

SOC.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 10 avril 2019

Cassation partielle

M. SCHAMBER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 629 F-D

Pourvois n° W 17-20.833
et X 17-20.834
C 17-20.839
et D 17-20.840
P 17-20.872
V 17-20.878 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur les pourvois n° W 17-20.833 et X 17-20.834, C 17-20.839 et D 17-20.840, P 17-20.872 et V 17-20.878 formés
par la société Elior services propreté et santé (ESPS), société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

contre six arrêts rendus le 28 avril 2017 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (18e chambre B), dans le litige l'opposant :

1°/ à Mme I... E..., domiciliée [...],

2°/ à M. J... K..., domicilié [...],

3°/ à Mme Z... H..., domiciliée [...],

4°/ à Mme C... W..., domiciliée [...],

5°/ à Mme M... V..., domiciliée [...],

6°/ à Mme O... Q..., domiciliée [...],

7°/ au syndicat commerce et services CFDT des Bouches-du-Rhône, dont le siège est [...], 13001 Marseille,

8°/ au syndicat CGT des entreprises de propreté des Bouches-du-Rhône, dont le siège est [...],

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse aux pourvois invoque, à l'appui de ses recours, deux moyens de cassation identiques annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 13 mars 2019, où étaient présents : M. SCHAMBER, conseiller doyen faisant fonction de président, M. David, conseiller référendaire rapporteur, Mme Aubert-Monpeyssen, conseiller, Mme Lavigne, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. David, conseiller référendaire, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société Elior services propreté et santé, de la SCP Coutard et Munier-Apaire, avocat de Mmes E..., H..., W..., V..., Q... et de M. K... et du syndicat CGT des entreprises de propreté des Bouches-du-Rhône, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la connexité, joint les pourvois n° W 17-20.833, C 17-20.839, X 17-20.834, V 17-20.878, D 17-20.840 et P 17-20.872 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que Mme E... et cinq autres salariés de la Société française de gestion hospitalière, aux droits de laquelle vient la société Elior services propreté et santé, laquelle relève de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés, ont saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en application du principe d'égalité de traitement ;

Sur le premier moyen :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen annexé qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le second moyen, qui est recevable :

Vu le principe d'égalité de traitement, ensemble l'accord fixant les conditions d'une garantie d'emploi et la continuité du contrat de travail du personnel en cas de changement de prestataire du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 1er juillet 1994 et l'article 7 de la convention collective

nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 ;

Attendu que la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ;

Attendu que pour faire droit à la demande des salariés en paiement d'un rappel de prime d'assiduité, les arrêts retiennent que les salariés fondent sur les bulletins de salaire de deux salariées employées sur le site de La Casamance à Aubagne dont ils soutiennent qu'ils perçoivent une prime d'assiduité depuis au moins l'année 2004, versée à hauteur de 50 %, en juin et en décembre de chaque année, au titre d'avantage acquis, que l'employeur qui soutient que cette prime a vocation à s'appliquer aux seuls salariés d'un même chantier et pas à ceux d'autres sites, ne justifie, ni même ne soutient que cette décision unilatérale résulte de l'application de la loi ou est destinée à compenser un préjudice spécifique, qu'il en résulte une inégalité de traitement avec les autres salariés, de même catégorie professionnelle et exerçant des fonctions identiques, toujours au sein d'un établissement hospitalier, pour l'exécution d'un même chantier de nettoyage ;

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

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'ils condamnent la société Elior services propreté et santé à payer aux salariés un rappel de prime d'assiduité, l'arrêt rendu le 28 avril 2017, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant lesdits arrêts et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne les salariés aux dépens ;

Vu 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 des arrêts partiellement cassés ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix avril deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits aux pourvois n° W 17-20.833 et X 17-20.834, C 17-20.839 et D 17-20.840, P 17-20.872 et V 17-20.878, 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 aux arrêts attaqués d'avoir condamné la société ESPS à verser aux salariés un rappel de prime de 13ème mois ;

