TEXTE INTÉGRAL

Cassation partielle

numéros de diffusion : 821

ECLI : ECLI:FR:CCASS:2021:SO00821

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

SOC.

LG

COUR DE CASSATION

Audience publique du 23 juin 2021

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 821 FS-B sur le 2nd moyen-1re branche

Pourvoi n° P 18-24.809

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 23 JUIN 2021

La société Elior services propreté et santé, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1], a formé le pourvoi n° P 18-24.809 contre l'arrêt rendu le 21 septembre 2018 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (18e chambre B), dans le litige l'opposant à Mme [Q] [N], épouse [X], domiciliée [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Prache, conseiller référendaire, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société Elior services propreté et santé, les plaidoiries de Me Lyon-Caen, et l'avis de Mme Trassoudaine-Verger, avocat général, après débats en l'audience publique du 12 mai 2021 où étaient présents M. Cathala, président, Mme Prache, conseiller référendaire rapporteur, M. Huglo, conseiller doyen, M. Rinuy, Mmes Pécaut-Rivolier, Ott, Sommé, conseillers, Mme Lanoue, MM. Joly, Le Masne de Chermont, conseillers référendaires, Mme Trassoudaine-Verger, avocat général, et Mme Jouanneau, greffier de chambre,

la chambre sociale de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 21 septembre 2018), Mme [X], engagée par la Société française de gestion hospitalière (SFGH) Hôpital service, aux droits de laquelle vient la société Elios services propreté et santé (la société ESPS), et affectée sur le site de nettoyage de l'établissement de Provence à Meyreuil, a saisi le 26 février 2014 la juridiction prud'homale aux fins de paiement notamment d'une prime de treizième mois versée aux salariés de la même entreprise, travaillant sur les sites de nettoyage de la clinique [Établissement 1] et de la polyclinique de [Localité 1], en application du principe d'égalité de traitement.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, ci-après annexé

2. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

3. L'employeur fait grief à l'arrêt de reconnaître l'inégalité de traitement au titre du treizième mois et de le condamner à verser à la salariée une somme à ce titre, alors « que l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert de contrats de travail résultant d'une application volontaire ou de plein droit de l'article L. 1224-1 du code du travail, de maintenir les droits que les salariés transférés tiennent de leur contrat de travail, d'un usage ou d'un avantage acquis justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ; qu'en jugeant que « l'employeur a volontairement attribué un treizième mois aux salariées, Mmes [U], [F] et [M] » et qu'« à défaut pour l'employeur de justifier par des éléments objectifs, pertinents et matériellement vérifiables justifiant cette différence de traitement, Mme [X], fondée à réclamer l'allocation d'un treizième mois », quand il n'était pas contesté par les parties que la prime litigieuse relevait d'un avantage acquis réservé à des salariés du site d'Echirrolles qui avaient été transférés à la société Hôpital service, devenue depuis la

société ESPS, à la suite d'une application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail, ce dont il résultait que la différence de traitement entre ces salariés et Mme [X], non concernée par ce transfert, était justifiée, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, ensemble l'article L. 1224-1 du code du travail. »

Réponse de la Cour

Vu le principe d'égalité de traitement et l'article L. 1224-1 du code du travail :

4. L'obligation à laquelle est tenu le nouvel employeur, en cas de reprise du contrat de travail du salarié d'une entreprise par application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail, de maintenir à son bénéfice les droits qui lui étaient reconnus chez son ancien employeur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés.

5. Pour faire droit à la demande de la salariée en paiement d'une prime de treizième mois au titre des années 2014 et 2015, l'arrêt retient d'abord que la société Hôpital service a fait l'objet d'une fusion par absorption par la société ESPS avec effet au 1er avril 2012 et que la salariée a été embauchée le 1er novembre 2010 par la société SFGH Hôpital service, de sorte qu'elle peut se comparer, s'agissant des primes acquises et suppléments salariaux aux salariés recrutés du temps de cette société Hôpital service, dont les trois salariées de la clinique d'[Localité 2] (Mmes [U], [F] et [M]) embauchées respectivement les 1er juillet 2010, 28 juin 2010 et 2 juillet 2010, que ces trois salariées bénéficiaient d'un treizième mois équivalent à 100 % du salaire mensuel brut, ce qui n'est pas son cas, que la société ESPS soutient à tort que Mmes [U], [F] et [M] ont fait l'objet d'un transfert de leurs contrats de travail en application de l'article L. 1224-1 du code du travail.

