

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

La rémunération des compétences, aspects juridiques

Jean-Michel LATTES
Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1
Chercheur au Lirhe (UMR CNRS 5066)

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« La rémunération des compétences, aspects juridiques »

par

Jean-Michel LATTES

Maître de Conférences à l'Université Toulouse 1
Chercheur au Lirhe (UMR CNRS 5066)

INTRODUCTION

Le droit au salaire constitue une prérogative fondamentale de l'individu confortée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui reconnaît à tous "*des moyens convenables d'existence*"¹ alors que la Déclaration universelle des Droits de l'homme précise que "*quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante*"².

A l'origine simple contrepartie d'un travail effectué³, la rémunération est devenue la conséquence de l'occupation d'un emploi sans qu'existe nécessairement un lien avec les performances réelles d'un salarié⁴. Pourtant, et malgré la reconnaissance de la fonction de régulation de l'Etat aboutissant à la fixation d'un salaire minimum⁵, la loi du 11 février 1950 rétablit la libre négociation des salaires⁶ alors que la loi du 13 novembre 1982 rend obligatoire une négociation annuelle dans chaque branche d'activité comme dans chaque entreprise. Cette liberté demeure cependant une liberté encadrée. L'article 31 de la loi de 1950 relative aux conventions collectives consacre le principe du retour à la liberté de discussion des salaires tout en introduisant une restriction essentielle par l'institution du Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti (SMIG) en dessous duquel aucun salarié ne pourra être rémunéré en aucun point du territoire⁷. Le salaire relève désormais d'une logique sociale de protection

¹ "*La Nation garantit à tous (...) des moyens convenables d'existence*" ➔ J.Godechot, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion 1970.

² N.Valticos, *Droit international du travail*, Dalloz 1983.

³ On se situe ici dans le droit commun des obligations issu du droit civil des contrats. Il y a alors une parfaite correspondance entre l'exécution de la prestation de travail et la création de ce qui correspond à une véritable créance salariale. On parle de rémunération à la tâche, à la quantité œuvrée, à l'heure...

➔ Félix Pippi, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, Thèse L.G.D.J. 1966.

⁴ G. Lyon-Caen, *Le salaire, Traité de droit du travail*, Dalloz, t.2, 2^{ème} éd., 1981.

⁵ Le grand vent de réforme de la Libération ne prend pas en compte la dimension salariale même s'il est possible d'en trouver les fondements. En reconnaissant dans le Préambule de la Constitution de 1946 le droit à la sécurité sociale pour toute personne, le législateur ne pouvait échapper à une véritable réflexion sur le droit pour le salarié à un minimum vital.

⁶ Le Conseil Constitutionnel conforte cette liberté en la considérant comme « *un principe fondamental du droit du travail* » (Décisions du 11.06.1963 et du 21.07.1970).

⁷ *Revue Française du Travail*, Sept-Oct.1950.358.

détachée de sa logique économique⁸. Le salarié n'est plus un simple agent économique, il est reconnu comme un véritable "être de besoins"⁹ et son revenu ne doit pas dépendre des pertes ou des profits de l'entreprise¹⁰.

L'époque contemporaine réintroduit la prise en compte de l'individu par le moyen des techniques d'individualisation des rémunérations: augmentations en fonction des résultats observés, salaire variable au mérite, rémunération des compétences... La faiblesse actuelle de l'inflation et des augmentations de rémunérations corrélatives, le besoin de reconnaissance des individus, la prise en compte beaucoup plus importante du mérite, l'absence de véritables perspectives de carrières... tous ces éléments concourent à expliquer cette évolution.

De plus, la diversification et l'individualisation des techniques de rémunération amènent les responsables d'entreprises à appréhender cet acte de gestion non seulement comme une simple obligation réglementée mais, aussi désormais, comme le moyen d'atteindre des objectifs économiques dans une optique stratégique¹¹. A côté d'une rémunération fixe composée du salaire, des primes et autres gratifications qui découlent soit du poste occupé (pénibilité, risque...), soit des caractéristiques de la personne (expérience, ancienneté...), on trouve désormais des primes et avantages calculés à partir d'une évaluation des performances individuelles, soit par rapport à des objectifs fixés en début de période, soit par rapport aux résultats de la période précédente. La principale difficulté de ce type de rémunération réside dans le choix des critères de performance et dans la possibilité d'individualiser un résultat pour une grande partie des salariés¹².

De fait, pour les juristes, la notion de salaire se caractérise par son manque d'unité et les sommes versées destinées à améliorer la production¹³ ou à associer les salariés aux résultats de l'entreprise¹⁴ participent à la fragilisation du concept. De son côté, la gestion s'est emparée largement de ces logiques contemporaines pour développer le concept « d'individualisation » des rémunérations. Cette mutation fondamentale s'explique à la fois par des raisons techniques (assistance à la GRH par ordinateur¹⁵ ...) et par des raisons psychologiques (demande de la prise en compte des caractéristiques individuelles des salariés). Tout cela a pour finalité d'optimiser la valorisation des compétences et la promotion

⁸ La loi du 2 janvier 1970 instituant le SMIC (Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance) introduit dans notre législation sociale deux innovations particulièrement significatives :

- en indexant le minimum de rémunération sur la croissance, ce texte abandonne une conception par trop statique du minimum de subsistance pour y adjoindre désormais une logique nouvelle dite de "participation aux progrès de la société".
- la reconnaissance des besoins sociaux dans la détermination du minimum en cause consacre la prise en compte définitive du salarié comme être social à part entière.

Désormais détaché de logiques à finalités purement économiques, le salaire garanti inscrit le salarié dans son environnement social. Il n'est plus le strict " prix du travail", il correspond à une rémunération attachée à l'emploi.

