

**ACCORD COLLECTIF – ÉGALITÉ DE TRAITEMENT.** Par un arrêt du 3 avril 2019, la Cour de cassation donne un coup d'arrêt à la présomption de justification des accords collectifs au regard du principe d'égalité de traitement en se retranchant derrière le droit de l'Union. Nous faisons le point avec Olivier Dutheillet de Lamothe et Laurent Marquet de Vasselot.

# Présomption de légalité des accords collectifs : une atteinte à la démocratie sociale ?

## Cass. soc., 3 avril 2019

**Olivier Dutheillet de Lamothe**, Avocat associé, responsable de la doctrine du département social, CMS Francis Lefebvre Avocats et **Laurent Marquet de Vasselot**, Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats, Professeur associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La Cour de cassation a jugé, par une série d'arrêts du 27 janvier 2015, que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent 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* » (Cass. soc., 27 janv. 2015, n<sup>os</sup> 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773).

Dans le communiqué relatif à ces arrêts, la Cour régulatrice avait indiqué avoir pris en considération l'argument selon lequel : « *Les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, devaient disposer dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur.* »

Cette présomption a ensuite été étendue au-delà du champ des catégories professionnelles, ce par plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

Mais par un arrêt du 3 avril 2019 (n<sup>o</sup> 17-11.970) la chambre sociale de la Cour de cassation s'est refusée à admettre une présomption générale de justification des différences de traitement instituées par voie de convention ou d'accord collectif.

La motivation et la portée de cette décision appellent à maints égards les plus sérieuses réserves.

### 1 LA PORTÉE DE LA DÉCISION EST CLAIRE

Cette décision fait l'objet d'une motivation développée comme la chambre sociale le fait parfois désormais, à l'image de la réforme de la motivation réalisée par le Conseil d'État.

En outre, cette décision est accompagnée par une note explicative qui en éclaire bien la portée.

L'arrêt juge trois points :

#### ► Le maintien de la jurisprudence antérieure

Comme le précise la note explicative, restent présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, les différences de traitement :

- entre catégories professionnelles, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Cass. soc., 27 janv. 2015 précité) ;
- entre salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle des fonctions distinctes opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Cass. soc., 8 juin 2016, n<sup>o</sup> 15-11.324) ;
- entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'établissement (Cass. soc., 3 nov. 2016, n<sup>o</sup> 15-18.444) ;
- entre salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'entreprise (Cass. soc., 4 oct. 2017, n<sup>o</sup> 16-17.517) ;

– entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'accord collectif (*Cass. soc.*, 30 mai 2018, n° 17-12.925).

Selon une technique assez étrange, l'arrêt procède ainsi à une sanctuarisation de la jurisprudence antérieure sur la présomption de légalité des accords collectifs.

### ► L'absence de présomption générale de justification de toute différence de traitement entre les salariés opérée par voie conventionnelle

La chambre sociale de la Cour de cassation estime qu'une telle présomption générale serait, dans les domaines où est mis en œuvre le droit de l'Union, contraire à celui-ci en ce qu'elle ferait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité et en ce qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement.

### ► Le critère de la date de présence sur un site

Ceci a conduit la chambre sociale, en l'espèce, à remettre en cause une différence de traitement résultant d'un accord collectif qui reposait uniquement sur la date de présence sur un site désigné pour pouvoir bénéficier d'un certain nombre d'aides à la mobilité géographique.

## 2 DES FONDEMENTS JURIDIQUES INSOLITES

Ces fondements sont au nombre de trois.

### ► L'instrumentalisation du droit de l'Union

La solution est fondée sur le fait que le contrôle du respect du principe d'égalité de traitement au sens du droit de l'Union européenne repose sur un mécanisme probatoire tel que, lorsqu'un employé fait valoir que ce principe a été violé et a établi des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation de ce principe (*CJUE*, 10 mars 2005, C-196/02, *Nikoloudi*).

Il convient de souligner que ce mécanisme probatoire n'est applicable que lorsque les États font application du droit de l'Union : aux termes de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union [...] ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ».

