

1152 Pour une application uniforme du principe d'égalité de traitement

Elsa LEDERLIN,
avocat Associé DS Avocats



La Cour de cassation admet désormais l'existence d'une présomption de justification de la différence de traitement lorsqu'elle résulte d'un accord collectif. En cas de changement d'employeur, la portée du principe « à travail égal, salaire égal » diffère selon l'origine du transfert des contrats de travail. Une application uniforme de ce principe permettrait de sécuriser ces opérations juridiques tout en continuant à préserver le droit des salariés d'être protégés contre un risque d'arbitraire de l'employeur.

Le Code du travail ne mentionne pas le principe d'égalité de rémunération entre tous les salariés. Il pose le principe de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes et entre des salariés considérés comme « vulnérables » (salariés précaires, étrangers, handicapés...) et les salariés embauchés en contrat à durée indéterminée à temps plein.

La Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que : « Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal »¹. C'est la Cour de cassation qui a consacré le principe d'égalité de rémunération entre tous les salariés placés dans une situation identique, en 1996, avec l'arrêt Ponsolle, en l'inférant du principe général « à travail égal, salaire égal » : « Mais attendu que le conseil de prud'hommes a exactement rappelé que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal » énoncée par les articles L. 133-5, 4° et L. 136-2, 8° du Code du travail ; qu'il s'en déduit que 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 (...) »². L'employeur doit ainsi justifier toute différence de traitement par des critères objectifs, matériellement vérifiables et étrangers à tout motif discriminatoire illicite. Les juges du fond contrôlent concrètement la réalité et la pertinence des raisons avancées par l'employeur.

Avec l'arrêt Pain I du 1^{er} juillet 2009³, qualifié à l'époque de « tsunami social », le principe « à travail égal, salaire égal » a fait

irruption dans la sphère de la négociation collective⁴, la Cour de cassation appliquant le principe d'égalité de traitement à l'encontre d'un accord collectif et non plus à un acte unilatéral de l'employeur, faisant une appréciation particulièrement restrictive du motif susceptible de justifier l'inégalité de traitement de salariés placés dans une situation identique. Ce faisant, comme l'a justement relevé le président de la chambre sociale de la Cour de cassation, Jean-Yves Frouin, la jurisprudence relative à l'appréciation du principe « à travail égal, salaire égal » avait fini par se « brûler les doigts » à sa propre création dont elle avait perdu la maîtrise. Elle a ainsi été contrainte de revenir à un encadrement plus strict de cette notion juridique⁵.

C'est dans ce contexte qu'il est désormais réservé une appréciation particulière au principe d'égalité de traitement en présence d'accords collectifs (1), la portée de ce principe restant encore incertaine en cas de changement d'employeur ne résultant pas d'un transfert légal ou conventionnel des contrats de travail (2).

1. L'appréciation du principe d'égalité de traitement en présence d'accords collectifs

Une application systématique et large du principe « à travail égal, salaire égal » a contribué à faire émerger des situations de blocage du dialogue social dans certains secteurs pour lesquels les avantages obtenus par les uns devaient nécessairement bénéficier aux autres. Alors même que le législateur encourageait le dialogue social « sur

1. DUDH, 10 déc. 1948, art. 23, § 2.

2. Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680 : JurisData n° 1996-004012.

3. Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675 : JurisData n° 2009-048964 ; JCP S 2009, 1451, note E. Jeansen.

4. J.-G. Huglo, *Accords collectifs et principe d'égalité de traitement* : SSL, n° 1727, 13 juin 2016.

5. SSL, n° 443-444, 15 déc. 2017.

mesure » en donnant un rôle prépondérant aux acteurs de la négociation collective de proximité⁶, l'application de la jurisprudence relative à l'appréciation du principe d'égalité de traitement venait freiner la conclusion d'accords collectifs.

C'est dans ce contexte que le doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, Pierre Bailly, s'interrogeait – à propos du principe d'égalité de traitement – sur le fait de savoir « si cet instrument de protection et de mesure doit être appliqué avec la même intensité lorsque la différence de traitement provient d'une décision unilatérale et lorsqu'elle trouve son origine dans un accord collectif, compte tenu, en particulier, de l'importance que prend actuellement la négociation collective dans la construction du droit du travail »⁷.