⁹ Marie-Laure Morin, Démocratie sociale ou démocratie politique ? - La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives, *Ed. de l'Atelier*, 1998, pp. 179 et s.- F.Sellier, *Stratégie de la lutte sociale*, Ed. Ouvrières, 1956, p. 125.

¹⁰ Cette orientation semble partiellement remise en cause par le développement de la participation et de l'intéressement même si le droit contemporain écarte ce mode d'intégration du salarié à la vie économique de l'entreprise de la nature juridique du salaire et cela par la volonté de la loi elle-même.

➔ Pour une lecture classique de la jurisprudence sur le sujet, on se reportera à : Cass. Soc. du 9 avril 1987, *Bull. civ. V*, n°213.

¹¹ B. Sire et P. David, *Gestion Stratégique des Rémunérations*, Editions Liaisons 1993.

¹² G.Donnadieu, *Du salaire à la rétribution*, Editions Liaisons 1994 - G.Lantier, *Les rémunérations*, Du Mesnil Editeur 1993.

¹³ Primes de rendement, d'assiduité, d'ancienneté...

¹⁴ Primes de résultats, de productivité, participation aux bénéfices...

¹⁵ J-M Peretti, *Gestion des Ressources Humaines Assistées par Ordinateur*, Ed. Liaisons 1993.

du couple « *coûts des RH / satisfaction des salariés* », de nouvelles techniques de rémunérations facilitant la promotion de ces perspectives contemporaines¹⁶.

Pourtant, dans l'étude de la rémunération des compétences, les juristes apparaissent, le plus souvent, comme ceux qui limitent - voire même interdisent – toute évolution. De fait, la jurisprudence récente comme de nouveaux textes, souvent issus du droit de l'Union Européenne, peuvent sembler hostiles au processus d'individualisation des rémunérations plébiscité par certains gestionnaires ou économistes. L'étude détaillée des contraintes posées par ces textes et par les juges amène à nuancer cette appréciation. Ce n'est pas le principe même de l'individualisation des compétences que le droit français conteste mais les abus qui pourraient découler d'une application non maîtrisée. L'aspiration à la transparence des choix constitue dans notre société une donnée que les juges ne peuvent se permettre de négliger¹⁷.

De fait, au-delà du constat de l'existence d'un cadre juridique dont l'application constitue une contrainte dont on ne peut se défaire (Partie I), il convient de constater le fait que si les juristes exigent des garanties, ils n'en écartent pas pour autant toute démarche contrôlée d'individualisation des rémunérations (Partie II).

¹⁶ P.Louart, *Gestion des ressources humaines*, Eyrolles 1991 - J-M Peretti, *Ressources humaines*, Vuibert 1994 - J-M Peretti et Patrick Roussel (Coordonné par...), *Les rémunérations. Politiques et pratiques pour les années 2000*, Vuibert 2000.

¹⁷ Rapport du Conseil d'Etat 1996, « Rapport public sur le principe d'égalité », *EDCE* n°48, La Documentation française, 1997 - « La transparence et le secret », *EDCE* 1995, n°47, La Documentation française, 1996, pp. 13 à 179.

PARTIE I. Un cadre juridique contraignant.

Si les grands Principes issus du droit Français constituent la base des règles juridiques applicables en la matière, l'influence du droit européen se développe dans un domaine où la mixité de ses sources latines et anglo-saxonnes prend tout son sens.

A. Le Principe « *A travail égal, salaire égal* ».

Au-delà de textes généraux et parfois imprécis¹⁸, c'est la loi du 11 février 1950¹⁹ qui constitue le premier texte assurant véritablement l'organisation des salaires en France. Ce texte pose un double principe. Il détermine un salaire minimum légal et fait de la voie conventionnelle le support légitime de détermination des salaires.

Ce principe généraliste connaît une déclinaison particulière autour du problème des discriminations liées au sexe du salarié. Constatant que dans beaucoup d'entreprises à formation, emploi et investissement professionnels équivalents, les hommes et les femmes n'ont pas la même rémunération, ni la même carrière, le législateur français se penche sur le principe d'égalité de traitement des salariés. La loi du 22 décembre 1972 introduit le principe d'égalité entre les hommes et les femmes dans l'entreprise²⁰ alors que la loi Roudy du 13 juillet 1983 renforce la lutte contre la discrimination entre les sexes à tous les stades de la relation de travail²¹ en reprenant des logiques européennes²².

Plus largement, la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations renforce les moyens juridiques d'action lorsque des mesures discriminatoires directes ou indirectes portent, notamment, sur « *la rémunération, la formation, le reclassement, les affectations, la qualification, la classification, la promotion professionnelle, les mutations ou les renouvellements de contrats* »²³. Le salarié n'est désormais tenu que de « *présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination* ».

Dans la jurisprudence sociale traditionnelle, la Cour applique une lecture très stricte de ce Principe d'égalité. Les juges n'hésitent pas à prendre en compte de nombreux critères permettant de comparer les situations comme celui du temps de travail effectué²⁴, de la nature du travail effectué²⁵, du lieu d'activité²⁶, de l'organisation de l'entreprise²⁷, ... Les nombreuses décisions qui se situent dans cette thématique se basent systématiquement sur

¹⁸ Le Principe d'égalité est affirmé par la Déclaration de 1798 et il a fait l'objet d'une longue et importante construction jurisprudentielle du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. Le Préambule de la Constitution de 1946 évoque l'égalité entre les hommes et les femmes alors que la Cour de Cassation avait auparavant une lecture civiliste des rémunérations. Il est, aussi, possible de faire référence à la Convention de l'O.I.T. du 29 juin 1951 posant le principe d'égalité de rémunération entre la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale, au Traité de Rome dont l'article 119 (devenu article 141 CE) impose l'application d'un principe d'égalité des rémunérations, au Traité d'Amsterdam valorisant la notion de « *travail de même nature* »...