6. L'arrêt ajoute ensuite que, s'agissant de la reprise des salariés anciennement embauchés par la société Sodexo sur le site de la clinique d'[Localité 2], la société ESPS ne rapporte pas la preuve d'une reprise d'une entité économique dans le cadre d'une perte de marché en application de l'annexe 7 de la convention collective de propreté, que les contrats de travail portent la mention suivante : « suite à la reprise de la prestation de bio-nettoyage et des services hôteliers par la société Hôpital Service, les

dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ne pouvant recevoir application de droit en l'espèce, il a été proposé à Mme... de bénéficier d'un transfert de son contrat de travail au sein de la société Hôpital Service à compter du 1er juillet 2010, ce transfert vaut rupture d'un commun accord du contrat de travail d'origine de Mme... avec Sodexo et conclusion d'un nouveau contrat de travail à durée indéterminée sans période d'essai avec la société Hôpital Service », que c'est donc vainement que la société ESPS affirme que ce transfert a été effectué de droit, qu'il s'ensuit que l'employeur a volontairement attribué un treizième mois aux salariées, Mmes [U], [F] et [M], qu'il est exactement relevé par la salariée que la clause d'attribution de la prime de treizième mois ne mentionne ni les critères ni les conditions d'attribution, et ne précise nullement qu'elle est versée pour compenser une sujétion particulière ou pour exercer des tâches spécifiques non comprises dans le salaire mensuel.

7. En statuant ainsi, alors qu'il ressortait de ses constatations que l'employeur avait fait une application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail, de sorte qu'il était fondé à maintenir l'avantage de treizième mois au seul bénéfice des salariés transférés, sans que cela constitue une atteinte prohibée au principe d'égalité de traitement, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés.

Et sur le second moyen, pris en sa cinquième branche

Enoncé du moyen

8. L'employeur fait le même grief à l'arrêt, alors « qu'en affirmant, pour juger que « le treizième mois alloué aux salariés du site de la polyclinique de [Localité 1] constitue un avantage alloué unilatéralement par l'employeur » et condamner en conséquence la société ESPS à verser à Mme [X] la prime litigieuse, que « le treizième mois a été attribué de façon pérenne à compter de novembre 2012 à plusieurs salariés (?) du site de la polyclinique de [Localité 1] », sans cependant rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si le versement régulier de la prime litigieuse ne résultait pas des condamnations judiciaires prononcées au bénéfice de ces salariés en première et seconde instance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 du code du travail et 1103 et 1104 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 1221-1 du code du travail et 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

9. Pour faire droit à la demande en paiement d'une prime de treizième mois au titre des années 2014 et 2015, l'arrêt retient également que, s'agissant des salariés affectés sur le site de la polyclinique de [Localité 1], la salariée expose que certains d'entre eux, notamment Mmes [Q], [O], [B], [H] et M. [G] ont perçu un treizième mois, attribué spontanément et unilatéralement par l'employeur, que l'attribution de la prime de treizième mois aux salariés du site de la polyclinique de [Localité 1] ne résulte ni d'un transfert du contrat de travail en application d'une garantie d'emploi, en application de l'article 7 de la convention collective nationale des entreprises de propreté, ni d'un accord collectif négocié et signé par les organisations syndicales représentatives ou d'un protocole de fin de conflit ayant même valeur, ni du maintien d'une majoration de traitement consentie à certains salariés par un ancien employeur en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, que la société ESPS ne peut valablement soutenir qu'il s'agit d'une erreur, dont l'explication de l'origine varie selon les deux attestations produites, et alors que le treizième mois a été attribué de façon pérenne à compter du mois de novembre 2012 à plusieurs salariés du site de la polyclinique de [Localité 1], qu'il résulte de ces éléments que le treizième mois alloué aux salariés du site de la polyclinique de [Localité 1] constitue un avantage alloué unilatéralement par l'employeur.

10. En se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir l'existence d'un engagement unilatéral de l'employeur clair et non équivoque, et sans rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si le versement de la prime litigieuse à compter de novembre 2012 aux salariés du site de nettoyage de la polyclinique [Établissement 2] à [Localité 1] ne résultait pas des condamnations judiciaires prononcées au bénéfice de salariés qui avaient saisi la juridiction prud'homale d'une demande identique, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il reconnaît l'inégalité de traitement au titre du treizième mois et en ce qu'il condamne la société Elior services propreté et santé à payer à Mme [X] la somme de 747,44 euros à titre de treizième mois, et la somme de 300 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, en cause d'appel, outre les entiers dépens, l'arrêt rendu le 21 septembre 2018, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence autrement composée ;