La présomption de légalité des accords collectifs serait contraire à ces règles de preuve communautaires dans la mesure où elle fait reposer la charge de l'existence de motifs non professionnels sur le seul salarié. Or, il aurait été très facile de

concilier la présomption de légalité des accords collectifs et les règles de preuve communautaires en estimant que, dans les domaines couverts par le droit de l'Union, le salarié n'avait qu'à présenter les faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, l'employeur devant apporter la preuve contraire. Un tel aménagement de la jurisprudence de 2015 était parfaitement compatible avec celle-ci.

Cette instrumentalisation du droit de l'Union est d'autant plus surprenante que celui-ci reconnaît pleinement le rôle de la négociation collective.

Certes, l'arrêt se prévaut de ce que la CJUE a jugé, sur le fondement de l'article 4 § 1 de l'accord-cadre sur le CDD, que la notion de raison objective justifiant de déroger à l'égalité de traitement des salariés sous CDD « *doit être comprise comme n'autorisant pas de justifier une différence de traitement entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée par le fait que cette dernière est prévue par une norme nationale générale et abstraite, telle qu'une loi ou une convention collective* » (*CJUE*, 13 sept. 2007, C-307/05). Mais il s'agit là d'une simple affirmation de la primauté du droit communautaire sur le droit national, qu'il s'agisse d'une loi ou d'une convention collective.

Le droit communautaire, au contraire, reconnaît pleinement le rôle de la négociation collective :

– aux termes de l'article 152 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « *L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie* » ;

– aux termes de l'article 154 § 2 du TFUE, « *la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, doit consulter les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union* » ;

– à l'occasion de cette consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager un processus de négociation. La durée de ce processus ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission (*TFUE*, art. 154 § 4) ;

– en cas d'accord, la mise en œuvre de celui-ci intervient, aux termes de l'article 155 § 2 du TFUE, soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 153, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.

### ► Un Lazare ressuscité : l'arrêt Pain

Le motif le plus surprenant de cette décision est le motif n° 11 aux termes duquel : « *À cet égard, il résulte d'une jurisprudence établie que les accords collectifs sont soumis au principe d'égalité de traitement en sorte que la Cour a jugé que les différences de traitement que ceux-ci instaurent entre les salariés placés dans une situation identique au regard de l'avan-* ●●●

●●● *tage considéré doivent reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* » (Cass. soc., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 07-42.675).

L'arrêt de 2009 qui est ainsi cité est le fameux arrêt Pain qui avait étendu aux accords collectifs la jurisprudence Ponsolle (Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680) alors limitée aux engagements unilatéraux de l'employeur : « *Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait 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 concrètement la réalité et la pertinence.* »

C'est bien cette décision qui a été à l'origine de toute une polémique à laquelle les arrêts du 27 janvier 2015 ont mis fin. Dans son communiqué relatif à ces arrêts, la chambre sociale avait bien souligné l'abandon de la jurisprudence Pain, en indiquant, après l'avoir analysée : « *Aussi par plusieurs arrêts du 27 janvier 2015, la chambre sociale a modifié sa position en jugeant que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent 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.* »

En qualifiant l'arrêt Pain de « *jurisprudence établie* », la chambre sociale ressuscite une jurisprudence qu'elle avait abandonnée : c'est une démarche très insolite consistant à revenir sur un abandon de jurisprudence antérieure. La chambre sociale renoue ainsi avec un vieux démon, celui de l'assimilation totale de l'accord collectif à une décision unilatérale de l'employeur, qui avait pourtant suscité de nombreuses critiques de la doctrine.