¹⁹ *JCP* 1950 – III – 15008 et 15023.

²⁰ Art. L. 140-2 et s. du Code du travail.

²¹ Recrutement, rémunération, formation et promotion.

²² La loi Genisson du 9 mai 2001 renforce encore le dispositif légal en créant, notamment, une obligation de négocier l'égalité professionnelle dans les entreprises alors qu'un décret d'application de ce texte en date du 12 septembre 2001 détaille les indicateurs concernant la rémunération.

²³ Art. L. 122-45 étendu du Code du travail.

²⁴ Cass. Soc. du 3.03.1965, Epoux Henry, *Bull. Cass. soc.* 1965, IV, n°177, p.146.

²⁵ C.A. de Reims du 4.03.1982.

²⁶ Cass. soc. du 5.01.1967, Ets. Hinou Mahajan, *Bull. Cass. soc.* 1968, n°4, p.3.

²⁷ Cass. soc. du 19.03.1980, SA A.E.G. Telefunken France / Marc, *Bull. Cass. soc.* 1980, n°273, p. 209.

l'existence ou non d'une justification par l'employeur²⁸. Il est possible d'évoquer l'émergence d'un véritable « *ordre public salarial* » dont l'exigence de justification constitue l'axe dominant. Il en résulte que lorsque la rémunération (ou un élément de celle-ci...) est fondée sur des objectifs à atteindre, les juges veillent au respect de critères préétablis, sans dimension disciplinaire²⁹ et sans possibilité de modification unilatérale arbitraire³⁰.

La Cour étend, par ailleurs, ses investigations aux accessoires aux salaires en leur appliquant la même rigueur juridique. La recherche de critères objectifs amène la Cour à contrôler, par exemple, les modes d'attribution des gratifications³¹ ou les critères d'attribution des primes³². En outre, le cadre de comparaison doit être défini et la Cour exclut que les différences constatées soient « *l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels* » comme, par exemple, lorsque la différence est justifiée par le simple découpage organisationnel de l'entreprise³³.

B. L'apport du droit européen.

L'apport majeur du droit communautaire porte sur la mise en œuvre de méthodes de vérification des inégalités faisant intervenir la recherche de la justification d'une différence de traitement en liaison avec la problématique de la preuve de la discrimination.

1. De l'égalité à la proportionnalité.

Si les textes fondateurs de l'Union Européenne ne traitent pas véritablement du Principe d'égalité³⁴, celui-ci va cependant connaître une véritable consécration au cours des deux dernières décennies. Ainsi, la Cour européenne considère que le fait d'appliquer des règles différentes à des situations comparables constitue une violation du droit communautaire³⁵ et que toute inégalité de traitement doit être justifiée par des différences de situation objectives³⁶. De fait, progressivement, est affirmé le fait que les disparités de traitement ne constituent une violation du Principe de non-discrimination que si elles apparaissent comme arbitraires. La spécificité du droit Communautaire, issu de traditions juridiques diverses, permet l'application d'une conception de l'égalité plus concrète que celle prévalant en France et le juge communautaire contrôle très précisément l'idée même de proportionnalité³⁷.

La Cour européenne oriente sa recherche vers des critères qui, en apparence objectifs, peuvent en réalité dissimuler des discriminations. Certaines décisions de la Cour permettent de mesurer les problèmes qui découlent d'une individualisation mal maîtrisée des

²⁸ Cass. soc. du 31.05.1978, Sté Foussat Varachaud / Montezin, *Bull. Cass. soc.* 1978, n°417, p. 315 – Cass. Soc. du 7.01.1976, Sté. Sica l'Avignonnaise/ Landrin, *Dalloz* 1976, IR. P.41.

²⁹ Cass. soc. du 10.07.2002, *RJS* 10/02, n°1066.

³⁰ Cass. soc. du 20.10.1998, *Bull. civ.*, n°436.

³¹ Cass. soc. du 5.08.1941, Agence Havas / Nesmon, *Dr. soc.* 1941, p.118, note Perrin.

³² Cass. soc. du 22.01.1981, Sté d'Acierie et de Fonderie de la Haute Sambre / Charbonneau, *Bull. Cass. soc.* 1981, n°56, p. 40.

³³ Cass. soc. du 8.10.2003, *Dr. soc.* 2003, p.310.

³⁴ L'article 119 du Traité de Rome évoque certes l'égalité entre les sexes mais dans un contexte économique. La CJCE considère cependant que ce texte est d'application directe en droit interne (C.J.C.E. du 8.04.1976, Defrenne / Sabrena).

³⁵ CJCE du 17.12.1959, Société des fonderies de Pont-à-Mousson, aff. 14-59, p.445.

³⁶ CJCE du 24.10.1973, Merkur / Commission, aff. 43-72, p.1055.

³⁷ Le rôle joué en la matière par le juge européen n'est pas neutre. Le juge français va être incité à suivre cette évolution et à élargir à tous les domaines ce contrôle de proportionnalité.

➔ CJCE du 19.10.1977, SA Moulins et huileries de Pont-à- Mousson, aff. 124/76 – CC. Décision n° 83-164 DC du 29.12.1983.

rémunérations. Le contrôle de la Cour européenne porte, en effet, sur les critères - apparents ou pas - susceptibles de dissimuler une discrimination derrière une individualisation en apparence objective³⁸.