Pour tenir compte de cette évolution de la négociation collective, la Cour de cassation, puis le législateur, ont mis en place une présomption simple de justification des différences de traitement instituées par voie conventionnelle (A). De même, est désormais réservé un sort particulier aux avantages maintenus en exécution d'un transfert conventionnel des contrats de travail (B).

A. - La présomption de justification des différences de traitement instituées par voie conventionnelle

Par un arrêt du 27 octobre 1999⁸, la Cour de cassation avait admis des différences de traitement entre salariés d'une même entreprise mais appartenant à des établissements distincts. Pour justifier sa position, la Cour s'était appuyée sur le fait que la négociation collective au sein d'un établissement distinct permettait d'établir par voie d'accord collectif des différences de traitement entre salariés d'une même entreprise, les salariés non rattachés à l'établissement couvert par l'accord ne pouvant solliciter les avantages en cause. Cette position avait été abandonnée le 21 janvier 2009⁹, la Cour de cassation admettant les différences de traitement entre les salariés d'établissements distincts au sein d'une même entreprise dans le seul cas où ces différences étaient justifiées par des raisons objectives dont le juge devait vérifier la réalité et la pertinence.

Le 27 janvier 2015, la Cour de cassation évoluait de nouveau par une série d'arrêts reconnaissant une présomption de justification des différences de traitement en matière de catégories professionnelles lorsque celles-ci sont opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, sauf à ce que ces différences de traitement soient étrangères à « toute considération de nature professionnelle » : « Mais 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 (...) »¹⁰. À la suite de ces arrêts du 27 janvier 2015, la doctrine s'est interrogée sur l'étendue de la présomption de justification au regard du principe d'égalité de traitement. S'agissait-il d'une présomption limitée aux différences

de traitement catégorielles ou s'étendait-elle à d'autres différences de traitement¹¹ ?

Par un arrêt de principe du 3 novembre 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a étendu la présomption de justification des différences de traitement issues d'un accord collectif d'entreprise à celles opérées par voie d'accord d'établissement : « 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 des organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements et investies de la défense des droits et des intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquels ces derniers participent directement par leur vote sont présumés justifiés »¹².

Néanmoins, dans deux arrêts des 15 et 17 mars 2017, le Conseil d'État s'est directement appuyé sur la présomption de justification des différences de traitement instituées par voie conventionnelle issue de la jurisprudence de la Cour de cassation mais ne l'a pas jugée applicable, compte tenu de son champ d'application limité aux espèces déjà jugées.

Selon le Conseil d'État, il convenait de cantonner la présomption de justification des avantages négociés à un périmètre précis, celle-ci ne pouvant être invoquée que dans trois hypothèses déjà jugées par la chambre sociale de la Cour de cassation :

- lorsqu'elles visent des salariés appartenant à des catégories professionnelles distinctes¹³ ;

- lorsqu'elles concernent des salariés d'une même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions distinctes¹⁴ ;

- lorsqu'elles résultent d'un accord d'établissement¹⁵.

En dehors de ces hypothèses, le juge doit contrôler que la différence de traitement repose bien sur une raison objective et pertinente.

La Cour de cassation a ensuite jugé qu'étaient présumées justifiées les différences de traitement entre salariés d'une même entreprise mais d'établissements distincts en raison de la seule appartenance à l'un d'eux, dès lors qu'elles résultent d'accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise¹⁶. La différence de traitement entre salariés d'établissements distincts est ainsi reconnue par un accord d'entreprise et non un accord d'établissement, négocié et signé par des organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise.

La jurisprudence du 3 novembre 2016 a été confirmée à plusieurs reprises en 2017¹⁷, notamment à propos d'un protocole de fin de conflit ayant institué une prime de 13^e mois en faveur des salariés de l'établissement au sein duquel il avait été conclu¹⁸.

À cet égard, le fait que la Cour de cassation n'ait pas appliqué le régime de présomption de justification des différences de traitement dans le cadre d'un autre arrêt rendu le même jour et portant également sur l'appréciation des mesures prévues dans un protocole de fin grève, ne signifie pas qu'elle refuse d'appliquer cette jurisprudence

6. L. n° 2004-391, 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : JO 5 mai 2004. – L. n° 2007-130, 31 janvier 2007, de modernisation du dialogue social : JO 1^{er} févr. 2007. – L. n° 2008-789, 20 août 2008 relative à la rénovation de la démocratie sociale : JO 21 août 2008. – L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi : JO 18 août 2015.