Condamne Mme [X] aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois juin deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour la société Elior services propreté et santé

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a jugé que seules les demandes formées pour la période antérieure au 14 mars 2009 étaient prescrites et d'avoir en conséquence alloué diverses sommes à la salariée ;

Aux motifs propres que la société Elior Services propreté et santé relève que, vu la prescription biennale de l'article L. 1471-1 du code du travail, applicable en ce que les demandes de Mme [Q] [N], épouse [X], relèvent de l'exécution du contrat de travail, celle-ci se trouve prescrite compte-tenu d'une saisine du conseil de prud'hommes le 15 février 2016 ; qu'en l'espèce, Mme [Q] [N], épouse [X], a saisi

le 26 février 2014, et non pas le 15 février 2016 comme allégué par la société appelante, le conseil de prud'hommes en paiement de rappels de primes de nature salariale relatifs aux années 2014 et 2015 (au jour de l'audience), sur le principe de l'égalité de traitement, laquelle action ne porte pas sur l'exécution du contrat de travail au sens de l'article L. 1471-1 du code du travail ; que le délai de prescription court à compter de la date d'exigibilité de chacune des créances salariales revendiquées ; que les demandes de Mme [Q] [N], épouse [X], portent sur les années 2014 et 2015, de sorte qu'aucune prescription n'est susceptible d'être retenue et que le moyen tiré de la prescription par la société ESPS est sans objet ;

ALORS QU'aux termes de l'article L. 1471-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ; qu'il en résulte que le délai de prescription d'une action en reconnaissance d'une inégalité de traitement court à compter de la connaissance par le salarié de l'inégalité litigieuse ; qu'en affirmant, pour juger que « le moyen tiré de la prescription par la société ESPS est sans objet », que l'action de Madame [X] en reconnaissance d'une inégalité de traitement « ne porte pas sur l'exécution du contrat de travail au sens de l'article L. 1471-1 du code du travail » et que « le délai de prescription court à compter de la date d'exigibilité de chacune des créances salariales revendiquées », la Cour d'appel a violé l'article susvisé.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire au premier moyen)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait reconnu l'inégalité de traitement au titre du 13ème mois et d'avoir ainsi condamné la société ESPS à verser sur ce chef à Madame [X] la somme de 747,44 ? ;

Aux motifs propres qu'à la lecture des bulletins de paie de l'intimée, il apparaît que celle-ci a perçu, au titre des années revendiquées, une prime de fin d'année d'un montant de 160,99 ? en 2015 pour 2014 et de 177,99 ? en 2016 pour 2015 ; que la salariée sollicite un rappel au titre d'un 13ème mois pour les années 2014 et 2015 (selon le dispositif de ses écritures) égale à 100 % du salaire mensuel brut, en se

fondant notamment sur le fait qu'une telle prime bénéficie aux salariés effectuant un même travail, ou un travail de valeur égale, sur d'autres sites exploités par l'employeur ou qui étaient exploités par la société ESPS ; que sont cités notamment les salariés de l'entreprise appartenant à la même catégorie professionnelle qui travaillent ou ont travaillé sur les sites de la polyclinique de [Localité 1] et de la clinique [Établissement 3] à [Localité 2] (38) (?) ;

Qu'il n'est pas discuté que la société HOPITAL SERVICE a fait l'objet d'une fusion par absorption par la société ESPS avec effet au 1^{er} avril 2012 et que Madame [Q] [N], épouse [X], a été embauchée le 1^{er} novembre 2010 par la société SFGH (Société Française de Gestion Hospitalière) Hôpital Service, de sorte qu'elle peut se comparer, s'agissant des primes acquises et suppléments salariaux, aux salariés recrutés du temps de cette société Hôpital Service dont les trois salariées de la clinique d'[Localité 2] (Mmes [U], [F] et [M]) embauchées respectivement les 1^{er} juillet 2010, 28 juin 2010 et 2 juillet 2010 ; que ces trois salariées bénéficiaient d'un 1^{er} 3^{ème} mois équivalent à 100 % du salaire mensuel brut, ce qui n'est pas son cas ; qu'il n'est pas discuté que Mmes [U], [F] et [M] exercent des fonctions identiques aux siennes, un travail identique ou à tout le moins de valeur égale et appartiennent à la même catégorie agents de service de la filière exploitation ; que Madame [Q] [N], épouse [X], se trouve dans une situation similaire à celle de ces dernières ; que la société ESPS soutient à tort que Mmes [U], [F] et [M] ont fait l'objet d'un transfert de leurs contrats de travail en application de l'article L. 1224-1 du code du travail ; qu'en effet, il convient de rappeler que L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 est applicable en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise ; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif économique propre ; que la perte d'un marché ne peut suffire, en l'absence de transfert d'éléments d'exploitation corporels ou incorporels significatifs, à entraîner un changement d'employeur relevant de ce texte ; qu'en l'espèce, s'agissant de la reprise des salariés anciennement embauchés par la société Sodexo sur le site de la clinique d'[Localité 2], la société ESPS ne rapporte pas la preuve d'une reprise d'une entité économique dans le cadre d'une perte de marché en application de