Ainsi, le simple fait de distinguer des niveaux de rémunération sur la base des tâches effectuées peut se révéler discriminatoire. Dans une affaire où une différence de rémunération est constatée entre des hommes qui portent des caisses de champignons et des femmes qui en assurent le triage, la Cour de cassation s'aligne sur cette orientation en n'hésitant pas à considérer que la discrimination est constituée en raison de l'affectation des activités par sexe³⁹. La Cour européenne ouvre le champ à un véritable contrôle « *statistique* » ou par groupe de comparaison des différences de rémunérations⁴⁰. Dans sa volonté d'individualiser les rémunérations l'employeur doit donc veiller à éviter qu'une catégorie de salariés soit particulièrement favorisée par comparaison avec un autre groupe.

Dans le même esprit, les situations d'emploi doivent être analysées de manière comparable. La notation des salariés, support possible de l'individualisation des rémunérations, peut poser problème au juge européen lorsqu'elle a pour conséquence d'écarter de toute promotion professionnelle un groupe particulièrement exposé en raison des critères choisis pour évaluer les performances des salariés. Ainsi, le fait de suspendre une notation pendant toute la durée de l'absence d'un salarié est analysé par comme discriminatoire en raison des conséquences que cela induit sur la vie professionnelle des femmes en congés maternité. Celles-ci voient leur carrière professionnelle retardée. La jurisprudence française s'aligne désormais sur ces orientations en considérant ces critères comme discriminatoires⁴¹.

2. La preuve de la discrimination.

Alors qu'en principe, en droit français, la preuve est libre et, surtout, doit être assumée par le plaignant⁴², la directive du 15 décembre 1997⁴³ renverse la charge de la preuve dans les litiges relatifs à des discriminations suivant en cela une voie ouverte par la jurisprudence de la Cour européenne⁴⁴. Le salarié est désormais tenu d'établir des faits susceptibles de caractériser une discrimination mais l'employeur doit fournir au juge des éléments de justification établissant l'absence de discriminations. C'est un véritable renversement de la charge de la preuve qui est ici organisé⁴⁵. La Cour de cassation⁴⁶ puis la loi française vont

³⁸ CJCE du 9.09.1999, Krüger, n° C 281/97.

³⁹ Cass. soc. du 12.02.1997, *Bull.* n°58.

⁴⁰ CJCE du 9.02.1999, Seymour-Smith, n° C 167-97.

⁴¹ Cass. Soc. du 16.07.1998, Thibault, *Bull.* n°392.

⁴² P. Rongere, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.* 1990.99.

⁴³ N° 97/80/CE.

⁴⁴ CJCE du 13.05.1986, Bilka / Kaufhaus, 170/ 84 , *Rec. CJCE* p. 1607 - du 17.10.1989 , Danfoss du 9.02.1991, Seymour / Smith, C 167/97, *Rec.* p. I-623 - du 27.10.1993, Enderby, aff. 127/92, *Rec. CJCE* p. I-5535.

⁴⁵ M-Th Lanquetin, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. Soc.* n°5, mai 1995 et « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. Soc.* n°6, juin 2000, p.589 – Michel Miné, « Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Dr. Ouvrier*, mars 2000, p.97.

⁴⁶ La Cour de Cassation adopte le régime probatoire élaboré en droit communautaire sans attendre la transposition en droit national de la directive.

→ C. Cass. du 13.01.2004, Selles / SSM Moselle Est, *Dr. soc.* 2004, p. 307, note Ch. Radé - C. Cass. du 23 .11.1999, CEA / S., note Lanquetin, *Dr. Soc.* 2000, p. 589 ou *Bull. civ.* V, n°447 – C.Cass. du 28.03.2000, Dick et Fluchère / SNCF, *Bull. civ.* V, n°126 ou *Dr. soc.* 2000.593, note M-Th. Lanquetin ou « Preuve de la discrimination syndicale entraînant un retard dans le déroulement de la carrière », *Jurisp.Comm.*, *Rec. Dalloz* du 19.10.2000, pp. 375-376, Obs. J-M Lattes – C. Cass. du 4.07.2000, *Bull. civ.* V n°264, *Dr. soc.* 2000.919, Obs. J. Mouly - C.Cass. du 28.11.2000, Harba.

La Cour impose ce dispositif lorsque le salarié allègue une inégalité de traitement.

rapidement intégrer ces évolutions en renforçant l'exigence de contrôle de l'objectivité de la mesure prise par l'employeur.

La jurisprudence européenne se base essentiellement sur une conception « qualitative » en considérant que « la portée de la notion de travail de valeur égale visée à l'article 119 du Traité revêt un caractère purement qualitatif »⁴⁷. L'appréciation du juge peut certes s'inspirer d'indications générales figurant dans une convention collective mais il tiendra compte d'éléments concrets et précis portant, en particulier, « sur les conditions de formation et sur la nature et les conditions de travail »⁴⁸.

Par suite, la Cour européenne admet que si le demandeur se doit d'avancer des éléments révélant une différence de traitement, il incombe à l'employeur de démontrer que ses choix reposent sur des raisons objectives, proportionnées au but poursuivi et étrangères à toute discrimination prohibée⁴⁹. De fait, les techniques d'individualisation des rémunérations obligent à une véritable transparence. La Cour de cassation intègre cette exigence dans la gestion de la preuve des discriminations en cas d'écarts constatés entre le traitement différencié de deux salariés⁵⁰. Elle sanctionne sur cette base le versement de rémunérations⁵¹ ou d'attribution de droits d'options⁵² différenciés sur la base de critères de nationalité

PARTIE II. Une possible individualisation.

L'ensemble des contraintes qui précèdent amène à s'interroger sur la réalité du pouvoir de l'employeur. Le droit européen et ses conséquences sur le droit français traduisent clairement les limites de ses prérogatives lorsqu'il base l'attribution d'avantages particuliers sur des raisons, certes inhérentes aux qualités d'une personne, mais débouchant sur une véritable rupture de l'égalité entre les salariés d'une même entreprise. Celui-ci a-t-il le droit d'évaluer le travail des salariés et d'en tirer toute conséquence en matière de rémunération? Les juges ne s'opposent pas à cette évaluation mais ils n'acceptent une individualisation des rémunérations qu'à la condition expresse que la variation qui en résulte soit fondée sur des éléments objectifs.