7. P. Bailly, *L'égalité dans les relations individuelles du travail* : RJS 2014, p. 299, spéc. p. 305.

8. Cass. soc., 27 oct. 1999, n° 98-40.769 : JurisData n° 1999-003651.

9. Cass. soc., 21 janv. 2009, n° 07-43.452 : JCP S 2009, 1151, note J.-F. Cesaro.

10. V. not. Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 : JurisData n° 2015-000848 ; JCP S 2015, 1054, étude J. Daniel.

11. J.-G. Huglo, *Accords collectifs et principe d'égalité de traitement* : SSL, n° 1727, 13 juin 2016.

12. Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.444 : JurisData n° 2016-022710 ; JCP S 2016, 1392, note J.-F. Cesaro.

13. Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179, préc. note 10.

14. Cass. soc., 8 juin. 2016, n° 15-11.324 : JurisData n° 2016-010843.

15. Cass. soc., 3 nov. 2016, n° 15-18.444, préc. note 12.

16. Cass. soc., 4 oct. 2017, n° 16-17.517 et n° 16-17.518I : JurisData n° 2017-019278 : JCP S 2017, 1391, note J.-F. Cesaro.

17. Cass. soc., 12 juill. 2017, n° 16-19.710. – Cass. soc., 12 oct. 2017, n° 15-29.520 ; JurisData n° 2017-019978.

18. Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-14.000 : JurisData n° 2017-025786.

dence à un tel protocole¹⁹. En effet, en l'espèce le protocole mettait en place des mesures en faveur de salariés grévistes sans définir cette catégorie, ni les critères permettant d'y être inclus, ce qui justifiait de se référer à la jurisprudence classique de la Cour de cassation imposant à l'employeur d'établir la preuve de la justification de la différence de traitement entre salariés par des raisons objectives et pertinentes. La Cour a estimé, en l'espèce, qu'une différence de traitement entre salariés grévistes et salariés non-grévistes, ou entre salariés grévistes en fonction de leur degré de participation à la grève, ne constituait pas une différence de traitement susceptible de bénéficier de la présomption²⁰.

La Cour de cassation a évolué ainsi pour tenir compte du fait que la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 reconnaît la légitimité électorale des syndicats au niveau de l'établissement, les syndicats représentatifs au niveau de l'établissement n'étant pas moins légitimes que les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise.

Le régime est désormais unifié peu important que les différences soient issues d'un accord collectif de branche, d'entreprise ou d'établissement. La charge de la preuve a changé. Il revient désormais aux demandeurs de démontrer que les différences de traitement sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

Le renforcement de la légitimité des organisations syndicales avec la réforme de la représentativité a logiquement amené la jurisprudence à confier au juge une compétence d'appréciation réduite au minimum.

Ce mouvement de la jurisprudence s'inscrit en outre parfaitement dans la récente évolution législative issue des ordonnances du 22 septembre 2017 qui ont créé une présomption simple de conformité de la convention ou de l'accord collectif à la loi avec l'article L. 2262-13 du Code du travail²¹. Restait en suspens le sort des différences de traitement issues d'un transfert de contrat de travail réalisé en application d'une convention collective.

B. - La justification des différences de traitement issues d'un transfert conventionnel

L'application de dispositions conventionnelles organisant la reprise et le transfert des contrats de travail avec le maintien des conditions de rémunération est susceptible d'entraîner une disparité salariale au sein de l'entreprise d'accueil²².

Les différences de traitement entre salariés transférés et salariés d'origine sont admises par la jurisprudence lorsqu'elles trouvent leur source dans le texte de l'article L. 1224-1 du Code du travail²³.

Or, classiquement, en application du principe « à travail égal, salaire égal », la Cour de cassation jugeait que le seul transfert conventionnel résultant des dispositions de conventions collectives de branche, le cas échéant étendues, ne justifiait pas l'inégalité de traitement qui pouvait en résulter, y compris postérieurement aux

arrêts du 27 janvier 2015 : « Le maintien des contrats de travail des salariés issus de la société TFN La Rayonnante ne résultant pas de l'application de la loi et n'étant pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs, l'inégalité qui en résultait entre salariés accomplissant le même travail pour le même employeur sur le même chantier n'était pas justifiée par des raisons pertinentes et méconnaissait ainsi le principe d'égalité »²⁴.

