



RAPPORT DE Mme MAITRAL, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Arrêt n° 129 du 5 février 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 22-24.000

Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux du 28 septembre 2022

**La société ArianeGroup
C/
M. [Z] [C]**

Ce rapport contient un avis 1015 du code de procédure civile et les parties sont invitées à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la réception du présent rapport sur une éventuelle cassation sans renvoi avec décision au fond, en application de l'article 627 du code de procédure civile.

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [C] a été engagé en qualité de conducteur d'unité de fabrication par la société SNPE matériaux énergétiques (société SME), située à [Localité 5], le 8 février 2010.

Le 1^{er} mai 2012, la société Snecma propulsion solide (société SPS), située [Localité 3], a été absorbée par la société SME, la société prenant alors la dénomination sociale de société Héraklès, aux droits de laquelle vient la société ArianeGroup.

Cette opération de fusion entraînant l'application des dispositions légales en matière de mise en cause des conventions et accords collectifs, à savoir le maintien des accords en vigueur jusqu'à l'adoption d'un accord de substitution, dans un délai de quinze mois, un accord relatif à la période transitoire a été conclu le 27 juin 2012. Il prévoyait que les salariés des sociétés fusionnées, SME comme SPS, conservaient distinctement leurs statuts sans « *cumul ni simultanéité des accords entre ceux de SME et ceux de SPS* ». Le 10 juin 2013, un accord d'entreprise à durée déterminée a prorogé la durée de survie des accords mis en cause du fait de la fusion et prolongé de fait la période transitoire.

Le 20 novembre 2013, une convention d'entreprise, prenant effet au 1^{er} janvier 2014, a été signée entre la société Héraklès et les partenaires sociaux. En son article 4.5.5 relatif aux indemnités des frais de transport, cette convention dispose qu'à compter de son entrée en vigueur, seuls les salariés « *ex- SPS* » continueront à bénéficier de l'article 4.9.6 de l'accord conclu au sein de l'entreprise SPS le 22 février 1982, antérieurement à la fusion, qui prévoyait que, lorsque les horaires de début ou de fin de poste d'équipe ne permettent pas aux salariés d'utiliser les transports en commun, ceux-ci perçoivent des indemnités kilométriques calculées sur la distance domicile/lieu de travail dans la limite d'un plafond journalier de 84 km aller/retour. Cette même disposition précise que la « *direction s'engage à réunir les partenaires sociaux au cours de l'année 2014 afin d'étudier un dispositif concernant les nouveaux arrivants dans ces secteurs* ».

Par avenant signé le 1^{er} janvier 2014 régularisant sa situation auprès de son nouvel employeur, le positionnement du salarié sur la grille de classification de la nouvelle convention collective, son salaire mensuel, son temps de travail hebdomadaire et sa répartition ont été fixés.

Le 1^{er} mars 2014, le salarié a été muté du site de [Localité 5], anciennement exploité par la société SME, à celui [Localité 3], anciennement exploité par la société SPS.

Le 8 juillet 2016, il a saisi la juridiction prud'homale afin de solliciter l'indemnisation de ses frais de transport selon les mêmes modalités que les anciens salariés de la société SPS.

Par jugement rendu en formation de départage le 3 juillet 2019, le conseil de prud'hommes de Bordeaux a débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 28 septembre 2022, la cour d'appel de Bordeaux a infirmé le jugement et, statuant à nouveau, condamné l'employeur à payer au salarié une certaine somme à titre de remboursement des frais de transport exposés de mars 2014 à février 2019 inclus.

L'employeur a formé un pourvoi le 9 décembre 2022 et déposé un mémoire ampliatif le 6 avril 2023 (article 700 CPC : 3 500 euros).

Le salarié a déposé un mémoire en défense le 6 juin 2023 (article 700 CPC : 3 500 euros).

La procédure paraît régulière en la forme et en l'état d'être jugée.