A. Une jurisprudence constante dans ses objectifs.

Le célèbre arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996 permet de mesurer les exigences des juges dans la régulation des pouvoirs de l'employeur⁵³. La Cour considère, en effet, que

→ C. Cass. du 10.10.2000, L'Oréal, *Bull. civ.* V, n° 317.

On lira : P. Bailly, « L'égalité des salariés en droit du travail », Rapport de la Cour de cassation 2003, *Doc. Française* 2004 - Ph. Waquet, « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003.276.

⁴⁷ CJCE du 26.06.2001, Brunnhofer.

⁴⁸ CJCE du 31.05.1995, Royal Copenhagen.

⁴⁹ Cette orientation qui résulte de l'application de la directive de 1997 est reprise dans la directive 2000/78/CE du 27.11.2000 définissant un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Ces textes européens sont repris en droit interne par la loi du 16.11.2001 (Art. L. 122-45 et L. 123-1 du Code du travail).

⁵⁰ Cass. soc. du 17.10.1989, Danfoss, n° 106/88.

⁵¹ Cass. soc. du 10.12.2002, Institut Goethe, *Bull.* n°373.

⁵² Cass. soc. du 17.06.2003, Alitalia, *Bull.* n°195.

⁵³ *Bull. civ.* V n° 359 - *D.O.* 1997.149, Note H. Peschaud - *Dr. soc.* 1996.1013, note A. Lyon-Caen - *D.* 1999, somm. 159, obs. M-Th Lanquetin - *GADT*, Dalloz 2004, n° 68, p. 253 -

« l'égalité de rémunération selon les sexes n'est que l'application d'un principe général du droit », à savoir, « à travail égal, salaire égal ». On peut en déduire que l'égalité de rémunération ne peut être entendue comme une simple égalité au sens mathématique du terme mais qu'il faut l'entendre comme une véritable égalité de traitement imposée par la loi. Au-delà du respect d'une simple règle, la Cour de cassation érige cette orientation en véritable principe, généralisant ainsi les dispositifs particuliers figurant dans le code du travail en vue de lutter contre les discriminations⁵⁴. L'arrêt établit, par ailleurs, la nécessité de mettre en place un système d'évaluation et de rémunération des performances transparent et compréhensible par tous⁵⁵. L'employeur ne peut attribuer d'avantages à ses salariés que s'il détermine des conditions préalablement définies et contrôlables.

Dans l'exercice de son pouvoir d'investigation, le juge n'hésite pas à comparer les rémunérations de salariés placés dans la même situation. Utilisant les possibilités nouvelles offertes par la loi du 16 novembre 2001, il accepte de baser son analyse sur de simples commencements de preuve d'inégalités voire sur de simples indices de discrimination⁵⁶. L'essentiel de l'effort de preuve que doit assumer l'employeur porte désormais sur l'existence de critères objectifs justifiant une différence de rémunération et non uniquement sur la réalité d'une discrimination. Il lui revient de démontrer la différence de pénibilité des tâches affectées, les contraintes spécifiques de chaque poste voire même les écarts objectifs de compétence entre deux salariés travaillant dans des fonctions proches. Si l'employeur est en droit de prendre en considération les compétences techniques des salariés, il ne peut utiliser des critères subjectifs pour attribuer de manière arbitraire des avantages en matière de rémunérations. Ainsi, la Cour a décidé que le fait pour un employeur de se baser sur « *la médiocre qualité du travail accompli par un salarié* » constituait une appréciation subjective susceptible de constituer une justification⁵⁷.

La jurisprudence est parfaitement claire, « *une différence de traitement entre les salariés au sein d'une même entreprise ne constitue pas une discrimination au sens de l'article L.122-45 du Code du travail* »⁵⁸. L'exigence d'égalité de traitement requiert que, dans un groupe déterminé, tous soient traités sur la base de critères identiques et constants. De fait, l'égalité de traitement n'exclut nullement différences et distinctions. Seul l'arbitraire est condamné au nom de l'impérieuse exigence de la justification de toute décision par des raisons objectives. Cette contrainte se retrouve dans le domaine des avantages⁵⁹ attribués aux salariés et il est permis de considérer que lorsque le pouvoir de direction se manifeste, il est soumis à la capacité d'afficher des critères objectifs et vérifiables au nom de la rupture avec l'arbitraire.

⁵⁴ Cette orientation forte portée par la jurisprudence a été critiquée par une partie de la doctrine, celle-ci considérant que les juges dépassaient les règles fixées par les textes.

➔ Ph. Langlois, « La Cour de cassation et le respect de la loi », *D.* 1997, chr. 45.

La Cour a cependant maintenu, voire renforcé, cette orientation.

➔ Cass. soc. du 18.05.1999, *Dr. soc.* 1999.747, obs. Radé – Cass. soc. du 13.01.2004, *Dr. soc.* 2004.307, obs. Radé.

⁵⁵ D'autres décisions complètent ce dispositif et confirment la responsabilité attribuée à l'employeur dans l'établissement d'une raison objective justifiant une différenciation des salariés. Les règles déterminant l'octroi d'avantages particuliers à certains salariés doivent être préalablement définies et contrôlables.

➔ Cass. soc. du 15.11.1998, Soc. Aubin / P.Chatet, *Dr. soc.* 1999.187, obs. M. Bonnechère – *D.O.* 1999.169, note H. Peschaud.

