



RAPPORT COMPLÉMENTAIRE DE Mme SOMMÉ, CONSEILLÈRE

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]**

1. Rappel succinct des faits, de la procédure et du moyen

A la suite de sa nouvelle affectation en 2014 sur le site de la société absorbée (la société SPS), M. [C], salarié depuis 2010 de la société absorbante (la société SME, devenue société Héraklès et ultérieurement la société Arianegroup), estimant subir une inégalité de traitement injustifiée, a demandé à titre principal une certaine somme en remboursement d'indemnités kilométriques au titre de l'indemnisation des frais de transport prévue par l'accord du 22 février 1982, conclu au sein de la société absorbée et maintenue par l'article 4.5.5 de l'accord de substitution du 20 novembre 2013 (convention d'entreprise Héraklès) ayant pris effet au 1^{er} janvier 2014, au seul profit des anciens salariés de la société absorbée qui bénéficiaient de cet avantage avant la date d'effet de l'accord de substitution ou qui en avaient bénéficié antérieurement. Subsidiairement il a sollicité des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de la perte de chance de bénéficier d'un régime de remboursement d'indemnités kilométriques en raison de l'inexécution par la société

d'un engagement de négocier un tel régime en application de l'article 4.5.5 de la convention d'entreprise Héraklès du 20 novembre 2013.

Par jugement du 3 juillet 2019 rendu en sa formation de départage, le conseil de prud'hommes a débouté M. [C] de ses demandes tant principale que subsidiaire.

Par arrêt infirmatif du 28 septembre 2022, la cour d'appel de Bordeaux a fait droit à la demande principale du salarié après avoir retenu, en substance, que l'article 4.5.5. de l'accord d'entreprise Héraklès du 20 novembre 2013, prévoyant le maintien au profit des salariés de la société absorbée d'une indemnité de frais de transport, avait instauré une double différence de traitement, d'une part géographique entre les salariés du site de la société absorbée (site [Localité 3]) et les salariés des autres sites, d'autre part temporelle en réservant cette indemnité aux salariés présents sur le site avant la fusion, que cette différence de traitement devait être considérée comme présumée justifiée et que le salarié, affecté sur le site [Localité 3] en 2014, démontrait que cette différence de traitement était étrangère à toute considération de nature professionnelle, dès lors que l'avantage en cause concernait le coût de déplacements domicile-travail, lesquels sont exclus du champ du travail effectif, et que le montant de cet avantage variait selon le lieu de domicile choisi librement par le salarié, en sorte que cette différence de traitement reposait entièrement sur des caractéristiques personnelles du salarié, relevant de sa vie privée.

Le moyen unique du pourvoi de la société Arianegroup soutient dans sa prémisse 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. Il en déduit que l'accord de substitution (accord d'entreprise Héraklès du 20 novembre 2013), conclu à la suite de la mise en cause des accords collectifs applicables au sein de la société absorbée, dont l'accord du 22 février 1982 prévoyant une indemnité de frais de transport, ayant prévu le maintien de cette indemnité au seul bénéfice des anciens salariés de la société absorbée, ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement.

2 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

2.1. La dénonciation d'un accord collectif à l'initiative de l'une ou de plusieurs parties à l'accord, prévue par les articles L. 2261-9 et suivants du code du travail, et la mise en cause d'un accord collectif résultant d'un événement extérieur, telle que la fusion-absorption, prévue par les articles L. 2261-14 et suivants du même code, sont deux processus ayant pour conséquence de mettre fin à l'application d'un accord collectif.

Dans les deux hypothèses l'accord collectif dénoncé ou mis en cause prend fin jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, au terme d'un délai de survie de douze mois augmenté d'un préavis de trois mois, soit un délai total de quinze mois. En l'absence d'accord de substitution, les salariés concernés conservent - en application des articles L. 2261-13 pour l'accord dénoncé et L. 2261-14 pour l'accord mis en cause, dans leur version antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 - les avantages individuels acquis¹ :

¹La loi du 8 août 2016 a substitué au maintien des avantages individuels acquis le maintien d'« une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de

Art. L. 2261-13 :

*« Lorsque la convention ou l'accord qui a été **dénoncé** n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai ».*

Art. L. 2261-14 :

*« Lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est **mise en cause** dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9, sauf clause prévoyant une durée supérieure.*

Lorsque la convention ou l'accord mis en cause n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans les délais précisés au premier alinéa, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ces délais.

Une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise concernée, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant la mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles stipulations ».

Par arrêt du 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-42.137 et autres, Bull. 2007, V, n° 119), la chambre a énoncé qu'*« 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 6², 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 ».*

On observera que postérieurement la chambre n'a plus fait mention du préjudice subi par les salariés engagés antérieurement à la dénonciation d'un accord collectif comme justification du maintien à leur seul profit des dispositions de cet accord. Ainsi un arrêt du 28 juin 2018 (pourvoi n° 17-16.499, Bull. 2018, V, n° 131), énonce 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 ».*

Par arrêt rendu le 4 décembre 2007 (Soc., 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.041, Bull. 2007, V, n° 203), la chambre a étendu la solution énoncée par l'arrêt du 11

travail, ne peut être inférieure à la rémunération versée lors des douze derniers mois ». Les articles L. 2261-13 et L. 2261-14, modifiés par la loi n° 2018-1088 du 29 mars 2018, prévoient désormais que les salariés concernés *« bénéficient »* d'une *« garantie »* de rémunération fixée au même montant.