2 - Analyse succincte du moyen

Dans un moyen présenté en une unique branche, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer au salarié la somme de 20 764,80 euros à titre de remboursement des frais de transport exposés de mars 2014 à février 2019 inclus, et de dire que, pour la période postérieure, M. [C] devra présenter à la société un décompte du rappel dû, les parties étant invitées, en cas de difficulté sur le montant, à saisir à nouveau la cour, alors **« qu'est justifiée la différence de traitement entre des salariés découlant du maintien d'un avantage acquis suite à la mise en cause d'un accord collectif dans les conditions prévues par l'article L. 2261-14 du code du travail, que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord ; qu'en l'espèce, il était constant que du fait de l'absorption de la société Snecma propulsion solide (SPS) par la société SNPE matériaux énergétiques (SME), pour former la société Herakles, devenue ArianeGroup, le 1^{er} mai 2012, les conventions et accords en vigueur au sein de la société absorbée, en [ce] compris l'accord d'entreprise du 22 février 1982 prévoyant "l'indemnisation des frais de transport", s'étaient trouvés mis en cause, les salariés des sociétés fusionnées conservant leur statut " sans cumul ni simultanités des accords entre ceux de SME et ceux de SPS " pendant la période transitoire dont la durée a été prorogée, par un accord d'entreprise du 10 juin 2013 ; qu'un accord de substitution applicable à l'ensemble du personnel a été conclu, le 20 novembre 2013, prévoyant notamment le maintien "pour l'avenir, à titre individuel et selon les mêmes modalités" des dispositions de l'accord du 22 février 1982 relatives à l'indemnisation des frais de transport au profit exclusif des salariés issus de l'ancienne société SPS "qui bénéficiaient de leur versement au jour de la mise en œuvre de la présente convention ou qui ont bénéficié dudit versement antérieurement et dans le cadre des règles de dégressivité précédemment appliquées" ; qu'en estimant cette différence de traitement non justifiée de sorte que M. [C], salarié de la société absorbante affecté, après la fusion, sur le site de la société absorbée, devait se voir appliquer cet avantage, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement et l'article L. 1224-1 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. »**

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Mise en cause d'un accord collectif à la suite d'une opération de fusion-absorption et maintien des avantages individuels acquis découlant de cet accord au profit des salariés de la société absorbée.

Application du principe d'égalité de traitement en présence d'un accord collectif de substitution maintenant la prise en charge de frais de déplacement au profit des seuls salariés issus de la société absorbée et la refusant aux salariés issus de la société absorbante, nonobstant leur affectation sur le même le site qu'eux.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

→ Dans un attendu de principe constamment repris, le Conseil constitutionnel décide que le principe d'égalité « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (Cons. const., 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, considérant n° 4).

Il en résulte que, pour le Conseil constitutionnel, l'atteinte au principe d'égalité est légitime en cas de différence objective de situations ou lorsque le législateur poursuit un but d'intérêt général et que la différence de traitement est en rapport direct avec l'objet de la loi.

→ Par un arrêt « *Ponsolle* » du 29 octobre 1996 (pourvoi n° 92-43.680, Bull. 1996, V, n° 359), la chambre sociale de la Cour de cassation a posé le principe selon lequel « *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.* »

L'employeur doit donc assurer une égalité de rémunération aux salariés qui se trouvent dans une situation comparable au regard de la nature de leur travail et de leurs conditions de formation et de travail.

Toutes différences de traitement entre des salariés en matière d'avantages et de rémunération n'est cependant pas interdite, mais il appartient à l'employeur de les justifier par des éléments objectifs et pertinents.