⁵⁶ L'article L. 122-45 modifié du Code du travail énumère de nombreux critères de distinction illicites.

⁵⁷ Cass. soc. du 26.11.2002, Peintamelec, *Bull* n°354 – *RJS* 2/03.

Voir aussi : Cass. soc. du 13.01.2004, *RJS* 3/04, n°290.

⁵⁸ Cass. soc. du 27.10.1999, EDF / Chaize et autres, *Dr. soc.* 2000.185, note G. Couturier.

⁵⁹ Cass. Soc. du 10.07.2001, Viellard, *Bull. Civ.* V, n°25 – *Dr. soc.* 2001.1012, obs. C. Radé.

B. Des critères à définir.

On peut déduire de l'exigence d'égalité de traitement qu'il est nécessaire d'appliquer les mêmes critères à tous. Pourtant cela ne permet pas de tout résoudre et il convient de déterminer « *le périmètre des égaux* »⁶⁰. L'impératif d'égalité entre les salariés ne signifie pas qu'un régime uniforme doit être mis en œuvre dans l'entreprise et une différence de traitement peut trouver son origine dans une différence de situation.

Le chef d'entreprise peut, légitimement, dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de direction, fixer - pour des personnes exerçant des fonctions similaires - des rémunérations différentes pour tenir compte notamment de leur expérience ou de leurs qualités professionnelles et, de fait, de leurs compétences. En revanche, il résulte du principe « *à travail égal, salaire égal* » que l'employeur ne saurait générer de discriminations injustifiées entre les salariés dès lors que ceux-ci sont placés en situation identique.

Les « *insuffisances techniques* » d'un salarié constituent, dans cette logique, des éléments objectifs justifiant une inégalité de traitement à condition qu'ils soient parfaitement établis. En l'espèce, les juges relèvent le fait que l'employeur apporte des éléments de preuve précis établissant la réalité de ces insuffisances⁶¹. Ici encore, l'évolution du droit de la preuve des discriminations se révèle déterminante. La Cour confirme le fait que des différences de classification des salariés sur un même emploi doivent être justifiées par des critères objectifs étrangers à toute discrimination⁶². Cette évaluation se révèle cependant plus facile à établir dans des entreprises à fort effectif et à faibles écarts de qualifications.

La récente décision de la Cour d'appel de Montpellier permet d'éclairer le problème en définissant clairement les attentes des juges en matière d'évaluation des compétences⁶³. La Cour reproche, en effet, à l'employeur de ne pas avoir rapporté la preuve de l'absence de discrimination sur un problème de mesure de compétence. Les magistrats relèvent, en particulier, que l'employeur s'était borné à de « *simples pétitions de principes et à la production d'éléments étrangers au débat* » tout en refusant de présenter à l'expert les éléments de comparaison utiles. L'exigence de transparence est évidente. A l'inverse, la Cour d'appel de Grenoble admet des individualisations de rémunérations lorsque les critères déterminant la performance des salariés sont « *préétablis, objectifs, connus et contrôlables* »⁶⁴.

L'évolution du risque de la preuve fait que les juges n'hésitent plus à ériger en principe cette exigence de justification⁶⁵. La difficulté pour l'employeur est d'arriver à présenter des éléments objectifs permettant de dégager des différenciations entre salariés et donc d'individualiser les rémunérations. Si cela reste relativement facile lorsque l'on se base sur la nature des fonctions exercées ou sur un rendement évaluable, il est beaucoup plus complexe d'estimer et de mesurer des différences qualitatives. L'employeur se doit de répondre aux juges et de justifier une individualisation créant des différences entre les salariés en fonction de leurs mérites respectifs. Les entretiens annuels d'évaluation permettant de définir des objectifs individuels à atteindre peuvent répondre à ces nouveaux besoins. La formalisation de ces entretiens, leur régularité, la capacité pour le salarié de répondre et de se justifier, la rédaction de rapports bilans établissant leur réalité et, si possible, leur acceptation

⁶⁰ Cf. *GADT*, p. 261 (op. cit.).

⁶¹ Cass. soc. du 28.06.2000, n° 98-41.278.

⁶² C. cass. du 13.02.2002.

⁶³ Cour d'appel de Montpellier du 25.03.2003, *IBM France / B.*

Voir aussi : Cass. soc. du 18.01.2000, *Bull. civ. V*, n° 25 ou *Dr. soc.* 2000. 436, obs. C. Radé.

⁶⁴ C.A. de Grenoble du 13.11.2002, n° 02-687.

Voir aussi : C.Cass. du 2.07.2002, *X. / Fidal*, n° 00-13111 - C.Cass. du 10.07.2002, *AFPA / AFPA*, n° 00-42368.

⁶⁵ Cass. soc. du 13.01.2004, *Dr. soc.* 2004. 307, obs. C. Radé – Cass. soc. du 26.11.2002, *RJS* 2/03, n° 178 – Cass. soc. du 26.05.1999, *Dr. soc.* 2000.773, note C. Radé.

par le salarié... peuvent permettre à l'employeur de se justifier face à un juge en cas de recours du salarié. D'autres méthodes sont à imaginer (expertises, évaluations, audits externes...) pour arriver à donner une réalité acceptable par le juge à des pratiques trop souvent assises sur des éléments subjectifs. Le juge Européen admet la différenciation⁶⁶ tout en laissant aux juges nationaux le soin de déterminer la pertinence des arguments avancés par l'employeur⁶⁷ afin de respecter les orientations économiques et sociales propres à chaque pays de l'Union Européenne⁶⁸. Il revient alors aux employeurs de mettre en exergue les facteurs de différenciation comme la pénibilité du travail⁶⁹, l'engagement du salarié, sa polyvalence, son expérience, son adaptabilité, sa capacité de réaction... tout en garantissant la mesure et l'évaluation de ses qualités professionnelles.