### ► Une tonalité négative

En règle générale, quand une juridiction effectue un revirement ou un aménagement de jurisprudence, c'est pour améliorer, pour l'avenir, l'état du droit. Ici, c'est au contraire une porte qui se referme sur le passé. La portée de l'arrêt apparaît purement négative :

- la Cour écarte, sur un fondement très discutable, la présomption générale de justification de toutes les différences de traitement entre les salariés opérées par voie de convention ou d'accord collectif ;

- la Cour cantonne la présomption de justification des différences de traitement aux situations limitativement admises par sa jurisprudence issue des arrêts du 27 janvier 2015 (différence de traitement résultant d'appartenance à des catégories professionnelles différentes, etc.) ;

- la Cour fragilise dans le même temps sa jurisprudence relative à la présomption, d'une part,

en faisant de l'arrêt Pain « *une jurisprudence établie* » (motif n° 11) et, d'autre part, en jugeant que « *qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement* » (motif n° 22).

Même si l'arrêt ne se prononce pas expressément sur ce point, on peut se demander s'il y aura encore, à l'avenir, des hypothèses nouvelles pour lesquelles la présomption de légalité des accords collectifs pourra jouer. C'est au regard de ces considérations et d'un contexte plus général que la portée de l'arrêt du 3 avril 2019 doit être appréciée.

## 3 UN COUP D'ARRÊT A CONTRE-COURANT DES ÉVOLUTIONS NORMATIVES

Cette jurisprudence apparaît ainsi à contre-courant à la fois de l'évolution législative et de l'évolution des rapports sociaux.

### ► L'évolution législative

Aux termes de l'article L. 2262-13 du Code du travail issu de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective : « *Il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent.* »

Aux termes de l'article L. 3122-15 du Code du travail relatif au travail de nuit, issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail : « *Cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1.* » Cette dernière disposition est exemplaire, précisément parce qu'elle procède de la jurisprudence des juges du fond qui avait en effet accueilli la présomption de légalité des accords collectifs. Il en avait été ainsi en ce qui concerne la justification du recours au travail de nuit, le recours au travail de nuit devant être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale (C. trav., art. L. 3122-1). Donnant toute sa portée à la négociation collective, la Cour d'appel de Nîmes (CA Nîmes, 22 sept. 2016, RG n° 15/05048) avait ainsi infirmé une ordonnance du TGI d'Avignon ayant interdit le recours au travail de nuit, considérant que « *la justification du recours au travail de nuit par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et des intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, est présumée établie et ses modalités justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont contraires aux dispositions légales qui les régissent* ». Dans son arrêt du 30 mai 2018 (n° 16-26.394), la Cour de cassation, réunie en formation plénière, avait confirmé l'arrêt d'appel de Nîmes en rejetant le pourvoi dont il avait fait l'objet. La réforme procédant de la solution

rendue par la Cour d'appel de Nîmes a ainsi eu pour objectif de sécuriser les accords collectifs autorisant le recours au travail de nuit. L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail a ainsi complété l'article L. 3122-15 du Code du travail d'un nouvel alinéa pour introduire cette présomption ainsi que l'article L. 3122-1 cité plus haut le prévoit expressément.

Comment la chambre sociale va-t-elle concilier sa nouvelle jurisprudence sur la présomption de légalité des accords collectifs avec les nouvelles dispositions des ordonnances Macron ?

Il est crucial que la chambre sociale de la Cour de cassation, dans le prolongement des arrêts ayant suivi ceux du 27 janvier 2015, établisse une jurisprudence compatible avec les évolutions législatives ayant récemment façonné un modèle nouveau de démocratie sociale pour la France.

Comme nous l'avons souligné dans un article précédent<sup>1</sup>, la chambre sociale de la Cour de cassation est une institution républicaine.

Nous ne doutons donc pas qu'elle respectera la volonté du législateur.

### ► L'évolution des rapports sociaux et l'avènement d'une démocratie sociale

Depuis 1982, on assiste à un renforcement de la place de la négociation collective en droit du travail et notamment des accords d'entreprise.

Cette évolution est constante, quels que soient les majorités et les gouvernements. Elle a été globalement saluée par les observateurs. On ne peut donc que s'étonner de la charge violente menée dans cette affaire par l'avocate générale dans son avis contre la négociation collective.