Toutefois, l'évolution de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence précitée relative à l'appréciation du principe d'égalité de traitement à l'égard d'accords collectifs devait naturellement conduire la Cour de cassation à s'interroger. Une différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi conventionnelle est-elle étrangère à toute considération de nature professionnelle ou bien ne se trouve-t-elle pas, dans un tel cas, justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ?

La loi Travail du 8 août 2016²⁵ a introduit un nouvel article L. 1224-3-2 dans le Code du travail afin de limiter les effets du principe « à travail égal, salaire égal » aux seuls salariés employés sur le même site que ceux transférés à la suite de la reprise d'un marché de prestation de service²⁶.

L'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a modifié la rédaction de l'article L. 1224-3-2 du Code du travail en le généralisant et n'opère plus de distinction en fonction du site d'emploi des salariés : « *Lorsqu'un accord de branche étendu prévoit et organise la poursuite des contrats de travail en cas de succession d'entreprises dans l'exécution d'un marché, les salariés du nouveau prestataire ne peuvent invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus, avant le changement de prestataire, par les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis* ».

Alors même que ce texte n'était pas applicable au litige qui lui était soumis, par un arrêt du 30 novembre 2017, la Cour de cassation a opéré un important revirement de jurisprudence en décidant 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 »²⁷. Par cet arrêt, la Cour de cassation met définitivement fin à la distinction qu'elle opérait jusque-là dans l'application du principe d'égalité de traitement selon que le transfert était légal ou conventionnel.

Désormais, l'employeur n'a plus à étendre à l'ensemble des salariés de son entreprise les avantages dont bénéficient les salariés qu'il a été contraint de reprendre en application d'une convention collective à la suite d'une reprise de marché.

19. J.-Ph. Lhernould, *Le protocole de fin grève soumis aux rigueurs de l'égalité de traitement* : JSL, n° 448, 1^{er} mars 2018.

20. Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-12.397 : JurisData n° 2017-025693 ; JCP S 2017, act. 385.

21. C. trav., art. L. 2262-13 : « Il appartient à celui qui conteste la légalité d'une convention ou d'un accord collectif de démontrer qu'il n'est pas conforme aux conditions légales qui le régissent ».

22. CCN des entreprises de propreté et services associés, art. 7 (ex-annexe VII). – CCN des entreprises de prévention et de sécurité. – Avenant du 28 janvier 2011 à l'accord du 5 mars 2002 relatif à la reprise du personnel.

23. Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.614 : JurisData n° 2012-000189 ; JCP S 2012, 1148, note J. Daniel. – Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-24.562 : « 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 ou d'un engagement unilatéral (ou d'un avantage acquis) en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ».

24. CCN Propreté : Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-25.402 : JurisData n° 2014-000260 ; JCP S 2014, 1198, note A. Barège. – CCN Sécurité : Cass. soc., 16 sept. 2015, n° 13-26.788 : JurisData n° 2015-020539 ; JCP S 2015, 1440, note A. Barège.

25. L. n° 2016-1088, 8 août 2016 : JO 9 août 2016.

26. C. trav., art. L. 1224-3-2, issu de la loi travail du 8 août 2016 : « Lorsque les contrats de travail sont, en application d'un accord de branche étendu, poursuivis entre deux entreprises prestataires se succédant sur un même site, les salariés employés sur d'autres sites de l'entreprise nouvellement prestataire et auprès de laquelle les contrats de travail sont poursuivis ne peuvent invoquer utilement les différences de rémunération résultant d'avantages obtenus avant cette poursuite avec les salariés dont les contrats de travail ont été poursuivis ».

27. Cass. soc., 30 nov. 2017, n° 16-20.532 : JurisData n° 2017-024196 ; JCP S 2018, 1023, note J.-F. Cesaro.

La Cour de cassation décide que la garantie d'emploi qui a pour objet de protéger les salariés des entreprises exerçant sur des marchés de service, exposés à des risques de licenciements pour motif économique, constitue une justification fondée d'une inégalité de traitement entre salariés car elle n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle.

