

## La plume à ...

**Corinne Metzger, est avocate collaboratrice chez Seban & Associés**

[http://www.seban-associes.avocat.fr/?module=cabinet&page=3&section=2&ID\\_avocat=20](http://www.seban-associes.avocat.fr/?module=cabinet&page=3&section=2&ID_avocat=20)

**Les Offices Publics de l'Habitat et le bien fondé d'une différence de traitement entre salariés et agents de la fonction publique** (article reproduit de la lettre d'information numérique du cabinet Seban, avec son aimable autorisation).

Les Offices Publics de l'Habitat, issus de la transformation des anciens offices publics d'habitation à loyer modérés se trouvent actuellement confrontés en application de l'ordonnance du 1er février 2007 à la nécessité d'harmoniser le statut de leur personnel de droit public et de droit privé.

Il n'existe aucune difficulté lorsque certains avantages accordés aux agents de droits publics résultent directement de l'application du statut de la fonction publique territoriale. Par contre certains avantages ont pu, avant l'ordonnance du 1er février 2007 être octroyés, notamment par délibération du Conseil d'Administration des anciens offices, aux agents publics travaillant dans les anciens OPHLM.

Or, les salariés embauchés sous contrat de droit privé depuis le 1er février 2007 revendiquent l'octroi des mêmes avantages que ceux consentis avant cette ordonnance aux agents publics.

Il convient dès lors d'analyser si le maintien de certains avantages à une partie seulement du personnel peut être considéré comme une mesure discriminatoire sur le fondement du principe « *à travail égal, salaire égal* » (I) avant d'analyser les éléments justificatifs d'une distinction de traitement (II) et d'illustrer les difficultés que peut rencontrer un office dans la mise en œuvre de ce principe (III).

### **I - Sur le principe de l'interdiction de la discrimination salariale**

- Par un arrêt en date du 15 mai 2007 (n°1039 FP-P+B), la Cour de Cassation a retenu « *qu'une différence de statut juridique entre des salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffit pas, à elle seule à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération ; qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* » ;

- Par un arrêt en date du 20 février 2008 (n°05-45.061), la Cour de Cassation a considéré 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 la réalité et la pertinence* » ;

- Par un arrêt en date du 18 mars 2009 (dit arrêt ALEFPA, Association Laïque pour l'Education, la Formation, la Prévention et l'Autonomie), la Cour de Cassation a rappelé que « *la circonstance que les salariés ont été engagés avant ou après que l'employeur ait décidé de modifier les modalités de calculs d'un avantage salarial résultant d'un usage ne peut suffire à justifier des différences de traitement entre eux* » ;

- Par arrêt en date du 2 décembre 2009 (n°08-41.895), la Cour de Cassation a précisé que « *la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux* ».

Ainsi, l'octroi de certains avantages établis par accord d'entreprise, usage ou engagement unilatéral s'appliquent à l'ensemble du personnel, quelle que soit sa date d'embauche.

Ces quatre arrêts permettent en effet d'établir :

- que peu importe la date d'octroi des avantages ;
- que le statut du personnel ne peut à lui seul justifier une différence de traitement.

Dès lors, il ne pourra être dérogé au principe de « *à travail égal, salaire égal* » que si l'employeur est en mesure de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération entre les salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale dont il revient au Juge de contrôler la réalité et la pertinence (Cass. 4 février 2009 n°07-41.406).

## **II - Sur les justifications d'un traitement distinct**

Une différence de traitement caractérisée par l'octroi de certains avantages à une partie du personnel, au regard de la jurisprudence susvisée, ne peut résulter d'une délibération du conseil d'administration.

En effet cette décision pourrait s'analyser en droit social en un engagement unilatéral, c'est à dire l'expression d'une volonté explicite de l'employeur d'accorder à une partie du personnel seulement certains avantages.

La date de cette délibération, prise éventuellement avant la transformation en Office Public de l'Habitat ne suffit pas à justifier d'une différence de traitement.

En effet, les juridictions de fond apprécient souverainement la réalité et la pertinence des raisons ayant conduit l'employeur à appliquer une différence de traitement au sein de son personnel.

Par un arrêt en date du 3 octobre 2007 (n°06-43.013), la Cour de Cassation a précisé que la différence de traitement n'était justifiée que si elle existait :

- entre des salariés placés dans des situations distinctes ;
- et ayant un rapport avec les avantages concernés.

Par un arrêt en date du 1er juillet 2009 (n°1575 FS-P+B), la Cour de Cassation est venue réaffirmer le principe selon lequel, la différence de traitement s'apprécie au regard de l'avantage consenti.

En outre, par un arrêt en date du 4 février 2009 (n°07-41.406), la Cour de Cassation a rappelé que c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale dont il revient au juge de contrôler la réalité et la pertinence.