Le juge du fond apprécie souverainement si les salariés concernés sont placés dans une situation identique (Soc., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.118 ; Soc., 18 septembre 2019, pourvoi n° 18-12.503 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-20.807) et s'il existe des éléments susceptibles de justifier une inégalité de traitement (Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 10-17.957 ; Soc., 13 juin 2018, pourvoi n° 16-21.926 ; Soc., 9 janvier 2019, pourvoi n° 17-15.836). Notre chambre contrôle néanmoins les déductions qu'il tire de ses constatations (Soc., 4 avril 2018, pourvoi n° 17-11.814, Bull. 2018, V, n° 64 ; Soc., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.040 ; Soc., 18 mars 2020, pourvoi n° 18-15.219).

Lorsque le salarié produit des éléments de fait, considérés par le juge du fond comme susceptibles de caractériser une inégalité de traitement, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence. L'appréciation de ces éléments de fait relève du pouvoir souverain du juge du fond (Soc., 13 janvier 2004, pourvoi n° 03-41.825 et suivants., Bull., 2004, V, n° 228 ; Soc., 25 mai 2005, pourvoi n° 04-40.169, Bull. 2005, V, n° 178). Toutefois, notre chambre exerce un contrôle lourd sur la déduction qu'il en tire (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-11.884, Bull. 2009, V, n° 36 ; Soc., 9 décembre 2015, pourvois n° 14-24.948 et autres, Bull. 2015, V, n° 250 ; Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-11.386, Bull. 2016, V, n° 168).

Dans un rapport ayant donné lieu à un arrêt du 3 avril 2019 (Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970, publié), M. le conseiller Le Masne de Chermont indique :

« Pour mémoire, notre chambre a, dans son arrêt du 1er juillet 2009 dit "[X...] I" (Soc., 1er juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168), étendu aux accord collectifs la jurisprudence "Ponsolle" (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, Bull. 1996, V, n° 359), cantonnée jusqu'alors aux engagements unilatéraux de l'employeur, en passant au crible du principe de l'égalité de traitement les différences de traitement instituées par voie d'accord collectif, en particulier celles fondées sur la différence d'appartenance à une catégorie professionnelle.

Soc., 1 juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168

"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".

La soumission des accords collectifs au principe d'égalité de traitement, ainsi défini, a entraîné une fragilisation de ces derniers en ce qu'ils reposent sur des points d'équilibre et des compromis se prêtant mal à une telle analyse et a insécurisé les acteurs de la négociation collective quant à la lecture judiciaire pouvant être faite d'éventuelles clauses conventionnelles alors même que ceux-ci tiraient de la loi de 2008 une légitimité démocratique nouvelle. C'est pourquoi, notre chambre, après avoir, dans un premier temps, tenté de circonscrire, s'agissant des différences de traitement conventionnelles fondées sur la catégorie professionnelle, l'application du principe d'égalité de traitement dans son arrêt dit "[X...] II" (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-19.667, 12-19.793, Bull. 2013, V, n° 300), a instauré, pour ces différences, une présomption de justification telle qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer que celles-ci sont étrangères à toute considération professionnelle ».

Ecartant ainsi le régime de preuve partagée et par exception, la chambre décide que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de convention ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, sont présumées justifiées. Il incombe désormais au salarié, qui fait état d'une inégalité de traitement, d'établir que la différence de traitement est étrangère à toute considération de nature professionnelle (Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179 Bull. 2015, V, n° 9, figurant au rapport annuel ; Soc., 8 juin 2016, pourvois n° 15-11.491 et suivants, Bull. 2016, V, n° 130 ; Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206, figurant au rapport annuel ; Soc., 4 octobre 2017, pourvois n° 16-17.517 et 16-17.518, Bull. 2017, V, n° 170, figurant au rapport annuel ; Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.925, publié

Le champ de cette présomption a, par la suite, été étendu aux différences de traitement entre des salariés :

- exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectif (Soc., 8 juin 2016, pourvois n° 15-11.324 et autres, Bull. 2016, V, n° 130) ;
- appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accord d'établissement (Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206) ;
- appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise (Soc., 4 octobre 2017, pourvois n° 16-17.517 et 16-17.518) ;

- appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts, opérées par voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif (Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.782, publié).