²Devenu L. 2261-13 du code du travail

juillet 2007 à l'hypothèse d'un maintien des avantages acquis résultant de l'accord de substitution : « *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*** ». Ainsi, ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire égal » un accord de substitution, conclu après l'absorption au sein du nouvel organisme issu de la fusion de deux entreprises, ayant 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 (même arrêt).

Cette jurisprudence a été réaffirmée sous l'empire de l'article L. 2261-14 par des arrêts diffusés (Soc., 27 octobre 2010, pourvoi n° 09-41.292 : « *Mais 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 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* » ; dans le même sens Soc., 21 mars 2012, pourvoi n° 10-17.847 ; Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-19.278).

Ainsi ne méconnaît pas le principe le principe « à travail égal, salaire égal » l'accord de transition conclu à la suite de la fusion de plusieurs caisses régionales du Crédit agricole prévoyant que la prime de vacances instituée par les accords de l'ancienne caisse régionale des Alpes maritimes devait continuer de bénéficier aux salariés de cette caisse (Soc., 21 mars 2012, précit).

De même est censurée la décision d'un conseil de prud'hommes qui, pour allouer une prime de 13^{ème} mois à une salariée engagée postérieurement à la mise en cause d'une convention collective, retient qu'une autre salariée percevait cette prime au titre d'un avantage acquis consécutif à la mise en cause de la convention collective qui la prévoyait et à son remplacement par une autre convention collective ayant supprimé cet avantage (Soc., 13 février 2013, précit.).

Dans une étude consacrée au principe d'égalité de traitement³, le conseiller doyen Pierre Bailly explicitait cette jurisprudence en soulignant que lorsque la différence de traitement résulte de l'application de la loi elle-même, elle se trouve justifiée et que tel est le cas dans l'hypothèse d'une mise en cause du statut collectif. Ainsi, les avantages acquis que conservent les salariés en l'absence de conclusion d'un accord d'adaptation, ne profitent pas aux autres salariés déjà en place dans l'entreprise au nom de l'égalité de traitement, cette situation inégalitaire résultant de l'application de l'article L 2261-14 du code du travail. Il indiquait qu'il en est de même lorsque le maintien des avantages acquis résulte d'un accord de substitution le prévoyant :

*« [...] sans en faire un panorama exhaustif, d'autres éléments ont été retenus comme **critère pertinent de différence de traitement**. C'est d'abord le cas lorsque la différence de traitement résulte de l'application de la loi elle-même. Ainsi, en matière de transfert d'entreprise, le nouvel employeur est tenu de maintenir les avantages dont bénéficiaient*

³In « L'égalité dans les relations individuelles de travail - La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation : état des lieux », RJS 2014, p. 300

auparavant les salariés qui passent à son service, puisque c'est le même contrat qui se poursuit avec lui par application de l'article L 1224-1 du Code du travail. Tel est le cas des avantages que ces salariés tiennent d'un usage ou d'un engagement unilatéral du précédent employeur, de sorte que le personnel qui n'est pas concerné par le transfert ne peut se voir attribuer ces avantages au nom de l'égalité de traitement (49) . De même, lorsque le statut collectif est mis en cause par ce changement d'employeur, les avantages acquis que conservent les salariés en l'absence de conclusion d'un accord d'adaptation, ne profitent pas aux autres salariés déjà en place dans l'entreprise au nom de l'égalité de traitement, cette situation inégalitaire résultant de l'application de l'article L 2261-14 du Code du travail. Il en va de même lorsque le maintien des avantages acquis résulte d'un accord de substitution le prévoyant (50) ou lorsque les avantages acquis font suite à la dénonciation d'un accord collectif, par l'effet de l'article L 2261-10 ».

On relèvera qu'après la recodification la question s'est posée du maintien de cette jurisprudence comme il ressort du rapport établi pour l'arrêt du 27 octobre 2010 (pourvoi n° 09-41.292, précit.), par le conseiller Philippe Gosselin, qui s'exprimait en ces termes : « Le principe posé par la chambre sociale, s'agissant des conséquences de la dénonciation ou de la mise en cause) d'un accord collectif, est que la date à laquelle les salariés ont été engagés importe peu, les seules différences de traitement admises étant celles qui résultent du maintien des avantages acquis en application de l'article L 2261-13 du code du travail, ces avantages "ayant 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". (cf **soc 11 juillet 2007** No 06-42.137 Bull V no 119).

On pouvait donc conclure de cet arrêt que le respect par l'accord de substitution du principe à travail égal, salaire égal s'imposait. Mais la chambre, par un arrêt rendu peu de temps après, a jugé 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" (soc 4 décembre 2007 No 06-44.041 Bull V no 203). Par cet arrêt, la chambre a mis tous les accords de substitution à l'abri d'un contrôle par le juge du respect du principe à travail égal, salaire égal. Le pourvoi permettra à la chambre de confirmer cette jurisprudence ou de l'infirmer ».

Il ne semble pas que notre chambre ait réitéré la solution issue des arrêts précités des 4 décembre 2007 et 27 octobre 2010 sous l'empire des dispositions de l'article L. 2261-14 du code du travail tel que modifié par la loi du 8 août 2016.