CONCLUSION

La notion même de rémunération n'est pas perçue de la même façon par les juristes et par les gestionnaires, ce qui suscite parfois incompréhensions et rend difficile la mise en œuvre de dispositifs communs dans l'entreprise. Alors que, pour les juristes, la rémunération constitue avant tout la contrepartie de la prestation de travail accomplie dans le cadre du contrat de travail⁷⁰, pour les gestionnaires, la notion de rémunération débouche sur une réflexion sur l'efficacité et la rentabilité du salarié dans l'entreprise. L'usage du mot « *rétribution* » leur permet d'intégrer à la fois le salaire de base et les primes fixes qui sont liées à l'emploi occupé mais aussi les avantages individuels et collectifs susceptibles d'être attribués par l'employeur en particulier sur la base de critères de performance, les avantages en nature et les rémunérations dites « *différées* » (stocks-options, retraites par capitalisation, compléments prévoyances...). Parfois même, dans une perspective élargie, les gestionnaires y ajoutent différents éléments pouvant être assimilés à des rémunérations comme l'intérêt des activités confiées, la qualité de l'environnement de travail ou les opportunités de carrière⁷¹. De fait, la rémunération constitue, pour le gestionnaire, un élément de gestion des ressources humaines. Alors que le juriste associe le salaire à l'emploi, le gestionnaire se préoccupe plutôt du titulaire de l'emploi.

La problématique de la rémunération des compétences amène le juriste à s'interroger sur la réalité de l'exercice du pouvoir de l'employeur dans l'entreprise⁷². Ce pouvoir, à l'origine discrétionnaire, est aujourd'hui d'une toute autre nature. De plus en plus soumis au droit, ce pouvoir est désormais contrôlé par les juges. L'employeur se doit donc d'être transparent et de motiver ses actes. L'analyse de cette motivation constitue l'axe dominant de l'intervention judiciaire qui, sans remettre en cause la nature même du pouvoir patronal, en

⁶⁶ CJCE du 27.10.1993, Enderby, affaire C-127/92.

⁶⁷ Cass. soc. du 10.10.2000, *BV* n°317, p. 247.

⁶⁸ Les perceptions libérales propres à l'Angleterre ne se retrouvent pas dans la jurisprudence française développant une perception beaucoup plus restrictive des justifications de l'employeur.

► M-A Moreau, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002.112.

⁶⁹ Ce type de critère est plus difficile à utiliser qu'autrefois. La Cour de cassation écarte ce type d'arguments lorsque cela a pour conséquence de favoriser les hommes par rapport aux femmes (Cass. soc. du 12.02.1997, *Dr. soc.* 1997, p.526, note M-T Lanquetin). Désormais les juges considèrent que la fatigue nerveuse est comparable à la fatigue physique et que la notion de « *travail de force* » n'est pas, en soi, suffisante pour justifier une différenciation.

⁷⁰ Les juristes intègrent cependant d'autres réalités pour définir ce qui apparaît comme une notion complexe et protéiforme ► J. Hauser, « La notion de salaire en droit privé », *Mélanges Despax*, Presses Universitaires de l'Université Toulouse 1, 2002, p. 373 - D. Hennebelle, *Essai sur la notion de salaire*, thèse Toulon, 1999 – P-H Antonmattei, La qualification du salaire, *Dr. soc.* 1997.571.

⁷¹ B. Sire et P. David, op. cit.

⁷² *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz 2002, sous la direction de Jean Pélissier.

régule l'expression. Le contrôle des juges ne porte pas sur les choix gestionnaires de l'employeur. Il porte sur son silence ou, au moins, sur son défaut d'explication traduisant ainsi la progression du pouvoir judiciaire dans la régulation des rapports de travail⁷³.

Plus que jamais, les juristes ont besoin de critères vérifiables. Leur collaboration avec les économistes et les gestionnaires prend ici tout son sens⁷⁴ pour tenter d'aboutir à une définition consensuelle permettant aux praticiens des ressources humaines de développer des stratégies d'individualisation sans risque juridique. Alors, et alors, seulement, le passage de la notion de « *paie* » à celle de « *rétribution* » rendra compatible la lecture juridique et gestionnaire des rémunérations.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- Donnadieu G., *Du salaire à la rétribution*, Editions Liaisons 1994
- Godechot J., *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion 1970.
- Hennebelle D., *Essai sur la notion de salaire*, thèse Toulon, 1999.
- Lantier G., *Les rémunérations*, Du Mesnil Editeur 1993.
- Louart P., *Gestion des ressources humaines*, Eyrolles 1991
- Lyon-Caen G., *Le salaire, Traité de droit du travail*, Dalloz, t.2, 2^{ème} éd., 1981.
- Péliissier Jean (Sous la direction de...), *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz 2002.
- Peretti J-M,
 - o *Ressources humaines*, Vuibert 1994
 - o *Gestion des Ressources Humaines Assistées par Ordinateur*, Ed. Liaisons 1993.
- Peretti J-M et Roussel P. (Coordonné par...), *Les rémunérations. Politiques et pratiques pour les années 2000*, Vuibert 2000.
- Pippi Félix, *De la notion de salaire individuel à la notion de salaire social*, Thèse L.G.D.J. 1966.
- Roussel P., voir Peretti J-M.
- Sellier F., *Stratégie de la lutte sociale*, Ed. Ouvrières, 1956, p. 125.

⁷³ J-E Ray, « L'utilisation du juge judiciaire dans les rapports de travail », *Mélanges Percerou*, Vuibert, 1994.165 – J-M Lattes, « Pouvoir et juge », *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz 2002, pp. 79 et s. et « Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés », *Pouvoir et Gestion*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Coll. Histoire, Gestion, Organisation n°5, 1997, pp. 261 et s.