Cette présomption de justification n'a cependant pas été étendue à toutes les différences de traitement opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs (Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970, publié, sommaire) :

*« La reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes différences de traitement entre les salariés opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer que celles-ci sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, serait, dans les domaines où est mis en oeuvre 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. En outre, dans ces domaines, une telle présomption se trouverait privée d'effet dans la mesure où les règles de preuve propres au droit de l'Union viendraient à s'appliquer. Partant, **la généralisation d'une présomption de justification de toutes différences de traitement ne peut qu'être écartée.***

Il en résulte qu'ayant retenu qu'un accord collectif opère, entre les salariés, une différence de traitement en raison uniquement de la date de présence sur un site désigné, que les salariés sont placés dans une situation exactement identique au regard des avantages de cet accord dont l'objet est de prendre en compte les impacts professionnels, économiques et familiaux de la mobilité géographique impliqués par le transfert des services sur un autre site et d'accompagner les salariés pour préserver leurs conditions d'emploi et de vie familiale, la cour d'appel en a déduit à bon droit que, s'agissant d'une différence de traitement fondée sur la date de présence sur un site, celle-ci ne saurait être présumée justifiée ».

→ Les différences de traitement peuvent naître de la modification des normes collectives, notamment à la suite de dénonciation ou de mise en cause d'un accord collectif découlant par exemple d'opérations de restructuration.

En cas de dénonciation d'un accord collectif, le maintien de la rémunération perçue est susceptible de justifier une différence de traitement entre salariés placés dans une même situation (Soc., 11 juillet 2007, pourvois n° 06-42.128 et autres, Bull. 2007, V, n° 119, figurant au rapport annuel, sommaire) :

*« Au regard de l'application du principe " à travail égal, salaire égal ", la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après la **dénonciation d'un accord collectif** ne saurait justifier des différences de traitement entre eux à la seule exception de celles résultant, pour les salariés engagés avant la dénonciation, des **avantages individuels acquis** par ceux-ci conformément à l'article L. 132-8, alinéa 6, du code du travail, lesquels ont pour objet de compenser, en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice qu'ils subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif dont ils tiraient ces avantages.*

Doit dès lors être approuvé l'arrêt qui, constatant que les salariés demandeurs avaient été engagés après la date de dénonciation de l'accord, a rejeté leur demande de bénéficier de la rémunération résultant, pour les salariés engagés avant cette date, du maintien de leurs avantages individuels acquis. »

La solution a été affirmée de manière identique s'agissant de la mise en cause d'un accord collectif :

Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, Bull. 2007, V, n° 203 :

« Vu le principe " à travail égal, salaire égal " et l'article L. 132-8, alinéa 7, du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le 7 novembre 2001, l'ASSEDIC des Bouches-du-Rhône a absorbé l'ASSEDIC Val de Durance pour former l'ASSEDIC Alpes-Provence ; qu'un accord du 30 avril 2002 conclu au sein du nouvel organisme a prévu l'uniformisation des titres restaurant et le maintien, au profit des salariés de l'entreprise absorbée qui en bénéficiaient antérieurement, d'une prime trimestrielle de restauration ; que quatre salariés issus de l'entreprise absorbante ont demandé à bénéficier de cette prime par application du principe "à travail égal, salaire égal" ;

Attendu que **pour faire droit aux demandes des salariés, l'arrêt retient que l'accord de substitution viole le principe "à travail égal, salaire égal" ;**

Qu'en statuant ainsi, alors que le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, alinéa 7, du code du travail ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal", que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés ».

Soc., 27 octobre 2010, pourvoi n° 09-41.292 :

« Mais attendu, d'abord, que le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues par l'article L. 2261-14 du code du travail ne méconnaît pas le principe à travail égal, salaire égal, que ce maintien résulte d'une absence d'un accord de substitution ou d'un tel accord ;

Et attendu, ensuite, que les conclusions prétendent omises selon la seconde branche sont inopérantes, puisqu'alléguant l'alignement des salaires de deux salariés n'effectuant pas le même travail que M. [X] ; que le moyen n'est pas fondé ».

Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-19.278 :

« Vu le principe d'égalité de traitement ;

Attendu que le maintien d'un avantage acquis en cas de mise en cause de l'application d'un accord collectif dans les conditions prévues à l'article L. 2261-14 du code du travail ne méconnaît pas le principe "à travail égal, salaire égal", que ce maintien résulte d'une absence d'accord de substitution ou d'un tel accord ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, que Mme [X] a été engagée le 1er janvier 2003 par la société Isor ; qu'elle a saisi la formation de référé de la juridiction prud'homale d'une demande tendant notamment à obtenir le paiement de primes de 13e mois pour les années 2006 à 2010 en application du principe "à travail égal salaire égal" ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'ordonnance relève qu'une autre salariée de l'entreprise, également agent de maîtrise, perçoit une prime de 13e mois au titre d'un avantage acquis consécutif à la mise en cause de la convention collective des entreprises de nettoyage des locaux du 17 décembre 1981, qui la prévoyait, et à son remplacement par la convention collective des entreprises de propreté de 1994, qui a supprimé cet avantage ; qu'en conséquence Mme [X] est en droit de percevoir cette prime de 13e mois en application du principe "à travail égal salaire égal" ;

Qu'en statuant ainsi le conseil de prud'hommes a violé le principe susvisé ».

La solution a toutefois été plus nuancée lorsque cette mise en cause découlait de transferts d'entreprise conventionnels. La jurisprudence a évolué sur ce point.

- Auparavant, notre chambre opérait en effet une distinction entre transferts légaux et transferts conventionnels :

En cas de transfert légal découlant de plein de droit des dispositions d'ordre public de l'article L.1224-1 du code du travail, les avantages dont disposaient avant le transfert les salariés de l'entreprise sortante étaient maintenus, mais ils ne s'étendaient pas aux salariés de l'entreprise entrante. En la matière, l'obligation légalement faite au nouvel employeur de maintenir les avantages prévus dans les contrats de travail des salariés repris était de nature à constituer une raison objective pouvant justifier la différence de traitement qui en résultait par rapport aux autres salariés (Soc., 24 janvier 1990, pourvoi n° 86-41.497 ; Soc. 21 septembre 2005, pourvoi n° 03-43.532, Bull. 2005, V, n° 260 ; Soc., 17 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.335 ; Soc. 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-42.718 ; Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.614, Bull. 2012, V, n° 15, sommaire) :

« L'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés.

Fait en conséquence une fausse application du principe d'égalité de traitement, l'arrêt qui étend aux salariés de l'entreprise absorbante le bénéfice de la prime d'ancienneté dont les salariés de l'entreprise absorbée bénéficiaient avant le transfert et qui leur avait été maintenue ».

En matière de transfert conventionnel, notre chambre refusait d'admettre que le dispositif conventionnel puisse être, à lui seul, un motif objectif et pertinent de justification de l'existence d'une inégalité de traitement entre des salariés placés dans une situation identique (Soc., 15 janvier 2014, pourvois n° 12-25.402, 12-25.403, 12-25.406 et 12-25.407, Bull. 2014, V, n° 23).