Une telle orientation est contraire :

- à la réalité sociale : sur le plan quantitatif, en 2017, ont été signés par les partenaires sociaux 16 accords au niveau national et interprofessionnel, 1 094 accords de branche et 38 000 accords d'entreprise ; sur le plan qualitatif, les trois plus grandes réformes de nos relations sociales durant ces dix dernières années sont issues d'accords nationaux interprofessionnels, qu'il s'agisse de la réforme des règles de représentativité, de la rupture du contrat de travail d'un commun accord ou de la réforme des règles de licenciement économique ;

- à la jurisprudence du Conseil d'État qui a reconnu, dans la ligne de la jurisprudence de 2015 de la Cour de cassation, la présomption de légalité des accords collectifs (CE, 15 mars 2017, n° 389559 ; 17 mars 2017, n° 396835) ;

- à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a reconnu depuis longtemps dans l'accord collectif une source constitutionnelle du droit du travail : s'agissant de l'articulation entre la loi et la négociation collective, le Conseil constitutionnel a été amené à combiner très tôt les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes desquelles « Tout travailleur

participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », avec celles de l'article 34 de la Constitution qui range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail. Il a jugé qu'il revenait au législateur de déterminer, dans le respect du principe de participation énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de la mise en œuvre de ce principe (n° 77-79 DC, 5 juill. 1977, cons. 3, Rec. p. 35 ; n° 93-328 DC, 16 déc. 1993, cons. 3 et 4, Rec. p. 547 ; n° 97-388 DC, 20 mars 1997, cons. 6 et 7, Rec. p. 31 ; n° 99-423 DC, 13 janv. 2000, cons. 28, Rec. p. 33 ; n° 2004-494 DC, 29 avr. 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social<sup>2</sup>).

Enfin, la Cour de Justice de l'Union européenne reconnaît également le droit fondamental de la négociation collective (CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar c/ Baxter Deutschland GmbH*).

Au regard de ce qui précède, ce qui sous-tend la décision peut surprendre.

### ► La démocratie sociale contre la défiance

Dans ce contexte, et au-delà de ces principes pourtant essentiels, ce qui peut étonner et pour tout dire choquer, c'est le présupposé implicite, parfois aussi explicite, sur lequel apparaît pour partie reposer la décision du 3 avril 2019 : celui de la défiance à l'égard des partenaires sociaux.

Elle transparait dans l'avis de l'avocate générale selon lequel la présomption « implique [...] un retrait presonque 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 », [...] « un tel retrait [...] serait d'autant plus dangereux que le rapport de force [dans l'entreprise] est nécessairement déséquilibré [...] 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 défendus, ne paraît pas souhaitable ».

L'avis porte ainsi une appréciation parfaitement subjective sur les relations sociales dans l'entreprise, l'aptitude et la compétence des acteurs à défendre les salariés, et ce faisant marque une défiance ouverte à l'égard des partenaires sociaux.

Nous pensons que la défiance à l'égard des partenaires sociaux est destructrice des relations humaines, qu'elle est un poison pour les relations sociales, et un frein absolu au développement de la norme conventionnelle.

Comme l'a soutenu Jean-Denis Combrexelle en conclusion de son rapport<sup>3</sup> : « La conviction sur laquelle repose ce rapport est que la négociation collective est un instrument sans pareil pour concilier les exigences de l'économie, dont dépendent l'emploi, et les impératifs du progrès social. »

À cet égard, l'arrêt du 3 avril 2019 constitue à l'évidence une régression. ■

► Cass. soc., 3 avr. 2019, n° 17-11.970 P + B + R + I

1. O. Dutheillet de Lamotte, Jean-Yves Frouin, un magistrat dans le siècle : 2014-2018, quatre ans de jurisprudence de la Cour de cassation, JCP G 18 févr. 2019, p. 182.

2. Décisions et documents du Conseil constitutionnel, jurisprudence, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 17.

3. Rapport au Premier ministre sur la négociation collective, le travail et l'emploi, par J.-D. Combrexelle, sept. 2015.