Enfin, par un arrêt rendu en assemblée plénière le 27 février 2009, la Cour de Cassation a précisé les conséquences de la règle d'égalité salariale pour les agents de La Poste en affirmant que « *si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires, des agents de droit public et des agents de droit privé, est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnel dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés en fonction, pour les premiers, des règles de droit public, et pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé par décision de l'employeur, applicable à l'ensemble du personnel sur le critère de la fonction ou du poste occupé* » (Cass. Soc. 27 février 2009, n°08-40.059, jurisdata n°2009-047174).

La Cour de Cassation rappelle que si la fixation de la rémunération de base des fonctionnaires échappe à la logique contractuelle, celle-ci doit reprendre son empire pour ce qui concerne le calcul des éléments complémentaires de rémunération, dès lors qu'ils sont intégrés dans « *la sphère de pouvoir de l'employeur* ».

Ainsi, la Cour de Cassation enjoint-elle de rechercher les raisons pertinentes et réelles justifiant la différence de traitement qui ne ressortent pas du seul statut.

La Cour de Cassation analyse dès lors si les salariés sont dans une situation identique au regard de l'avantage consenti.

Si rien dans les fonctions exercées ou le statut ne justifie une différence de traitement entre les salariés de statut distinct, les juges du fond seront amenés à sanctionner l'employeur pour discrimination.

L'objectivité des raisons ayant motivé le traitement inégal s'apprécie *in concreto* et en fonction de l'avantage litigieux.

Dès lors, les Offices Publics de l'Habitat, comme tout les établissements employant du personnel soumis au droit privé et au droit de la fonction publique devront pour chaque avantage consenti à une partie du personnel en vertu de leur statut de droit privé ou de droit public veiller à vérifier qu'il est justifié par :

- des situations distinctes ;
- et ayant un rapport avec les avantages concernés ;
- sans que la différence de statut puisse, à elle seule, justifier un traitement différent.

L'application de ces principes peut parfois rendre difficile l'octroi de certains avantages à l'ensemble du personnel.

A titre d'exemple, l'analyse des conditions d'octroi d'une prime dite d'assiduité permet ainsi de constater que derrière la volonté du législateur d'harmoniser le statut du personnel, la rigueur des textes en rend la mise en œuvre délicate.

### **III - Sur l'illustration des difficultés de mise en œuvre de ces principes**

L'employeur peut souhaiter octroyer certains avantages à son personnel aux fins de rechercher un but déterminé tel, par exemple, que la réduction du nombre des absences de son personnel.

L'instauration d'une prime d'assiduité peut ainsi permettre d'atteindre ce but.

Or l'octroi d'une telle prime suit des régimes totalement distincts selon le statut du personnel :

- pour les salariés, l'employeur peut librement octroyer une prime dite d'assiduité en respectant néanmoins certaines précautions.

En effet, par un arrêt en date du 23 juin 2009 (n°07-42.677), la Cour de Cassation invite à examiner les absences pouvant justifier une réduction d'une prime d'assiduité sous le spectre de la notion « *d'absence légalement assimilée à un temps de travail effectif* ».

- pour les agents publics, la rémunération résulte exclusivement :

- soit d'un texte applicable à la fonction publique de l'Etat, pour les avantages liés à l'appartenance à un grade et pour certains des avantages liés à des fonctions ou sujétions particulières ;
- soit, lorsqu'il existe, sur un texte propre à la fonction publique territoriale, pour certains des avantages liés à des fonctions ou sujétions particulières.

En conséquence, l'autorité territoriale ou l'organe délibérant ne dispose d'aucun pouvoir normatif lui permettant d'instituer une telle prime.

En effet, les primes des fonctionnaires territoriaux doivent :

- avoir été créées par un texte réglementaire ou législatif ;
- ne pas être plus favorables que celles dont bénéficie un fonctionnaire de l'Etat exerçant des fonctions équivalentes selon le décret n° 91-875 du 6 septembre 1991.

Ainsi et au regard de la jurisprudence de la Cour de Cassation du 27 février 2009, l'instauration d'une telle prime ayant un but pouvant être qualifié « *d'intérêt général* » se heurte à des difficultés de mise en œuvre, le statut de la fonction publique n'en permettant pas l'établissement.

Or, la différence de statut ne peut selon l'assemblée plénière de la Cour de Cassation justifier à elle seule d'une différence de traitement.

Ainsi, et alors que la volonté du législateur est de favoriser une harmonisation du statut de l'ensemble du personnel, l'octroi d'une prime permettant d'atteindre un but collectif (réduire le nombre d'absences) se heurte à d'importantes difficultés de mise en œuvre.

**Corinne METZGER**