La motivation de l'arrêt renvoie à la jurisprudence relative à la présomption de justification des différences de traitement instituées par voie conventionnelle qui peut être renversée par la preuve que ces différences « sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

Néanmoins, il a été relevé que cet arrêt du 30 novembre 2017 va plus loin que les décisions précédentes puisque la Cour « juge elle-même qu'il existe en l'espèce nécessairement une considération de nature professionnelle – le transfert de marché –, ce qui représente en la matière la marque d'une présomption irréfragable »²⁸ ou encore que « la solution est d'une grande vigueur. La Cour ne se contente pas d'affirmer que les différences consécutives à un transfert organisé par une convention collective sont présumées légitimes. Elle décide que ces différences reposent sur des considérations de nature professionnelle de sorte que, sauf abus, il devient impossible de contester, au nom de l'égalité, les différences constatées »²⁹.

S'il existe désormais une uniformité du régime de l'égalité de traitement en matière de transfert légal ou conventionnel des contrats de travail, l'application de ce principe en cas de changement d'employeur ne résultant pas de l'application de la loi ou d'une convention collective reste une source d'insécurité juridique, pour les employeurs comme pour les salariés.

2. La portée du principe d'égalité de traitement en cas de changement d'employeur ne résultant pas d'un transfert légal ou conventionnel

L'obligation qui s'impose à l'employeur entrant de maintenir aux salariés transférés les avantages dont ils bénéficiaient chez leur précédent employeur est désormais de même nature que le transfert soit d'origine légale ou conventionnelle³⁰. Subsiste la question de savoir si l'obligation est de même nature, lorsqu'en présence de conventions collectives différentes le transfert des contrats de travail est organisé de manière volontaire entre l'employeur sortant et l'employeur entrant, afin de faire échec à la jurisprudence qui écarte l'application des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail en cas de perte de marché (A).

Dans l'hypothèse où la Cour de cassation persisterait à ne pas appliquer la jurisprudence européenne relative à la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001³¹ en cas de perte de marché de services reposant essentiellement sur de la main-d'œuvre, l'obligation de maintenir la rémunération, découlant de l'application volontaire de l'article L. 1224-1 du Code du travail, devrait constituer une cause objective justifiant la différence de traitement en cas de transfert volontaire des contrats de travail (B).

A. - L'appréciation du principe d'égalité de traitement en cas de perte de marché

Une différence de traitement peut être justifiée lorsque l'avantage est destiné à compenser un préjudice spécifique.

Dans son arrêt du 30 novembre 2017, la Cour de cassation n'a pas considéré que le fait d'accepter un changement d'employeur constituait une raison objective et pertinente susceptible de justifier une différence de traitement « alors qu'il était pourtant concevable d'admettre que ces salariés puissent trouver dans le maintien de leur situation contractuelle une compensation à la mobilité qu'ils avaient acceptée »³².

Pourtant, si tel avait été le cas, le régime de l'égalité de traitement en matière de transfert des contrats de travail aurait été totalement unifié, y compris en cas d'externalisation d'une activité en présence de deux conventions collectives différentes.

Dans son attendu de principe, la Cour a choisi de se référer au fait que la garantie d'emploi a été instituée par un accord collectif : « l'extension du domaine d'application de la présomption de justification au regard du principe d'égalité de traitement ne permet(t)ant plus à la Cour de cassation de maintenir le particularisme de la jurisprudence en matière de transfert conventionnel, jurisprudence assez critiquée par ailleurs »³³.

À cet égard, il n'est pas inintéressant de rappeler la genèse des transferts conventionnels qui ont été mis en place pour pallier les effets de la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse de faire application des dispositions légales en matière de transfert des contrats de travail en cas de « simple » perte de marché dans certains secteurs d'activité de services³⁴.