Aux motifs propres que le principe « à travail égal, salaire égal », dégagé par la jurisprudence, oblige l'employeur à assurer une égalité de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ou, du moins, à devoir justifier toute disparité de salaire ; que cette règle est une application particulière du principe d'égalité de traitement entre les salariés ; qu'elle s'oppose à ce que des salariés, placés dans une situation identique, soient traités différemment au regard de l'octroi d'une augmentation de salaire, d'une prime ou d'un avantage ; que constituent une

rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier (article L 3221-3 du Code du travail) ; que le principe d'égalité de rémunération s'applique dans la mesure où les salariés sont placés dans une situation identique ; que le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas lorsque des salariés travaillent dans des entreprises différentes, peu important qu'elles appartiennent au même groupe ou que ces salariés soient soumis à la même convention collective ; que le principe d'égalité de rémunération ne se limite pas aux situations dans lesquelles les salariés effectuent simultanément un travail égal pour un même employeur ; qu'un salarié peut en conséquence réclamer une rémunération identique à celle perçue par un salarié effectuant le même travail, que ce dernier ait été embauché antérieurement à son entrée en fonction ou postérieurement ; que l'égalité salariale exige que les salariés exercent un même travail ou un travail de valeur égale, c'est-à-dire qu'ils soient dans une situation comparable au regard de la nature de leur travail et de leurs conditions de formation et de travail ; que sont considérés comme tels les travaux qui, sans être strictement identiques, exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse (article L 3221-4 du Code du travail) ; que les différences de rémunération entre des salariés exerçant un travail égal ou de valeur égale sont licites dès lors qu'elles sont justifiées par des critères objectifs et pertinents, étrangers à toute discrimination ; que l'employeur peut donc accorder une augmentation de salaire, une prime ou un avantage à certains salariés si tous ceux placés dans une situation identique au regard de l'avantage en bénéficient et si les règles déterminant son octroi sont préalablement définies et contrôlables, ce qui suppose qu'elles soient portées à la connaissance des salariés concernés ; qu'une différence de traitement peut se justifier par l'application d'une disposition légale ou d'une décision de justice ; qu'en revanche, l'employeur ne peut pas opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier une inégalité de rémunération ou de traitement ; que pour l'attribution d'un avantage particulier, une différence de statut juridique entre des salariés placés dans une situation comparable au regard dudit avantage ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité de traitement ; qu'il appartient à l'employeur de démontrer que la différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation au regard de l'avantage litigieux, repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ; qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre des salariés de différents établissements, site ou chantiers d'une même entreprise que si elles reposent sur des raisons objectives avec des éléments d'appréciation matériellement vérifiables ; mais que s'agissant du régime de la preuve, 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 ; que 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 convention 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 ; qu'en revanche, une différence de catégorie professionnelle ou d'établissements entre des salariés placés dans une situation comparable au regard d'un avantage ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité dès lors que cet avantage résulte d'une décision unilatérale de l'employeur ; que dans ce cas, l'employeur doit démontrer que la différence de traitement repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ; qu'est insuffisante à elle seule pour justifier une inégalité de rémunération une différence de statut juridique ; que ne suffit pas non plus la circonstance qu'un salarié soit engagé avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, sauf s'ils ont pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de leur mise en place ; qu'il en est de même en cas d'embauche avant ou après la dénonciation d'un accord ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ou avant ou après la modification des conditions d'attribution d'un avantage résultant d'un usage ; que l'obligation légale (transfert du contrat de travail en application de l'article L 1224-1 du Code du travail) 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 au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ; que par contre, si le maintien des contrats de travail de salariés transférés à un nouvel employeur, prévu en cas de perte de marché, et de primes ou avantages dont bénéficiaient à ce titre les intéressés, ne résulte pas de l'application de la loi mais d'une