En tout état de cause, cette jurisprudence, dont il résulte que le maintien des avantages individuels acquis (et désormais la garantie de rémunération) qui a été institué par le législateur en cas d'absence d'accord remplaçant l'accord collectif dénoncé (art. L. 2261-13) ou l'accord collectif mis en cause (art. L. 2261-14), peut être prévu par les partenaires sociaux dans l'accord de substitution ou d'adaptation sans méconnaître le principe d'égalité de traitement, doit être appréciée au regard de l'évolution ultérieure de la jurisprudence de la chambre quant à l'application de ce principe aux différences de traitement instituées par des accords collectifs.

A cet égard, ainsi que rappelé au rapport initial, par son arrêt « [X...] » du 1^{er} juillet 2009 (pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168), la chambre a décidé d'étendre sa jurisprudence issue de son arrêt « Ponsolle » (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, Bull. 1996, V, n° 359) - ayant fait application du principe « à travail égal,

salairé égal », devenu par la suite le principe de l'égalité de traitement, entre les salariés se trouvant dans une situation comparable – jusque-là cantonnée aux décisions unilatérales de l'employeur, aux différentiations instaurées par accords collectifs, plus précisément aux différences entre catégories professionnelles prévues par lesdits accords. Il était ainsi jugé que, par application du principe d'égalité de traitement, des différences entre des salariés selon leur appartenance à telle ou telle catégorie professionnelle devaient reposer sur des raisons objectives dont le juge devait contrôler, concrètement, la réalité et la pertinence compte tenu des spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, Bull. 2011, V, n° 155 et n° 10-11.933, Bull. 2011, V, n° 143).

Opérant un revirement de jurisprudence fondé sur la légitimité particulière des 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 les salariés participent directement par leur vote »*, par une série d'arrêts rendus le 27 janvier 2015 (pourvoi n° 13-14.773, Bull. 2015, V, n° 8 ; pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9 ; pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10), la chambre a posé pour postulat que les différences de traitement, lorsqu'elles sont effectuées par accords collectifs entre catégories professionnelles, sont présumées justifiées. Il s'agit d'une présomption simple, la chambre énonçant en effet qu'il appartient au salarié qui conteste une telle différence de traitement de démontrer qu'elle est étrangère à toute considération de nature professionnelle.

Cette même présomption a ensuite été appliquée aux différences opérées entre salariés exerçant des fonctions différentes au sein d'une même catégorie professionnelle (Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324 et a., Bull. 2016, V, n° 130), ainsi qu'entre salariés d'établissements distincts, que cette différence résulte d'accords d'établissements (Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206), ou d'un accord d'entreprise (Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, n° 16-17.518, Bull. 2017, V, n° 170), ou encore aux différences opérées par voie d'un protocole de fin de conflit ayant valeur d'accord collectif entre salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou des établissements distincts (Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.925 et a., Bull. 2018, V, n° 94).

La chambre a en outre, par un arrêt de revirement du 30 novembre 2017 (pourvoi n° 16-20.532, publié), posé une présomption - non pas simple, mais irréfragable - de justification des différences de traitement en matière de transfert conventionnel en énonçant 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 »*.

Ultérieurement, par arrêt du 3 avril 2019 (pourvoi n° 17-11.970, publié), la chambre sociale a écarté la généralisation d'une présomption de conformité des accords collectifs au principe d'égalité de traitement. Ainsi cette présomption est exclue dans les domaines où est mis en oeuvre le droit de l'Union et tel est le cas d'une différence de traitement fondée uniquement sur la date de présence sur un site qui ne saurait être présumée justifiée (même arrêt). Dans le même sens, il a été jugé que même lorsque la différence de traitement en raison d'un des motifs visés à l'article L. 1132-1 du code du travail résulte des stipulations d'une convention ou d'un accord collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, les stipulations concernées ne peuvent être présumées justifiées au regard du principe de non-discrimination (Soc., 9 octobre 2019, pourvoi n° 17-16.642, publié).

Il résulte en définitive de ce qui précède que, s'agissant des différences de traitement instaurées par accords collectifs, hors les cas où la présomption de justification est exclue (dans les domaines notamment où est mis en oeuvre le droit de l'Union) et où, à l'inverse, la présomption de justification est irréfragable (ainsi en matière de transfert conventionnel), ces différences de traitement bénéficient d'une présomption simple de justification au regard du principe d'égalité de traitement, cette présomption pouvant être renversée par le salarié qui conteste la différence de traitement en cause à la condition de rapporter la preuve qu'elle est étrangère à toute considération de nature professionnelle.