- Revenant sur cette jurisprudence et harmonisant les solutions applicables en matière d'égalité de traitement en cas de transfert de contrats de travail entre deux employeurs résultant de l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ou résultant de dispositions conventionnelles, notre chambre juge désormais que la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement :

Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.532, publié et figurant au rapport :

« Vu le principe d'égalité de traitement et l'accord du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 ;

Attendu, d'abord, que l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs conduit à apprécier différemment la portée de ce principe à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle ;

Attendu, ensuite, que la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les 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 et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés

transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ;

Attendu, selon les jugements attaqués, qu'en application de l'accord du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011, la société AAF La Providence II, attributaire depuis le 1er janvier 2010 du marché de nettoyage du site "banque de France", a repris à son service différents salariés affectés sur ce site à la suite de la perte du marché par leur employeur ; que, s'estimant victimes d'une inégalité de traitement en ce que certains salariés de la société AAF La Providence II, issus d'un transfert antérieur, bénéficiaient d'un treizième mois en raison de la règle imposant le maintien de leur rémunération lors de la reprise du marché, M. [Y...] et vingt-six autres salariés affectés sur ce site ont saisi le conseil de prud'hommes aux fins d'obtenir le paiement d'une prime de treizième mois pour la période située entre 2010 et 2014 ;

Attendu que pour condamner la société AAF La Providence II à payer à chaque salarié une somme à titre de prime de treizième mois, les jugements retiennent que les différents salariés demandeurs accomplissent le même travail pour le même employeur sur le même chantier, s'agissant tant des salariés dont le contrat de travail a été transféré lorsque le marché a fait l'objet d'un changement de prestataire au 1er janvier 2010 que des salariés faisant déjà partie des effectifs de la société AAF La Providence II à cette date, et que l'employeur ne démontre pas l'existence d'une raison objective et pertinente justifiant la différence de rémunération liée à la nécessité de compenser un préjudice spécifique à une catégorie de travailleurs ;

Qu'en statuant ainsi, le conseil de prud'hommes a violé le principe et le texte susvisés ».

L'alignement de la règle applicable en matière de transfert conventionnel sur celle dégagée en matière de transfert légal s'explique notamment par l'obligation légale, pesant indifféremment sur l'employeur entrant que le transfert soit d'origine légale ou d'origine conventionnelle, de maintenir aux salariés transférés les avantages dont ils bénéficiaient chez leur précédent employeur.

Désormais, l'employeur n'a donc plus à étendre à ses propres salariés les avantages acquis des salariés, issus de l'entreprise sortante, qu'il a été tenu de reprendre en application d'une convention collective.

En outre, les salariés engagés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution ne peuvent-ils revendiquer, au titre du principe d'égalité de traitement, le bénéfice des dispositions prévues par l'accord collectif antérieur (Soc., 28 juin 2018, pourvoi n° 17-16.499, Bull. 2018, V, n° 131) :

« Mais attendu que les salariés engagés postérieurement à l'entrée en vigueur d'un accord de substitution ne peuvent revendiquer, au titre du principe d'égalité de traitement, le bénéfice des dispositions prévues par l'accord collectif antérieur ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que l'intéressé avait été engagé postérieurement à l'accord de 1998, qui s'était substitué à l'ancien accord, et qu'il ne pouvait, en conséquence, revendiquer l'application de l'ancien accord du 10 mai 1988, a, par ses seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

Au cas présent, la cour d'appel a d'abord constaté que l'article 4.5.5 de l'accord d'entreprise Héraklès instaurait une différence de traitement entre les salariés venant de la société sortante SPS, qui continuaient à percevoir une indemnité kilométrique calculée en fonction de la distance domicile/lieu de travail dans la limite d'un plafond journalier de 84 km aller/retour lorsque l'heure de début ou de fin de leur prise de poste ne leur permettait pas d'utiliser les transports en commun, et, d'une part, les salariés des autres sites de l'entreprise, qui ne bénéficiaient pas de cette prise en