convention collective et n'est pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs, l'inégalité qui en résulte entre salariés accomplissant le même travail pour le même employeur méconnaît ainsi le principe d'égalité de traitement si elle n'est pas justifiée par des raisons pertinentes et objectives ; que des raisons conjoncturelles ou liées aux contraintes imposées à certains salariés d'une entreprise ou de l'un de ses établissements permettent de déroger à l'égalité de rémunération ou de traitement entre les salariés ; que ne déroge pas au principe de l'égalité de rémunération ou de traitement un avantage accordé à certains salariés de l'entreprise visant à compenser un préjudice spécifique à ces travailleurs et ayant ainsi pour objet de ramener ces salariés à la hauteur de la rémunération des autres salariés de l'entreprise effectuant un travail égal ou de valeur égale dans d'autres établissements ou sur d'autres sites ou chantiers ; que de même, dans le cas de transferts d'entreprise avec mise en cause de l'application de la convention collective, le maintien des avantages individuels acquis au profit du personnel transféré à une nouvelle entreprise, bien que ces avantages n'aient pas à cette occasion été appliqués aux autres salariés, ne déroge pas au principe de l'égalité de rémunération ou de traitement ; qu'en effet, le maintien des avantages individuels acquis ne heurte pas le principe d'égalité de traitement car il a pour objet de compenser le préjudice résultant de la dénonciation de l'accord collectif instituant ces avantages ; qu'il appartient à la personne qui s'estime victime d'une inégalité de traitement de soumettre au juge les éléments de fait, loyalement obtenus, laissant supposer son existence ; qu'il incombe ensuite à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que ces règles de preuve ne s'appliquent pas en cas de différences de traitement entre catégories professionnelles, ou entre des salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle des fonctions distinctes, ou entre des salariés appartenant à la même entreprise, mais à des établissements distincts, opérées par voie de conventions collectives ou accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales et patronales représentatives ; qu'en cas de litige, les juges doivent se livrer à une analyse comparée des éléments de rémunération des salariés, avantage par avantage ayant la même cause ou le même objet et non au regard d'une rémunération globale (mensuelle ou annuelle) qui n'aurait pas de sens compte tenu des spécificités propres à la situation de chaque salarié (ancienneté, durée du travail, etc.) ainsi que des missions, des tâches et des responsabilités des salariés ; que selon les dispositions de l'article L 1224-3-2 du Code du travail, « 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 » ; que ces dispositions législatives ne sont pas applicables au litige concernant une demande en paiement de primes ou avantages particuliers accordés par l'employeur à des salariés affectés sur d'autres sites à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ;

Et, sur la prime de 13ème mois, que [les salariés] sollicite[nt] un rappel au titre d'une prime de 13ème mois, égale à 100 % du salaire, 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 Narbonne, du centre hospitalier La Peyronie à Montpellier et de la clinique Beauregard ; qu'au regard d'un accord signé en date du 20 décembre 2000, complété le 21 novembre 2001, entre la société SFGH Hôpital Service et des syndicats représentatifs (CFDT et CGT), les salariés travaillant sur le site du centre hospitalier La Peyronie à Montpellier ont bénéficié à compter du 1er janvier 2001 et jusqu'en 2010 (année où ce marché sera repris par la société Onet Services) d'une gratification annuelle (dénommée GFA 13ème mois ou prime de fin d'année selon les documents), prime dont le montant a été porté progressivement à 100 % du salaire de décembre (au prorata du temps de présence dans l'année écoulée et de l'ancienneté dans l'entreprise) et qui était mentionnée sur le bulletin de paie de décembre ; que M. P..., délégué syndical, atteste en ce sens ; que les bulletins de paie (produits pour la période 2001-2009) de M. N... et de Mme T..., agents de service propreté travaillant sur le même site, mentionnent la perception d'une gratification annuelle de fin d'année perçue à compter de 2001 et atteignant 100 % du salaire (brut) de base (dès 2006 pour l'un et à compter de 2009 pour l'autre) ; qu'à la lecture d'un protocole d'accord de fin de conflit en date du 11 avril 2001, il apparaît que les salariés de la société SFGH Hôpital Service travaillant sur le site de la clinique Beauregard bénéficiaient depuis 2000 d'un 13ème mois (sans réduction au titre des absences pour accident du travail ou maladie pour les 22 premiers jours cumulables sur l'exercice) ; que les bulletins de paie de salariés de l'entreprise ayant travaillé sur le site de la polyclinique de Narbonne, tant en qualité de gouvernante (Mme S...) ou chef d'équipe (Mme Y...) qu'en qualité d'agent de service (Mme D..., Mme R..., M. B...) mentionnent la perception annuelle, entre 2012 et 2014,