A cet égard, on peut relever que l'arrêt précité du 4 octobre 2017, par lequel la chambre a étendu la présomption de conformité au principe d'égalité de traitement à des différences de traitement entre salariés appartenant à des établissements distincts, concernait des différences de traitement instaurées par un accord collectif conclu à la suite d'une opération de fusion-absorption :

- Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, 16-17.518, Bull. 2017, V, n° 170:

Vu le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le principe d'égalité de traitement, et l'accord d'entreprise de la société Munksjö Label Pack du 7 novembre 2002 ;

Attendu que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'ensemble de cette entreprise 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 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que le 1er septembre 2002 la société Ahlstrom La Gère a fait l'objet d'une opération de fusion absorption par la société Ahlstrom Packaging devenue la société Ahlstrom Label Pack devenue Munksjö Label Pack ; que la société et les quatre syndicats représentatifs au sein de l'entreprise ont signé le 7 novembre 2002 un accord d'entreprise maintenant, mais seulement pour les salariés de l'établissement de La Gère, les conditions de rémunération du travail de nuit, du dimanche et des jours fériés, issues de divers accords conclus antérieurement à la fusion au sein de la société

Ahlstrom La Gère ; qu'estimant subir une inégalité de traitement, M. [Y...] et M. [X...], affectés à l'établissement de [...], ont saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour faire droit à leur demande, l'arrêt retient que l'accord d'entreprise « suite à fusion » motive le maintien des anciens accords par la volonté de la direction, sans autre précision, que l'argument soutenu par le contexte historique ne peut être retenu, aucun nouvel accord d'établissement n'ayant été conclu concernant l'établissement de La Gère postérieurement à la fusion absorption d'une société distincte, de sorte que les anciens accords ne s'appliquaient qu'aux salariés transférés, que si le site de La Gère est géré au niveau du groupe comme un établissement distinct, la traduction juridique en est qu'il s'est agi d'un établissement distinct jusqu'en juin 1997, d'une société distincte entre juillet 1997 et septembre 2002, et à nouveau d'un établissement distinct à partir de septembre 2002, de sorte que les accords collectifs signés en 1999 doivent être considérés au travers de la nature juridique réelle de l'entité signataire concernée, et non en fonction d'une gestion de groupe dans le cadre d'un contexte historique, qu'en maintenant les anciens accords, avant fusion, à l'ensemble des salariés travaillant sur le nouvel établissement de La Gère, soit ceux transférés mais également ceux embauchés postérieurement, les salariés travaillant au sein de l'établissement de [...] ont fait l'objet d'une disparité de traitement qu'il convient de rémunérer ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés ;

Au demeurant, et bien que le commentaire de cet arrêt au rapport annuel de la Cour n'en fasse pas mention, il ressort du rapport établi sous cet arrêt par la conseillère Annie Basset que l'accord d'entreprise dont il était question avait été conclu en application de l'article **L. 132-8** du code du travail, alors applicable, et que les différences de traitement litigieuses, relatives aux conditions de rémunération du travail de nuit, du dimanche et des jours fériés, résultaient d'un « **accord d'entreprise suite à fusion** » prévoyant le **maintien, au bénéfice de salariés de la société absorbée, d'accords** sur la réduction et l'aménagement du temps de travail **conclus au sein de cette société**. Voir ainsi les extraits du rapport :

« Un “accord d'entreprise suite à fusion” a été conclu le 7 novembre 2002 prévoyant notamment que :

“Statut Collectif :

Les éventuels usages qui étaient en vigueur au sein de chacune des deux entreprises sont maintenus, mais limités à l'établissement d'origine. Si des divergences importantes entre les établissements devaient apparaître, une harmonisation pourrait être étudiée.

Les accords d'entreprise sur la réduction et l'aménagement du temps de travail :

La société Ahlstrom Packaging a conclu un accord dans le cadre de la loi Aubry II et bénéficie d'un abattement de charges patronales de sécurité sociale.

La société Ahlstrom La Gère a conclu un accord de type “Robien” et bénéficie également des aides de l'Etat.

En application des principes posés à l'article L. 132-8 du code du travail, l'accord “35 heures” de la société absorbée, soit Ahlstrom La Gère, sera donc mis en cause, avec un préavis de trois mois débutant le jour de l'entrée en vigueur de la modification.

À l'issue de ce préavis, l'accord “35 heures” survivra jusqu'à l'entrée en vigueur d'un accord d'adaptation définissant les nouvelles dispositions applicables et pendant un délai d'un an maximum.

La volonté de la direction est, dans le cadre de la négociation de cet accord de maintenir, au sein de l'établissement de La Gère, les modalités d'organisation du temps de travail contenues dans les accords de l'ancienne société Ahlström La Gère.

En conséquence les accords pour le site de [...] sont maintenus.

Les accords en place en sein de la société Ahlström Packaging ne sont pas affectés par cette opération juridique “.

On soulignera que les auteurs⁴ de l'ouvrage « Droit de la négociation collective » déduisent de cet arrêt du 4 novembre 2017, qu'« ***un [...] accord [de substitution] fait [...] l'objet de la présomption de justification inhérente aux accords collectifs instituant des différences de traitement*** », en relevant toutefois que « *cette présomption paraît limitée au cas où les salariés auxquels les avantages “ historiques ” sont maintenus constituent un établissement distinct* »⁵.

Par conséquent, par cet arrêt publié du 4 octobre 2017, la chambre a appliqué de facto à un accord de substitution, prévoyant le maintien d'avantages individuels acquis au bénéfice des salariés de la société absorbée, la règle de la présomption simple de conformité des accords collectifs au principe d'égalité de traitement et admis la possibilité corrélatrice de renversement de cette présomption par la démonstration que la différence de traitement litigieuse est étrangère à toute considération de nature professionnelle, marquant ainsi une évolution par rapport à la solution antérieure, dont se prévaut le pourvoi au cas présent, énoncée par l'arrêt précité du 4 décembre 2007 (pourvoi n° 06-44.041) au visa de l'ancien article L. 132-8 et reprise notamment par arrêt précité du 27 octobre 2010 (pourvoi n° 09-41.292) au visa de l'article L. 2261-14, qui postule que le maintien d'un avantage acquis résultant d'un accord de substitution conclu à la suite de la mise en cause d'un accord collectif ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement.