l'annexe 7 de la convention collective de propreté ; que bien plus, il est à juste titre relevé par Madame [Q] [N], épouse [X], que les contrats de travail de Mmes [U], [F] et [M] portent la mention suivante : "suite à la reprise de la prestation de bio-nettoyage et des services hôteliers par la société Hôpital Service, les dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail ne pouvant recevoir application de droit en l'espèce, il a été proposé à Mme... de bénéficier d'un transfert de son contrat de travail au sein de la société Hôpital Service à compter du 1er juillet 2010, ce transfert vaut rupture d'un commun accord du contrat de travail d'origine de Mme... avec Sodexo et conclusion d'un nouveau contrat de travail à durée indéterminée sans période d'essai avec la société Hôpital Service" ; que c'est donc vainement que la société ESPS affirme que ce transfert a été effectué de droit ; que ce moyen doit donc être écarté ; qu'il s'ensuit que l'employeur a volontairement attribué un 13ème mois aux salariées, Mmes [U], [F] et [M] ; qu'il est exactement relevé par Madame [Q] [N], épouse [X], que la clause d'attribution de la prime de 13ème mois ne mentionne ni les critères ni les conditions d'attribution, et ne précise nullement qu'elle est versée pour compenser une sujétion particulière ou pour exercer des tâches spécifiques non comprises dans le salaire mensuel ;

Et que par ailleurs, s'agissant des salariés affectés sur le site de la polyclinique de [Localité 1], laquelle dépend de la même direction régionale Sud-Est à [Localité 3] que celui de l'établissement de Provence, l'intimée expose que certains d'entre eux, notamment en l'espèce, Mmes [Q], [O], [B], [H] et M. [G] ont perçu un 13ème mois, attribué spontanément et unilatéralement par l'employeur ; que sur cette attribution aux salariés du site de [Localité 1], la société ESPS expose qu'elle résulte d'une erreur, laquelle ne peut être considérée comme constitutive d'un droit acquis ou d'un usage ; que l'examen des bulletins de paie des salariés de l'entreprise ayant travaillé sur ce site, tant en qualité de gouvernante (Mme [G]) ou chef d'équipe (Mme [O]) qu'en qualité d'agent de service (Mmes [H], [B] et M. [G]) permettent de constater le versement annuel d'un 13ème mois sur la base de 100 % du salaire mensuel (brut) de base (au prorata du temps de présence dans l'entreprise au cours de l'année.) ; que l'appelante qui soutient que l'attribution de ce 13ème mois aux salariés de la polyclinique de [Localité 1] résulte d'une erreur, produit, en ce sens, l'attestation du responsable du centre de services partagés aux termes

de laquelle ladite erreur résulte d'un changement de programme informatique et une attestation d'une responsable de site selon laquelle ce versement du 13ème mois a été effectué par erreur à des salariés ayant également engagé une procédure prud'homale avant même tout jugement les concernant ; qu'en l'espèce, l'attribution de la prime de 13ème mois aux salariés du site de la polyclinique de [Localité 1] ne résulte ni d'un transfert du contrat de travail en application d'une garantie d'emploi, en application de l'article 7 de la Convention collective nationale des entreprises de propreté, ni d'un accord collectif négocié et signé par les organisations syndicales représentatives ou d'un protocole de fin de conflit ayant même valeur, ni du maintien d'une majoration de traitement consentie à certains salariés par un ancien employeur en application de l'article L. 1224-1 du code du travail ; que la société appelante ne peut valablement soutenir qu'il s'agit d'une erreur, dont l'explication de l'origine varie selon les deux attestations produites, et alors que le 13ème mois a été attribué de façon pérenne à compter du mois de novembre 2012 à plusieurs salariés (au nombre de dix selon les écritures de la société ESPS) du site de la polyclinique de [Localité 1], lequel supplément de salaire représente 100 % du salaire mensuel (brut) de base ; qu'il résulte de ces éléments que le 13ème mois alloué aux salariés du site de la polyclinique de [Localité 1] constitue un avantage alloué unilatéralement par l'employeur ; qu'en conséquence, à défaut pour l'employeur de justifier par des éléments objectifs, pertinents et matériellement vérifiables justifiant cette différence de traitement, Madame [Q] [N], épouse [X], est fondée à réclamer l'allocation d'un 13ème mois pour la période 2014 à 2015 (selon le dispositif de ses conclusions) ; que le montant dû à ce titre s'établit à la somme de 747,44 €, selon les chiffres produits par la salariée, après déduction des sommes perçues et correspondant à son temps de présence au sein de l'entreprise ; que le jugement sera confirmé en ce qu'il a reconnu l'inégalité de traitement résultant de l'attribution d'un 13ème mois, et infirmé sur le montant et en ce qu'il a condamné la société ESPS à payer une somme à titre de congés payés afférents ;