d'un 13ème mois sur la base de 100 % du salaire (brut) de base (au prorata du temps de présence dans l'entreprise au cours de l'année) ; que le 11 juillet 2009, Mme U..., déléguée du personnel et du comité d'entreprise, attestait que la quasi-totalité des salariés de la société SFGH Hôpital Service travaillant sur le site de la clinique résidence du Parc bénéficiaient d'un 13ème mois au prorata du temps de travail ; que ces éléments de fait sont susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération entre salariés de sites différents d'une même entreprise, appartenant à la même catégorie professionnelle et exerçant un travail égal ou de valeur égale, étant précisé qu'il est indifférent que l'une des salariés dont les bulletins de salaire sont produits à titre d'éléments comparatifs ne soit plus employée par la société ESPS dans la mesure où ils l'ont été pendant la période concernée par la réclamation de l'intimée ; que la société Elior services propreté et santé, qui ne conteste ni que tous les cadres et agents de maîtrise de l'entreprise bénéficient d'un treizième mois, ni même que certains salariés effectuant un travail égal ou de valeur égale à celui de l'intimée (agent de propreté effectuant un service de nettoyage en milieu hospitalier dans des conditions identiques ou équivalentes), mais sur des sites différents, bénéficient également d'un 13ème mois sur la base de 100 % du salaire (brut) de base, conclut toutefois au rejet de la demande de rappel à ce titre ; que la société ESPS fait valoir d'abord que lors de la reprise du marché de nettoyage du centre hospitalier La Peyronie à Montpellier, elle a maintenu aux salariés travaillant sur le site la prime de fin d'année accordée par l'ancien prestataire (ONET), ce en application de la Convention collective nationale des entreprises de propreté ; que l'article 7 de cette convention collective (accord du 29 mars 1990) mentionne notamment que l'entreprise entrante doit maintenir l'emploi du personnel affecté au marché faisant l'objet de la reprise et poursuivre le contrat de travail en maintenant au salarié sa rémunération mensuelle brute correspondant au nombre d'heures habituellement effectuées sur le marché repris, ainsi que les éléments de salaire à périodicité fixe de manière à garantir le montant global annuel du salaire annuel antérieurement perçu correspondant au temps passé sur le marché repris (le nouvel employeur n'est pas tenu de maintenir les différents libellés et composant de la rémunération, ni d'en conserver les mêmes modalités de rémunération) ; que sur ce point, il sera rappelé qu'un transfert de contrat de travail, avec maintien des éléments de rémunération, effectué en application d'une convention collective (et non de la loi ou d'une décision de justice) ne constitue pas à lui seul un élément pertinent de nature à justifier une inégalité de traitement entre des salariés accomplissant un même travail pour un même employeur ; que la société ESPS relève également que des accords collectifs, notamment de fin de conflit, signés en faveur de salariés travaillant sur un site ou un chantier précis n'ont pas vocation à s'appliquer au-delà du périmètre de la négociation, en tout cas obligent le demandeur en matière d'égalité de traitement à démontrer que la disparité créée par l'accord est étrangère à toute considération professionnelle ; qu'elle expose que ces accords n'ont ainsi vocation à régir que les relations de travail au sein d'un établissement déterminé et qu'en conséquence, les salariés qui ne relèvent pas de ces accords d'établissement ne peuvent prétendre subir une discrimination salariale au seul motif qu'ils n'en bénéficient pas, l'égalité salariale ne devant être analysée qu'au seul regard du périmètre de l'établissement ; qu'elle ajoute que l'avantage ainsi accordé aux salariés dans le cadre de l'exécution d'un accord d'établissement conclu après négociation collective place nécessairement ces salariés dans une situation différente de celle des salariés qui n'y sont pas employés, différence de situation d'ailleurs présumée ; qu'en l'espèce, l'appelante ne soutient ni ne démontre que les accords invoqués relèvent du maintien à des salariés transférés des avantages individuels acquis, suite à la dénonciation d'un accord collectif ou à un transfert du contrat de travail imposé par la loi, ou visent à compenser un préjudice résultant de l'absorption de la société SFGH Elior services propreté et santé ou de la mise en cause de l'application d'un accord collectif ; qu'il n'est pas plus établi que l'avantage accordé à certains salariés effectuant un travail égal ou de valeur égale visait à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs et avait ainsi pour objet de ramener ces salariés à la hauteur de la rémunération des salariés affectés dans d'autres établissements ou sur d'autres sites ou chantiers de la société Elior services propreté et santé ; qu'en outre il convient de constater, d'une part, que les quelques accords collectifs produits, s'agissant de la prime de treizième mois, ne mentionnent pas expressément, ou même de façon implicite, un périmètre d'application limité à un établissement particulier de l'entreprise et que, d'autre part, la prime de 13ème mois sur la base de 100 % du salaire a été accordée en l'espèce par l'employeur à des salariés, effectuant un travail égal ou de valeur égale à celui [des salariés intimés], autres que ceux travaillant dans les seuls établissements où l'existence d'accords collectifs spécifiques est alléguée et autres que ceux devant en bénéficier en application de la loi ou d'une décision de justice exécutoire, ce sans justifier de critères objectifs et pertinents ; qu'en cas de concours de conventions ou accords collectifs suite à une absorption, la comparaison doit être faite non en procédant à une appréciation globale de la rémunération moyenne totale résultant de l'application de chacun d'eux mais avantage par avantage ayant la même cause ou le même objet, le plus favorable devant alors être accordé aux salariés de l'entreprise absorbée ; qu'il ne sera pas développé outre sur la question de savoir si la prime de 13ème mois bénéficiant aux cadres et agents de maîtrise de la société ESPS relève du maintien d'avantages individuels acquis, suite à la dénonciation de la Convention collective