2.2. On l'a vu, en matière de différences de traitement créées par accord collectif, depuis ses arrêts du 27 janvier 2015 ayant instauré une présomption simple de conformité de ces différences au regard du principe d'égalité de traitement, notre chambre a substitué à la notion de raison objective et pertinente justifiant auparavant une différence de traitement créée par accord collectif, celle de différence « ***étrangère à toute considération de nature professionnelle*** », qui, à l'inverse, est seule susceptible de faire échec à la présomption de justification de cette différence et dont le salarié, qui invoque une inégalité de traitement, doit rapporter la preuve.

Au cas présent, la cour d'appel a fait application de cette jurisprudence en considérant que la différence de traitement prévue par l'accord de substitution, résultant du maintien de l'indemnisation de leurs frais de transport au seul profit des anciens salariés de la société absorbée bénéficiant de cet avantage avant la date d'effet de l'accord de substitution ou qui en bénéficiaient auparavant, était présumée justifiée. Puis elle a retenu que M. [C] rapportait la preuve que cette différence de traitement était étrangère à toute considération de nature professionnelle.

Notre chambre exerce son contrôle sur la notion de « ***différence de traitement étrangère à toute considération de nature professionnelle*** ».

Ainsi dans ses arrêts rendus le 30 mai 2018 (pourvoi n° 17-12.782 et a., précit.), pour approuver une cour d'appel ayant débouté des salariés de leurs demandes

⁴G. Dumortier, G. Loiseau, P. Lokiec, L. Pécaut-Rivolier

⁵Dalloz action 2024-2025, n° 422.213

d'extension à leur profit de la majoration du travail de nuit et du travail de dimanche et de la prise en charge en totalité de la mutuelle obligatoire, dont bénéficiaient les seuls salariés affectés sur un autre site, la chambre a considéré, par motifs substitués à ceux critiqués, que cette différence de traitement instituée par un accord d'établissement n'était pas étrangère à toute considération de nature professionnelle :

- Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.925 et autres, Bull. 2018, V, n° 94 :

Sur le second moyen du pourvoi incident des salariés, qui est recevable, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Attendu que les salariés font grief aux arrêts de les débouter de leur demande d'extension à leur profit de la majoration du travail de nuit et du travail de dimanche et de la prise en charge en totalité de la mutuelle obligatoire, dont bénéficient les seuls salariés affectés sur le site ST Microelectronics de Rousset, alors, selon le moyen [...]

Mais attendu que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise de nettoyage mais affectés à des sites ou établissements distincts, opérées par voie d'accords collectifs négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers 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 ;

*Et attendu que les arrêts relèvent que la majoration du travail de nuit et du travail de dimanche, ainsi que la prise en charge en totalité de la mutuelle obligatoire au profit des salariés affectés sur le site de Rousset, résultent d'un accord signé le 28 septembre 2013, lequel est un **accord d'établissement** conclu entre la société Elior services propreté et santé et les délégués syndicaux CGT, CFDT et CFTC de l'établissement de Meyreuil et **prenant en compte « les spécificités techniques et la forte disponibilité demandée par le client » sur le site de Rousset, et font ressortir que ces avantages ne sont pas étrangers à des considérations de nature professionnelle** ;*

Qu'il en résulte que la différence de traitement qu'instituait cet accord était justifiée ;

Que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, les décisions se trouvent légalement justifiées en leur dispositif ;

Plusieurs arrêts de cassation ont également été prononcés par lesquels notre chambre, substituant son appréciation à celle des juges du fond, considère qu'une différence de traitement instaurée par accord collectif n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle, ou à tout le moins que les juges se sont prononcés par des motifs impropres à exclure toute considération de nature professionnelle.

Voir ainsi, à propos d'une différence de traitement entre catégories professionnelles, l'un des arrêts précités rendus le 27 janvier 2015 ayant institué la présomption de conformité au principe d'égalité de traitement :

- Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773, 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8 :

Sur le moyen relevé d'office, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le principe d' égalité de traitement et l'article 17 de l'annexe IV ingénieurs et cadres de la convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950 ;

Attendu 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [X...], engagé, le 4 août 1986, en qualité de conducteur receveur par la société Sceta transports et voyageurs aux droits de laquelle vient la société Veolia transport Rhône-Alpes interurbain, a été licencié par lettre du 13 novembre 2009 pour inaptitude et impossibilité de reclassement ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour contester son licenciement et obtenir le paiement d'un complément d'indemnité conventionnelle de licenciement sur le fondement des dispositions conventionnelles applicables aux cadres ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, l'arrêt, après avoir relevé que les dispositions de la convention collective nationale applicable prévoyaient des modalités de calcul de l'indemnité de licenciement plus avantageuses pour les ingénieurs et cadres que pour les ouvriers, retient que la justification invoquée fondée sur le mécanisme du plafonnement des indemnités de chômage lequel concerne toutes les indemnités sans distinction entre les cadres et les non-cadres et suppose une indemnisation du chômage, ne peut suffire à justifier l'avantage ainsi concédé de façon générale à la catégorie des cadres ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses énonciations que la différence de traitement n'était pas étrangère à des considérations de nature professionnelle, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations a violé les textes et le principe susvisés ;

Un arrêt du 5 novembre 2015 (pourvoi n° 14-22.343 et autres) a statué dans le même sens.