Et aux motifs éventuellement adoptés du jugement entrepris que le principe est l'égalité salariale entre salariés exerçant le même travail au sein de la même entreprise ; que les différences de traitement sont autorisées si elles reposent sur des raisons objectives, matériellement vérifiables et pertinentes, telles

que l'expérience, l'ancienneté, les responsabilités, la qualité du travail ou le statut collectif, à certaines conditions ; qu'il n'est pas contesté que [Q] [X] effectue un travail de même valeur que les autres salariés de société ELIOR SERVICE PROPRETE ET SANTE, SAS, travaillant dans divers établissements à [Localité 4] ou sur le territoire national, et qu'un certain nombre d'entre eux, notamment les salariés du site [Établissement 4] à [Localité 5] (qui ne font désormais plus partie de la société suite à la perte du marché) ont bénéficié d'une gratification de fin d'année qui n'est pas prévue par la Convention collective de la propreté, et que [Q] [X] ne perçoit pas ; que la société ELIOR SERVICES PROPRETE ET SANTE, SAS, excipe de l'application d'un statut collectif différent à des salariés qui viennent d'horizons différents, notamment par le jeu de pertes et reprises de marchés ; qu'or, si la négociation collective au sein d'un établissement distinct permet d'établir par voie d'accord collectif des différenciations de traitements avec des salariés qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'accord d'établissement, il n'en demeure pas moins nécessaire pour l'employeur de donner des raisons objectives, concrètes, pertinentes et vérifiables à cette différenciation et que l'accord collectif ne peut, à lui seul, justifier ; que si l'employeur justifie d'un accord de fin de conflit concernant le site montpelliérain de [Établissement 4], il ne justifie d'aucune raison objective matériellement vérifiable à la différenciation opérée avec ses salariés travaillant sur d'autres sites, exerçant un travail égal ou de valeur égale, notamment [Q] [X] ; qu'aucun décompte alternatif n'étant suggéré par société ELIOR SERVICE PROPRETE ET SANTE, SAS, c'est celui proposé par [Q] [X] qui sera retenu ;

ALORS, D'UNE PART, QUE l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert de contrats de travail résultant d'une application volontaire ou de plein droit de l'article L. 1224-1 du Code du travail, de maintenir les droits que les salariés transférés tiennent de leur contrat de travail, d'un usage ou d'un avantage acquis justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ; qu'en jugeant que « l'employeur a volontairement attribué un 13ème mois aux salariées, Mesdames [U], [F] et [M] » et qu'« à défaut pour l'employeur de justifier par des éléments objectifs, pertinents et matériellement vérifiables justifiant cette différence de traitement, Madame [Q] [N], épouse [X], fondée à réclamer l'allocation d'un 13ème mois », quand il n'était pas contesté par les

parties que la prime litigieuse relevait d'un avantage acquis réservé à des salariés du site d'Echirolles qui avaient été transférés à la société HOPITAL SERVICE, devenue depuis la société ESPS, à la suite d'une application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ce dont il résultait que la différence de traitement entre ces salariés et Madame [X], non concernée par ce transfert, était justifiée, la Cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, ensemble l'article L. 1224-1 du Code du travail ;