charge, et, d'autre part, les salariés arrivés sur le site [Localité 3] après le 1^{er} janvier 2014 qui, à l'instar de M. [C], se voyaient refuser le paiement de cette indemnité (arrêt p. 4 dernier §). Elle a ensuite relevé que M. [C], salarié de l'établissement [Localité 3] depuis mars 2014, était déjà employé de la société Héraklès avant la signature de l'accord de substitution et que sa situation, rigoureusement identique à celle ses collègues provenant de la société SPS, le contraignait à engager des frais lorsqu'il devait utiliser un moyen de transport personnel en raison de ses heures d'embauche ou de débauche (arrêt p. 5 § 1). Elle a encore retenu que l'accord d'entreprise créait à la fois une différence de traitement d'ordre « *géographique* » et d'ordre « *temporel* » (arrêt p. 5 § 2). Estimant que la différence de traitement instaurée par l'accord d'entreprise Héraklès était présumée justifiée (arrêt p. 5 § 4) et qu'il appartenait au salarié d'établir qu'elle était étrangère à toute considération de nature professionnelle (arrêt p. 5 § 5), elle a enfin retenu que la différence concernait le coût des déplacements domicile-travail, lesquels sont exclus du champ du temps de travail effectif, et que le montant de l'avantage consenti variait selon le lieu de domicile choisi librement par le salarié (arrêt p. 5 § 6). Elle en a déduit que cette différence reposait entièrement sur des caractéristiques personnelles du salarié, relevant de sa vie privée et étrangère à toute considération de nature professionnelle (arrêt p. 5 § 6), de sorte qu'elle portait atteinte au principe d'égalité de traitement et que le refus subséquent de cet avantage au salarié, qui était déjà présent dans l'entreprise mais employé sur un autre site, ne constituait pas une raison objective et pertinente de nature à la justifier (arrêt p. 5 § 7).

Le mémoire ampliatif fait valoir que l'accord de substitution du 20 novembre 2013 applicable à l'ensemble du personnel prévoyait le maintien « *pour l'avenir, à titre individuel et selon les mêmes modalités* » des dispositions de l'accord du 22 février 1982 relatives à l'indemnisation des frais de transport au profit exclusif des salariés issus de l'ancienne société SPS « *qui bénéficiaient de leur versement au jour de la mise en œuvre de la présente convention ou qui ont bénéficié dudit versement antérieurement et dans le cadre des règles de dégressivité précédemment appliquées* ». Il soutient que la différence de traitement constatée entre les salariés issus de la société absorbée SPS et ceux de la société absorbante, dont M. [C], découlait uniquement des effets juridiques de la fusion et non de leur localisation géographique. Il ajoute que ce n'était pas en tant que salariés affectés géographiquement sur le site [Localité 3] que les salariés s'étaient vus accorder le maintien des indemnités de frais de transport mais en tant que salariés d'une société absorbée attributaire d'un avantage acquis. Il en déduit que cette situation, qui n'était pas étrangère à toute considération de nature professionnelle, justifiait la différence de traitement entre les salariés issus de la société absorbée et ceux de la société absorbante – qui n'était pas seulement présumée –, peu important l'affectation de tout ou partie des seconds, après l'opération de fusion, sur le site de l'ancienne société absorbée.

Le mémoire en défense soutient que la différence de traitement, qui reposait entièrement sur des caractéristiques personnelles du salarié relevant de sa vie privée, était étrangère à toute considération de nature professionnelle. Il ajoute que la société Héraklès employait le salarié depuis le 8 février 2010, c'est-à-dire avant la signature de l'accord de substitution. Il en déduit que le salarié, qui effectuait depuis sa mutation sur le site [Localité 3] au mois de mars 2014, le même travail que les salariés de l'ancienne société SPS, placés comme lui en situation de travail posté, ne pouvait donc se voir refuser le paiement de l'indemnité kilométrique.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites du moyen.

Si elle estimait dans le cadre de son délibéré que le salarié ne pouvait prétendre à une indemnisation de ses frais de transport, la chambre pourrait prononcer une cassation sans renvoi avec décision au fond, en application de l'article 627 du code de procédure civile. Ce rapport valant avis 1015 du code de procédure civile, les parties sont invitées à présenter leurs observations dans un délai d'un mois à compter de la réception du présent rapport.