Voir également pour une différence de traitement relative à une indemnité de trajet entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts :

- Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 20-23.510 :

Vu le principe d'égalité de traitement :

15. Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement 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.

16. Pour condamner l'employeur au paiement d'une prime de trajet, l'arrêt, après avoir relevé que cette prime a été établie par l'accord NAO du 27 octobre 2010 qui l'a réservée aux salariés ayant un contrat de travail sur le CEA de Cadarache, énonce qu'il appartient au salarié de démontrer, au vu des explications précédentes, que la différence de traitement n'est pas justifiée par des raisons objectives tenant à des considérations professionnelles et rappelle que l'intéressé ne travaille pas sur le site du CEA.

17. Il retient que la prime de trajet versée n'est pas destinée à compenser les frais exposés pour se rendre de son domicile à son lieu de travail et constitue un supplément de salaire et que son attribution à certains salariés exerçant un travail égal n'est pas justifiée, au regard de l'avantage accordé, par des raisons objectives tenant à des considérations professionnelles et que le salarié doit en bénéficier.

18. En statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses constatations que le salarié ne démontrait pas que l'avantage litigieux était étranger à toute considération de nature professionnelle, la cour d'appel a violé le principe susvisé.

Et concernant la même entreprise (la société Onet services) :

- Soc., 29 novembre 2023, pourvoi n° 22-15.202 :
Vu le principe d'égalité de traitement :

9. Les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement 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 .

10. Pour condamner l'employeur au paiement d'une somme à titre de prime de trajet, l'arrêt, après avoir relevé qu'il ressortait du cahier des charges du centre CEA de Cadarache que ne pouvait être affecté sur ce site que du personnel de nettoyage ayant une formation adaptée en radioprotection et que, quel que soit leur lieu d'affectation, les agents concernés étaient dans l'obligation de participer aux exercices de sûreté et de sécurité ordonnés par le CEA et d'utiliser des équipements de travail spécifiques, ce dont il a déduit que les agents AQS du site de Cadarache pouvaient prétendre à un traitement différencié au regard des sujétions professionnelles qui leur étaient imposées, retient que, si la prime peut effectivement compenser un temps de trajet supérieur à la moyenne même en cas d'utilisation du service de ramassage organisé par le CEA, **le salarié démontre qu'elle s'avère attribuée indépendamment des frais engagés et même du temps de trajet accompli puisque des salariés travaillant sur le site de Cadarache dont le domicile est très éloigné, tant au regard de la distance à parcourir que du temps de trajet, ne la perçoivent pas, tandis que des salariés vivant à proximité géographique la perçoivent en dépit d'un temps de trajet très réduit. Il en déduit que l'intéressé rapporte la preuve que l'attribution de la prime de trajet n'est pas liée à des considérations objectives de nature professionnelle mais**

revêt au contraire un caractère forfaitaire qui avantage de manière inégalitaire à fonctions identiques les salariés employés par le CEA.

11. En statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser que la différence de traitement résultant de l'accord d'établissement du 27 octobre 2010 instituant la prime de trajet au profit des salariés travaillant sur le site de Cadarache était étrangère à toute considération de nature professionnelle, la cour d'appel a violé le principe susvisé.

Voir encore à propos d'une indemnité de repas :

- Soc., 9 février 2022, pourvoi n° 20-17.182 :

Vu le principe d'égalité de traitement et les protocoles d'accord des 11 mars 1991 concernant les frais de déplacement des cadres et agents d'exécution des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements et 26 juin 1990 concernant les frais de déplacement des agents de direction, agents comptables, ingénieurs conseils et médecins salariés des organismes de sécurité sociale :

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

5. Pour condamner l'employeur à payer au salarié une certaine somme à titre de rappel d'indemnité de repas, l'arrêt relève que, jusqu'à ce qu'intervienne un protocole d'accord relatif aux frais de déplacement en date du 23 juillet 2015 instituant une indemnité de repas d'un même montant pour tous les personnels, les cadres et agents d'exécution des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements (incluant les inspecteurs du recouvrement) étaient soumis au protocole d'accord du 11 mars 1991 fixant l'indemnité de repas à la somme de 23,23 euros et les personnels de direction, agents comptables, ingénieurs conseils et médecins salariés des mêmes organismes au protocole d'accord du 26 juin 1990 fixant ladite indemnité à la somme de 26,47 euros. Il ajoute que l'employeur affirme que les agents de direction sont amenés à rencontrer diverses personnalités du monde économique et politique, ce qui les conduit à fréquenter des restaurants d'un certain niveau et induit des frais de repas plus élevés que ceux exposés par les autres salariés.