ALORS, D'AUTRE PART et en tout état de cause, 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 de conventions tripartites signées entre les salariés transférés et les deux employeurs successifs 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 volontairement les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, est justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ; que pour condamner la société ESPS à verser à Madame [X] une somme de prime de 13ème mois, la Cour d'appel a affirmé que « l'employeur a volontairement attribué un 13ème mois aux salariées, Mesdames [U], [F] et [M] » et qu'« à défaut pour l'employeur de justifier par des éléments objectifs, pertinents et matériellement vérifiables justifiant cette différence de traitement, Madame [Q] [N], épouse [X], est fondée à réclamer l'allocation d'un 13ème mois » ; qu'en statuant ainsi, quand les avenants contractuels des salariées bénéficiaires de la prime litigieuse stipulaient que « Suite à la reprise de la prestation de bio-nettoyage et des services hôteliers par la société HOPITAL SERVICE, les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne pouvant recevoir application de droit en l'espèce, il a été proposé à Mme? de bénéficier d'un transfert de son contrat de travail au sein de la société HOPITAL SERVICE à compter du 1er juillet 2010, ce transfert valant rupture d'un commun accord du contrat de travail d'origine de Mme? avec SODEXO et conclusion d'un nouveau contrat de travail à durée indéterminée sans période d'essai avec la société HOPITAL SERVICE. Mme? ayant accepté cette proposition, la présente a pour objet de formaliser l'accord ainsi intervenu entre les parties » (pièces adverses n° 1, 2 et 3 versées aux débats), ce dont il résultait que ces salariées avaient été transférées en vertu de

conventions tripartites dont la garantie d'emploi qui y était attachée et qui imposait le maintien des éléments contractuels justifiait la différence de traitement avec les autres salariés de la société exposante, la Cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, ensemble les articles L. 1224-1 du Code du travail et 1216 du Code civil ;

ALORS, DE TROISIEME PART et à titre infiniment subsidiaire, QUE sauf accord exprès du salarié, l'employeur ne peut modifier ni le montant ni la structure de sa rémunération contractuelle ; qu'il en résulte que cette règle constitue un élément objectif pertinent propre à justifier la différence de traitement entre les salariés ayant fait l'objet d'un transfert volontaire et les autres salariés de l'entreprise et découlant du maintien, pour les premiers, des stipulations de leur contrat de travail ; que pour accueillir la demande litigieuse, la Cour d'appel a jugé qu'« à défaut pour l'employeur de justifier par des éléments objectifs, pertinents et matériellement vérifiables justifiant cette différence de traitement, Madame [Q] [N], épouse [X], est fondée à réclamer l'allocation d'un 13ème mois » ; qu'en statuant ainsi, alors que la société exposante avait été contractuellement tenue, en tant que nouvel employeur des salariés du site d'Echirrolles, de maintenir le niveau et les éléments de rémunération de ces salariés transférés, ce dont il résultait que la différence de traitement entre ces salariés et Madame [X], non concernée par ce transfert, était justifiée objectivement, la Cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, ensemble les articles L. 1224-1 du Code du travail et 1103 du Code civil ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE les juges ont l'obligation de ne pas dénaturer les écrits qui leur sont soumis ; qu'en affirmant, pour condamner la société ESPS à verser à Madame [X] la prime de 13ème mois versée à certains salariés du site de la polyclinique de [Localité 1], que « la société appelante ne peut valablement soutenir qu'il s'agit d'une erreur, dont l'explication de l'origine varie selon les deux attestations produites », quand Monsieur [P] avait attesté d'une « erreur du service paye » (pièce n° 7 versée aux débats) et que l'attestation de Madame [W] faisait état « d'une erreur comptable » (pièce n° 7 versée aux débats), ce dont il résultait que ces deux responsables s'accordaient sur l'origine de cette erreur de versement, la Cour d'appel a dénaturé les attestations litigieuses, en violation des articles 1103 et 1104 nouveaux du Code civil et du principe susvisé ;

ALORS, ENFIN, QU'en affirmant, pour juger que « le 13ème mois alloué aux salariés du site de la polyclinique de [Localité 1] constitue un avantage alloué unilatéralement par l'employeur » et condamner en conséquence la société ESPS à verser à Madame [X] la prime litigieuse, que « le 13ème mois a été attribué de façon pérenne à compter de novembre 2012 à plusieurs salariés (?) du site de la polyclinique de [Localité 1] », sans cependant rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si le versement régulier de la prime litigieuse ne résultait pas des condamnations judiciaires prononcées au bénéfice de ces salariés en première et seconde instance, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1 du Code du travail et 1103 et 1104 du Code civil.

Composition de la juridiction : M. Cathala (président), SCP Lyon-Caen et Thiriez
Décision attaquée : Cour d'appel Aix-en-Provence 2018-09-21 (Cassation partielle)