⁷⁴ Pour une collaboration de ce type autour de la thématique de la discrimination, on lira : En collaboration avec R.Boumadhi, J-M Lattes et J-M Plassard : "*Marché du travail et lutte contre la discrimination: une approche pluridisciplinaire*" - Revue Droit et Société, 1 / 52, décembre 2002, pp.487 à 508 - *La discrimination sur le marché du travail : les approches juridique et économique*" - Tome 1 des Actes " Efficacité Versus Equité en économie sociale " - Editions L'Harmattan - Septembre 2000, pp.349 à 360 - "*Discrimination et marché du travail : une lecture pluridisciplinaire*" - Note du Lirhe - n°315 (00-17) - Publication du Lirhe/CNRS - Juillet 2000 - 20 p.

- Sire B. et P.David, *Gestion Stratégique des Rémunérations*, Editions Liaisons 1993.
- Valticos N., *Droit international du travail*, Dalloz 1983.

Rapports

- « La transparence et le secret », *EDCE* 1995, n°47, La Documentation française, 1996, pp. 13 à 179.
- Rapport du Conseil d'Etat 1996, « Rapport public sur le principe d'égalité », *EDCE* n°48, La Documentation française, 1997
- Bailly P., « L'égalité des salariés en droit du travail », Rapport de la Cour de cassation 2003, La Documentation française 2004.

Articles

- Antonmattei P-H, « La qualification du salaire », *Dr. soc.* 1997.571.
- Bonnechère M., Obs. sur Cass. soc. du 15.11.1998, Soc. Aubin / P.Chatet, *Dr. soc.* 1999.187,
- Boumadhi R., voir Lattes J-M.
- Couturier G., Note sur Cass. soc. du 27.10.1999, EDF / Chaize et autres, *Dr. soc.* 2000.185,
- Hauser J., « La notion de salaire en droit privé », *Mélanges Despax*, Presses Universitaires de l'Université Toulouse 1, 2002, p. 373.
- Langlois Ph., « La Cour de cassation et le respect de la loi », *D.* 1997, chr. 45.
- Lanquetin M-T,
 - o «Un tournant en matière de preuve de la discrimination », Note sur C. Cass. du 23 .11.1999, CEA / S., *Dr. Soc.* 2000, p. 589
 - o Note sur C.Cass.du 28.03.2000, Dick et Fluchère / SNCF, *Dr. soc.* 2000.593.
 - o Note sur Cass. soc. du 12.02.1997, *Dr. soc.* 1997, p.526.
 - o « Discrimination en raison du sexe », *Dr. soc.* Juillet – Août 1998, p.688.
 - o Obs. sur C. Cass. du 29.10.1996, *D.* 1999, somm.159.
- Lattes J-M,
 - o « Pouvoir et juge », *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz 2002, pp. 79 et s.
 - o « Preuve de la discrimination syndicale entraînant un retard dans le déroulement de la carrière » - Observation sur Cass.Soc. du 28.03.2000, Fluchère / SNCF - *Jurisp.Comm.- Rec. Dalloz* du 19.10.2000, pp. 375-376.
 - o « Pouvoirs de l'employeur et libertés des salariés », *Pouvoir et Gestion*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Coll. Histoire, Gestion, Organisation n°5, 1997, pp. 261 et s.
 - o En collaboration avec R.Boumadhi et J-M Plassard :
 - « Marché du travail et lutte contre la discrimination: une approche pluridisciplinaire » - *Revue Droit et Société*, 1 / 52, décembre 2002, pp.487 à 508.
 - « La discrimination sur le marché du travail : les approches juridique et économique"- Tome 1 des Actes " Efficacité Versus Equité en économie sociale " - *Editions L'Harmattan* - Septembre 2000, pp.349 à 360.
 - « Discrimination et marché du travail : une lecture pluridisciplinaire » - Note du Lirhe - n°315 (00-17) - *Publication du Lirhe/CNRS* - Juillet 2000 - 20 p.

- Lyon-Caen A., Note sur C.Cass. du 29 octobre 1996, Ponsolle, *Dr. soc.* 1996.1013.
- Miné Michel, « Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination », *Dr. Ouvrier*, mars 2000, p.97.
- Moreau M-A, « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 2002.112.
- Morin Marie-Laure, Démocratie sociale ou démocratie politique ? - La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives, *Ed. de l'Atelier*, 1998, pp. 179 et s.
- Mouly J., Obs. sur C. Cass. du 4.07.2000, *Dr. soc.* 2000.919.
- Perrin., Note sur Cass. soc. du 5.08.1941, Agence Havas / Nesmon, *Dr. soc.* 1941, p.118,
- Peschaud H., Note sur Cass. soc. du 15.11.1998, Soc. Aubin / P.Chatet, *D.O.* 1997.149.
- Plassard J-M, voir Lattes J-M.
- Radé C.,
 - o Obs. sur Cass. soc. du 13.01.2004, *Dr. soc.* 2004. 307.
 - o Obs. sur Cass. Soc. du 10.07.2001, Viellard, *Dr. soc.* 2001.1012.
 - o Obs. sur Cass. soc. du 18.01.2000, *Dr. soc.* 2000. 436.
 - o Obs. sur Cass. soc. du 18.05.1999, *Dr. soc.* 1999.747.
 - o Note sur Cass. soc. du 26.05.1999, *Dr. soc.* 2000.773.
- Ray J-E, « L'utilisation du juge judiciaire dans les rapports de travail », *Mélanges Percerou*, Vuibert, 1994.165.
- Rongere P., « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », *Dr. soc.* 1990.99.
- Waquet Ph., « Le principe d'égalité en droit du travail », *Dr. soc.* 2003.276.