6. L'arrêt retient ensuite que, si cette considération est éventuellement susceptible de constituer un critère objectif de différence de traitement entre un inspecteur de recouvrement et un agent de direction, elle ne permet pas de justifier une différence de prise en charge des frais de repas des agents comptables, ingénieurs conseils et médecins salariés par rapport aux cadres et agents d'exécution quand ils doivent effectuer des déplacements professionnels les obligeant à prendre un repas, le salarié faisant observer à juste titre que tous les salariés se trouvent dans une situation identique au regard de l'avantage en cause puisqu'ils doivent tous se nourrir en cas de déplacement et que, dès lors, le salarié démontre que la différence de traitement n'est pas justifiée par des motifs professionnels.

7. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser que la différence de traitement litigieuse était étrangère à toute considération de nature professionnelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

En revanche, à la connaissance de la rapporteure, la chambre n'a encore jamais été amenée à approuver une cour d'appel ayant retenu qu'un salarié renversait la présomption de justification d'une différence de traitement instaurée par un accord collectif par la démonstration que cette différence de traitement était étrangère à toute considération de nature professionnelle.

A cet égard, il importe de souligner que la chambre n'a pas précisé ce qu'il fallait entendre par différence de traitement étrangère à toute considération de nature professionnelle.

Le commentaire au rapport annuel de l'un des arrêts du 27 janvier 2015 (pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9) donne toutefois certaines indications sur cette notion, en soulignant, s'agissant des différences de traitement entre catégories professionnelles sur lesquelles portaient ces arrêts, que ces différences *« sont présumées justifiées. La charge de la preuve est donc inversée. C'est à celui qui conteste le bien-fondé des différences catégorielles de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. L'objet de la preuve est également redéfini. Dès lors qu'est reconnue aux négociateurs la faculté d'opérer des distinctions fondées sur l'appartenance à une catégorie professionnelle déterminée, leurs choix ne peuvent être contestés que s'ils reposent sur des raisons autres que de nature professionnelle. Les critères antérieurs sont donc synthétisés et mis en lien avec les prérogatives dont les organisations syndicales peuvent légalement faire usage dans la négociation collective. Ainsi, certaines conventions collectives prévoient que les salariés peuvent bénéficier de jours d'absence pour soigner un enfant malade. On peut penser que ces conventions ne pourraient pas réserver un tel avantage à une seule catégorie de personnel »*.

Sur cette notion de considération de nature professionnelle, on ajoutera que, commentant l'arrêt précité du 4 octobre 2017 (pourvoi n° 16-17.517, 16-17.518), un auteur⁶ a pu relever que *« si c'est la différence de traitement qui doit reposer sur une considération professionnelle aux termes de la jurisprudence de la Cour de cassation, cette appréciation semble difficilement détachable de l'appréciation de la nature de l'avantage en cause »*.

2.3. En l'espèce, la convention d'entreprise Héraklès, constituant un accord de substitution au sens de l'article L. 2261-14 du code du travail, a été conclue le 20 novembre 2013 avec effet au 1er janvier 2014. L'article 4.5.5 de cette convention prévoit qu'à compter de son entrée en vigueur, *« les dispositions de l'article 4.9.6 de l'accord d'entreprise du 22 février 1982 du périmètre « ex SPS » relatif à l'indemnisation des frais de transport s'appliquent exclusivement aux salariés du périmètre « ex 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 antérieurement appliquées »*.

L'article 4.9.6 de l'accord d'entreprise SPS (entreprise absorbée) du 22 février 1982, relatif à l'indemnisation des frais de transport, dispose, en son article 4.9.6, que *« lorsque les horaires de début ou de fin de poste d'équipe ne leur permettent pas d'utiliser les transports en commun, les personnels en équipe perçoivent des indemnités kilométriques calculées sur la distance domicile/lieu de travail dans la limite d'un plafond journalier de 84 km aller/retour »*.

⁶Y. Ferkane, in RDT 2018, n° 67

Par conséquent les signataires de l'accord de substitution ont entendu maintenir un avantage, soit l'indemnisation des frais de transport entre le domicile et le lieu de travail, au profit des seuls anciens salariés de la société absorbée qui en bénéficiaient à la date d'effet de cet accord, soit au 1^{er} janvier 2014, ou qui en ont bénéficié antérieurement.

Il peut être relevé que cet avantage, qui a été maintenu au profit d'un « groupe fermé » de salariés, a vocation à terme à s'éteindre, à tout le moins dans le cadre prévu par l'accord SPS du 22 février 1982.

Le conseil de prud'hommes a écarté toute inégalité de traitement aux motifs suivants: *M. [C], ancien salarié SME, arrivé sur le site ex SPS après la conclusion de la convention Héraklès et après la fusion, qui ne bénéficiait pas de l'indemnisation des frais de transport au titre de l'accord d'entreprise SPS du 22 février 1982 au moment de l'entrée en vigueur de la convention Héraklès, n'avait pas d'avantage à maintenir et ne peut donc pas prétendre au remboursement de frais de transport dont bénéficient les salariés ex SPS. A cet égard il convient de souligner que le fait que des salariés présents avant la fusion-absorption bénéficient d'un avantage acquis qui leur a été maintenu justifie objectivement la différence de traitement avec des salariés n'ayant jamais bénéficié de cet avantage. D'ailleurs M. [C] est traité de la même manière que les salariés nouvellement embauchés sur le site [Localité 3] ex SPS postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention d'entreprise. Il n'y donc aucune inégalité de traitement entre M. [C] et les salariés ex SPS, qui ne sont pas placés dans une situation identique, ou entre M. [C] et les nouveaux embauchés sur ce site ».*

Les premiers juges ont ajouté, en réponse au salarié qui invoquait également les dispositions des articles L. 3261-3⁷ et R. 3261-11⁸ du code du travail, que « si M. [C] se réfère à l'article R. 3261-11 du code du travail, cette disposition n'est pas applicable en l'espèce car, d'une part, la prise en charge par l'employeur ne se limite pas aux frais de carburant mais est plus globale, d'autre part, elle résulte d'un régime conventionnel négocié par les syndicats et la direction ».(cf. jugement, p. 6, § 6).

