, laquelle ne peut être modifiée sans l'accord du salarié ;

- tandis que les autres avantages, et notamment les primes versées en dehors de toute obligation contractuelle, procèdent d'usages ou de décisions unilatérales réversibles, sans que le

salarié ne puisse opposer une prétendue modification de son contrat.

D'évidence le biais choisi par la Cour de cassation lui permet d'écarter le régime classique de l'égalité de traitement, là encore pour se prémunir de conséquences exorbitantes qui résulteraient de l'application d'un tel principe.

La dégradation du principe est acquise à n'en pas douter.

Dès lors, certains s'interrogent sur la nouvelle articulation entre les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination qui peut naître de cette situation.

Ces deux principes qui répondaient d'objectifs distincts mais complémentaires, ainsi que rappelé en introduction, ne sont à présent et de fait plus du même rang, puisque le principe de non-discrimination est vivace et le principe d'égalité de traitement déclassé.

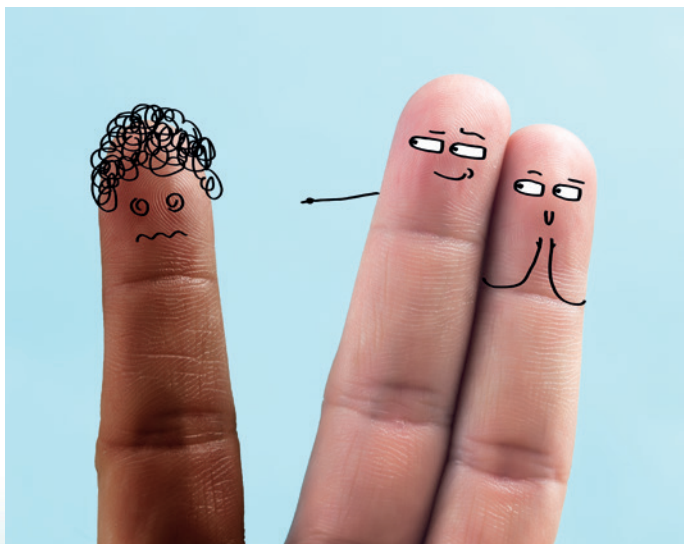
Faut-il en déduire que le principe de non-discrimination devient supplétif du principe d'égalité de traitement ?

Dans les faits très certainement.

En droit et en effectivité, assurément non, puisque ces principes, s'ils ne sont pas antinomiques, sont simplement connexes. Il en résulte que le principe de non-discrimination, s'il participe, bien évidemment, de la garantie d'une égalité de traitement, ne recouvre pas pour autant tout le champ que recouvre le principe de l'égalité de traitement.

En conclusion, s'il est des cas où le principe de non-discrimination est en mesure de remédier à la défection du principe d'égalité de traitement, cela ne sera pas le cas de manière générale.

Il n'y a, en effet, pas d'interopérabilité entre les deux principes.



DISPENSE DE RECLASSEMENT EN CAS D'INAPTITUDE MEDICALE, AMBIGUÏTES ET ENJEUX



Depuis le 1er janvier 2017, le Médecin du travail peut indiquer expressément dans son avis que :

- « *tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé* »

Ou

- « *l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi* »

L'employeur est, alors, dis-

pensé de rechercher un poste de reclassement.

Les Médecins du travail (semaine sociale Lamy 2018 n° 1832) s'interrogent :

- pour quelle raison a-t-on deux mentions libellées différemment sans qu'elles soient, par ailleurs, définies ?

- existe-t-il une mention dédiée aux situations d'inaptitude liées aux risques psychosociaux (RPS) ?

En effet, le bon sens commun conduit à considérer que :

- la mention « *tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé* » réputerait que les conditions de travail rendraient le reclassement impossible,

- la mention « *l'état de santé du salarié fait obstacle à tout reclassement dans un emploi* » réputerait une causalité propre au travailleur rendant impossible son reclassement,

et de considérer, pour les Médecins du travail, que leur serait dévolu le pouvoir d'affirmer si c'est le travail ou la santé qui rend impossible le reclassement, ce que certains jugent hors de leur champ de compétence, qui devrait rester circonscrit au domaine médical, tandis que d'autres recourent sys-

tématiquement à la mention « *tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé* » dans les cas de situations présumées de risques psycho-sociaux (71% sur un panel de 411 Médecins du travail interrogés).

Il résulte de ce constat que certains Médecins du travail considèrent exposer leur responsabilité et être attirés dans un champ qui relève du seul débat judiciaire.

Au surplus, si, bien évidemment, la mention « *tout maintien du salarié dans un emploi serait gravement préjudiciable à sa santé* » présente l'intérêt, pour l'employeur, de le dispenser de toute recherche de reclassement, elle présente le risque d'être exploitée, dans le cadre d'un contentieux faisant suite au licenciement, pour lui imputer la cause de l'inaptitude.

Dès lors, les employeurs doivent-ils se satisfaire de ce type d'avis ou, au contraire, formaliser un recours vis-à-vis de celui-ci ? Le débat reste, à ce jour, ouvert.

JSA C'EST AUSSI
LE SITE INTERNET
www.j-s-a.eu