La position des juges européens diffère de celle des juges français en matière d'appréciation de l'existence d'un transfert d'entreprise au sens de la directive n° 2001/23/CE dans les hypothèses de transfert de contrats de prestation de services. La Cour de justice de l'Union européenne considère que le juge national, dans son appréciation des circonstances de fait qui caractérisent le transfert légal des contrats de travail, doit tenir compte du type d'entreprise ou d'établissement dont il s'agit. Pour la Cour, « le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert consiste dans la circonstance que l'entité économique garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise »³⁵. Ainsi, une entité économique n'est pas nécessairement caractérisée par la présence d'éléments d'actifs matériels ou immatériels significatifs, alors même qu'elle doit être suffisamment structurée et autonome. Le juge national doit donc apprécier différemment les entreprises dans lesquelles l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre³⁶.

Dans les secteurs comme le nettoyage ou la sécurité, l'activité repose essentiellement sur la main-d'œuvre mais celle-ci correspond néanmoins à un ensemble organisé de salariés qui sont spécialement et durablement affectés à une tâche commune. Cet ensemble organisé de personnes correspond alors à une entité économique autonome³⁷.

28. J.-G. Huglo, *Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge* : RJS 2018, p. 179.

29. J.-F. Cesaro, *De « la Rayonnante » à « la Providence » : le cheminement du principe d'égalité appliqué au transfert conventionnel d'entreprise* : JCP S 2018, 1023.

30. J.-G. Huglo, *art. préc. note 28*.

31. *Cons. UE, dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise, d'établissement, ou de partie d'entreprises ou d'établissements.*

32. J.-F. Cesaro, *art. préc. note 29*.

33. J.-G. Huglo, *art. préc. note 28*.

34. *Cass. soc.*, 16 mars 1990, n° 85-44.518 : *JurisData* n° 1990-700727.

35. Arrêt fondateur, constamment confirmé depuis : *CJCE*, 18 mars 1986, *aff. 24/85, Spijkers*. – S. *Laulom, De nouvelles précisions en matière de transfert d'entreprise* : *SSL suppl.*, n° 1796, 26 déc. 2017.

36. *CJCE*, 11 mars 1997, *aff. C-13/95, Ayse Süzen c/ Zehnacker*. – *CJUE*, 19 oct. 2017, *aff. C-200/16, Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança SA c/ ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA, Arthur George Resendes e.a.* : *Europe* 2017, *comm.* 477.

37. *CJCE*, 10 déc. 1998, *aff. C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Hernandez Vidal SA c/ Gomez Perez*.

Pour la CJUE, si la simple perte d'un marché de service au profit d'un concurrent ne saurait, par elle-même, révéler l'existence d'un transfert d'entreprise, « une disposition nationale qui exclut de manière générale du champ d'application de cette notion la perte d'un client par un opérateur à la suite de l'attribution d'un marché de services à un autre opérateur ne permet pas de prendre en considération l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause »³⁸.

Or, la Cour de cassation ne reprend pas la distinction opérée par la CJUE entre les secteurs d'activité qui reposent sur la main-d'œuvre et les autres, alors même qu'elle vise la directive et la jurisprudence européennes. Ce faisant, elle « conditionne toujours la reconnaissance d'un transfert d'entreprise, au transfert d'un ensemble de personnes et d'éléments corporels et/ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique »³⁹.

Récemment, un jugement du tribunal administratif de Montpellier a reconnu l'existence d'une entité économique autonome dans le cadre d'une externalisation d'une activité de bio-nettoyage réalisée au sein d'une clinique. Le tribunal précise ainsi que, bien que les établissements de soins offrent une prestation globale, ils peuvent être constitués d'entités distinctes et autonomes : « les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail peuvent donc être appliquées comme en l'espèce, à une clinique, dès lors que le service de nettoyage en cause constitue une entité autonome dont l'externalisation constitue un transfert partiel d'activité »⁴⁰. En maintenant une jurisprudence contraire au droit de l'Union, la Cour de cassation prive de protection les salariés affectés à un marché qui fait l'objet d'une externalisation ou, au contraire, d'une reprise en interne, lorsque les conventions collectives applicables sont différentes au sein des deux entités successivement titulaires du marché.

En outre, en cas de transfert volontaire, il s'agit désormais du seul cas de transfert dans lequel les avantages des salariés transférés pourraient être légitimement revendiqués par les salariés employés par l'entité repreneuse sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal ».