⁷Ce texte relatif à la prise en charge des frais de transports personnels dispose, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 :

« L'employeur peut prendre en charge, dans les conditions prévues à l'article L. 3261-4, tout ou partie des frais de carburant engagés pour leurs déplacements entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail par ceux de ses salariés :

1° Dont la résidence habituelle ou le lieu de travail est situé en dehors de la région d'Ile-de-France et d'un périmètre de transports urbains défini par l'article 27 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

2° Ou pour lesquels l'utilisation d'un véhicule personnel est rendue indispensable par des conditions d'horaires de travail particuliers ne permettant pas d'emprunter un mode collectif de transport.

Dans les mêmes conditions, l'employeur peut prendre en charge les frais exposés pour l'alimentation de véhicules électriques ou hybrides rechargeables et permettre la recharge desdits véhicules sur le lieu de travail. Le bénéfice de cette prise en charge ne peut être cumulé avec celle prévue à l'article L. 3261-2 » (lequel concerne la prise en charge des frais de transports publics).

⁸Qui prévoit dans sa rédaction antérieure au décret n° 2020-541 du 9 mai 2020 :

« Lorsque l'employeur prend en charge tout ou partie des frais de carburant ou d'alimentation électrique d'un véhicule engagés par ses salariés, il en fait bénéficier, selon les mêmes modalités et en fonction de la distance entre le domicile et le lieu de travail, l'ensemble des salariés remplissant les conditions prévues à l'article L. 3261-3.

L'employeur doit disposer des éléments justifiant cette prise en charge. Il les recueille auprès de chaque salarié bénéficiaire qui les lui communique ».

A l'inverse la cour d'appel a d'abord considéré que « **La différence de traitement instaurée par l'accord d'entreprise Héraklès doit être considérée comme présumée justifiée en ce qu'elle concerne des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements ou sites distincts. Il appartient dès lors à M. [C] d'établir qu'elle est étrangère à toute considération de nature professionnelle** ».

Puis elle a jugé que « **Cette différence concerne le coût des déplacements domicile-travail, lesquels sont exclus du champ du temps de travail effectif outre que le montant de l'avantage consenti varie selon le lieu de domicile choisi librement par le salarié. Elle repose ainsi entièrement sur des caractéristiques personnelles du salarié, relevant de sa vie privée et est donc étrangère à toute considération de nature professionnelle.** Il sera en conséquence considéré que cette différence porte atteinte au principe d'égalité de traitement, le maintien d'un avantage résultant d'un accord d'entreprise antérieur à la fusion au profit des seuls salariés présents dans l'établissement avant cette fusion, et le refus subséquent de cet avantage à un salarié, qui était déjà présent dans l'entreprise mais employé sur un autre site, ne constituant pas une raison objective et pertinente de nature à la justifier » (cf. arrêt, p. 6, § 4 à 7).

Il conviendra d'apprécier si la motivation de la cour d'appel ayant, d'une part, énoncé que la différence de traitement instaurée par l'accord de substitution en cause était présumée justifiée, d'autre part, exclu que cette différence résultant du maintien par l'accord de substitution, au profit d'anciens salariés affectés sur le site de la société absorbée d'un avantage relatif à l'indemnisation de leurs frais de transport entre leur domicile et leur lieu de travail, soit justifié par une considération d'ordre professionnel, peut être approuvée au regard de la jurisprudence de notre chambre rappelée supra.

Enfin on relèvera qu'ayant fait droit à la demande principale de M. [C], la cour d'appel ne s'est pas prononcée sur la demande subsidiaire de ce dernier, tendant au paiement de dommages-intérêts pour perte de chance de bénéficier d'un régime d'indemnisation de frais de transport tel que prévu au bénéfice des salariés « ex SPS »⁹, laquelle avait été rejetée par le conseil de prud'hommes, ce qu'a souligné le salarié dans ses observations déposées après le rapport initial pour s'opposer à une cassation sans renvoi dont l'éventualité a été mentionnée dans ledit rapport en application de l'article 1015 du code de procédure civile, l'employeur considérant à l'inverse, aux termes de ses observations sur ce point, qu'une cassation sans renvoi serait susceptible d'intervenir, à tout le moins concernant le chef de dispositif accueillant la demande principale du salarié et qu'en outre la Cour de cassation serait en mesure de statuer au fond sur la demande subsidiaire du salarié en la rejetant.

⁹Le salarié se fondait sur le dernier alinéa de l'article 4.5.5. de la convention d'entreprise Héraklès prévoyant que « *En outre, la Direction s'engage à réunir les partenaires sociaux au cours de l'année 2014 afin d'établir un dispositif concernant les nouveaux arrivants dans ces secteurs* »