Sans attendre un nécessaire revirement de jurisprudence en matière d'appréciation de l'entité constituée par un marché reposant essentiellement sur de la main-d'œuvre, il peut être relevé que les obligations légales qui imposent au nouvel employeur de maintenir la rémunération des salariés transférés en cas de transfert volontaire des contrats de travail justifient la différence de traitement qui peut en résulter entre les salariés.

B. - L'obligation légale de maintenir la rémunération constitue une cause objective justifiant la différence de traitement en cas de transfert volontaire des contrats de travail

En cas d'externalisation d'une activité de services, la société qui décide d'externaliser ce marché impose très souvent au prestataire repreneur la reprise des salariés qui y sont affectés avec leur accord.

Hors les cas de présomption de justification de la différence de traitement ou les cas de transferts légaux pour lesquels la jurisprudence exclut l'application du principe d'égalité de traitement en raison de l'existence d'une obligation légale qui s'impose à l'employeur⁴¹, le nouvel employeur devra démontrer – selon la jurisprudence classique – qu'il existe une cause objective et pertinente justifiant la différence de traitement.

Le transfert volontaire des contrats de travail en cas d'externalisation d'une activité de services suppose l'accord du salarié et de l'entreprise repreneuse. Ce transfert volontaire des contrats de travail implique la poursuite du contrat initial aux conditions antérieures et non la rupture du premier contrat avec la conclusion d'un nouveau contrat.

À cet égard, la Cour de cassation a décidé, à propos des dispositions de l'article L. 1237-11 du Code du travail relatives à la rupture conventionnelle, qu'elles n'étaient pas applicables au transfert volontaire organisant, non pas la rupture, mais la poursuite du contrat de travail⁴². La Cour précise ainsi dans sa note explicative : « le *ratio legis* des règles relatives à la rupture conventionnelle est de sécuriser la rupture du contrat de travail qui entraîne la perte définitive de l'emploi ». Il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions relatives à la rupture conventionnelle au transfert volontaire « qui opère le transfert du contrat de travail d'un salarié au profit d'un nouvel employeur » et qui a donc « pour objet de garantir à l'intéressé la continuité de la relation de travail »⁴³.

Le changement d'employeur entraîne la novation du contrat de travail par changement de débiteur en application de l'article 1329 du Code civil⁴⁴. Le nouvel employeur est ainsi tenu de maintenir au salarié transféré l'ensemble des avantages contractuels dont il bénéficiait avec l'ancien employeur, sur le fondement de la force obligatoire des contrats tirée de l'article 1103 du Code civil⁴⁵. Une telle obligation s'impose au nouvel employeur en application de la loi, ce qui constitue une cause objective justifiant l'éventuelle différence de traitement qui pourrait en résulter entre les salariés.

Une autre cause objective tirée d'une obligation légale a été admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 décembre 2017⁴⁶ qui décide que la contractualisation de l'avantage constitue une cause objective et pertinente tirée du principe légal, inscrit à l'article L. 2254-1 du Code du travail, qui régit le rapport entre le contrat de travail et l'accord collectif, propre à justifier la différence de traitement : « Dès lors que l'employeur est contraint de maintenir la rémunération contractuelle du salarié faite pour l'accord collectif de pouvoir modifier le contrat de travail, il dispose d'une raison objective et pertinente justifiant la différence de traitement »⁴⁷. La poursuite des contrats de travail aux conditions antérieures résulte également de l'obligation de maintenir les avantages conventionnels à la suite de la mise en cause des accords collectifs du fait de l'application volontaire des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail.

La jurisprudence précisait ainsi, lorsqu'était visé à l'ancien article L. 132-8 du Code du travail le maintien des avantages individuels acquis en cas de mise en cause d'un accord collectif, que les avantages individuels acquis s'incorporaient au contrat de travail⁴⁸.

C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 4 décembre 2007 qu'en cas de mise en cause d'un accord collectif le maintien d'un avantage acquis qui s'impose au nouvel employeur ne méconnaît pas le principe « à travail égal, salaire

38. S. Laulom, art. préc. note 35.

39. *Ibid.* (V. par ex., Cass. soc., 31 mai 2017, n° 15-29.123 : *JurisData* n° 2017-010480).

40. TA Montpellier, 7 mars 2018, n° 1604867.

41. Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-11.957. – Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-24.562, préc. note 23.

42. Cass. soc., 8 juin 2016, n° 15-17.555 : *JurisData* n° 2016-010844 ; JCP S 2016, 1265, note G. Loiseau.

43. Note explicative de la Cour de cassation relative à l'arrêt n° 1042 du 8 juin 2016, *www.courdecassation.fr*.

44. Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 08-41.046 : *JurisData* n° 2009-047876 ; JCP S 2009, 1339, note P. Morvan.

45. « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

46. Cass. soc., 7 déc. 2017, n° 16-15.109 : *JurisData* n° 2017-024808 ; JCP S 2018, 1052, note A. Barège.

47. A. Barège : *Articulation du principe d'égalité de traitement, du principe de faveur et du principe de la force obligatoire des conventions* ; JCP S 2018, 1052.

48. Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 87-44.507 : *JurisData* n° 1991-003234. – Cass. soc., 19 oct. 1999, n° 97-45.907 et n° 97-45.911 : *JurisData* n° 1999-003590.

égal », que ce maintien résulte de l'absence de conclusion d'un accord de substitution ou de la conclusion d'un tel accord⁴⁹.

La disparité de rémunération entre les salariés d'une même entreprise résulte, dans cette hypothèse, d'une autorisation de la loi⁵⁰.

Les avantages individuels acquis tels qu'ils étaient visés avant l'adoption de la loi Travail (*C. trav., art. L. 132-8, ancien*) ou, désormais, le maintien de la rémunération des 12 derniers mois (*C. trav., art. L. 2261-14*), ont pour objet de compenser le préjudice subi par les salariés du fait de la mise en cause de l'accord collectif qui leur était applicable avant le transfert de leur contrat de travail.

Le raisonnement de Jacques Duplat, premier avocat général à la chambre sociale de la Cour de cassation, relatif au pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 1^{er} juin 2006 qui sera cassé par l'arrêt du 4 décembre 2007 précité⁵¹, prend tout son sens à la lumière de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation et des précisions qu'elle apporte à l'application du principe d'égalité de traitement depuis ses arrêts du 27 janvier 2015 : « En définitive, il paraît juridiquement orthodoxe de considérer que le maintien ou l'aménagement par la voie conventionnelle d'un avantage ne change pas sa nature et que les avantages individuellement acquis, au sens de l'article L. 132-8 du Code du travail, ne doivent bénéficier qu'à ceux qui les ont acquis. Il importe peu que leur maintien résulte d'une absence d'accord ou d'un accord, qui

peut aussi éventuellement les aménager » (*C. trav., art. L. 2261-14*). La justification des différences de traitement est admise par la Cour de cassation lorsque celles-ci résultent de l'application d'une disposition légale ou qu'elles sont destinées à compenser un préjudice spécifique. Il s'agit alors d'une cause objective et pertinente justifiant la différence de traitement.

En cas de transfert des contrats de travail, quelle que soit la nature juridique du transfert, les avantages dont bénéficient les salariés transférés s'imposent au nouvel employeur qui est légalement tenu de les maintenir. Cette obligation constitue, dans tous les cas, une cause objective et pertinente justifiant la différence de traitement qui pourrait en résulter et doit faire échec à l'application du principe « à travail égal, salaire égal ».

Le droit positif gagnerait ainsi en clarté tout en permettant de rétablir la sécurité juridique indispensable à ces opérations de cession de marchés de services qui s'inscrivent dans un contexte économique de généralisation des procédures d'appels d'offres et en préservant « *l'instrument de protection contre le risque d'arbitraire que recèle la relation asymétrique liée à l'état de subordination* » que constitue le principe d'égalité de traitement⁵².

MOTS-CLÉS : Égalité de traitement - Conventions et accords collectifs - Présomption de justification d'un traitement différencié

TEXTES : *C. trav., art. L. 2262-13 et L. 2261-14*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, fasc. 1-34 par Gérard Vachet*

49. *Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041 : JurisData n° 2007-041788.*

50. J. Duplat, « À travail égal, salaire égal » en présence d'un accord de substitution, avis premier avocat général : *SSL, n° 1334, 24 déc. 2007.*

51. V. note 49.

52. Le professeur Jeammaud cité dans P. Bailly, *L'égalité dans les relations individuelles de travail. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation : état des lieux* : *RJS 2014.*