nationale des entreprises de nettoyage de 1981, alors que l'intimée appartient à la catégorie des agents de propreté ; que vu les observations susvisées, s'agissant d'une prime de 13ème mois sur la base de 100 % du salaire (brut) de base (au prorata du temps de présence dans l'entreprise au cours de l'année) pour la période considérée, la société ESPS, qui ne peut valablement soutenir qu'au jour de la signature de ces accords elle se trouvait dans une situation de transfert du contrat de travail au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, ne justifie nullement d'éléments objectifs et pertinents qui légitimeraient cette différence de traitement entre salariés effectuant un travail égal ou de valeur égale sur des sites distincts ; que si elle soutient que la situation des salariés ayant bénéficié de tels accords doit être appréciée de façon globale au regard notamment de sujétions particulières de certains sites, elle ne verse aux débats aucun document en ce sens ; que le treizième mois de salaire est calculé en l'espèce pour l'année entière, périodes de travail et de congé confondues, en sorte que son montant n'est pas affecté par le départ des salariés en congé et que cette prime est exclue de l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés ; qu'en conséquence, le jugement sera confirmé en ce qu'il a fait droit à la demande [des salariés] ;

Et aux motifs éventuellement adoptés du jugement entrepris du 3 février 2012 que les personnes nommées ci-dessus font toutes parties du personnel de la société SFGH HOPITAL SERVICE en qualité d'agents d'entretien à des niveaux divers de qualification et embauchés à des dates différentes ; que les documents versés aux débats indiquent que le siège social de l'employeur est situé à Clichy (92115) et que cette société est spécialisée dans le nettoyage des locaux en milieu hospitalier ; qu'il s'ensuit que la convention collective applicable est celle des entreprises de propreté et que les relations contractuelles relèvent également de l'Annexe 7 de la profession ; que la structure de l'entreprise comporte un siège régional pour la région PACA ainsi que pour le Languedoc-Roussillon, les contrats de travail des 12 salariés demandeurs relèvent de ce siège régional ; que la demande principale des intéressés se fonde sur une prime de 13ème mois dont le bénéfice a été accordé par l'employeur à tout le personnel de l'agence de Montpellier, suite à la signature d'un protocole d'accord de fin de grève en novembre 2001 ; que ces salariés justifient leur réclamation du fait que, même s'ils exercent leur travail sur des sites différents dans ces deux régions, ils appartiennent à la même entité juridique ; qu'ils considèrent donc que l'employeur commet une inégalité de traitement et une discrimination à leur égard compte tenu du non-paiement depuis novembre 2001 de ladite prime ; qu'il résulte des écritures de la partie demanderesse que le comportement de l'employeur se heurte à la notion de principe énoncée dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 en son article 23 : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal » ; que la Cour de cassation a conféré, à maintes reprises dans ses arrêts, à ce principe une règle générale et impérative ; que cette règle signifie que si rien ne différencie objectivement deux salariés effectuant un même travail, ils doivent percevoir le même salaire, ainsi que les primes dans la mesure où ils exercent les mêmes fonctions ; que dans cette affaire, la décision de l'employeur, malgré ses prérogatives en matière d'exercice de son pouvoir de direction, ne peut pas conduire à une rémunération discrétionnaire, mais doit reposer, en cas de réclamation des salariés, à des arguments objectifs et vérifiables ; que l'employeur doit justifier objectivement cette décision de non-paiement de la prime considérée fait valoir que ce qui importe dans l'application du principe « à travail égal, salaire égal », c'est bien la comparaison de la rémunération globale des salariés concernés qu'il faut examiner ; que le Conseil estime que le principe « à travail égal, salaire égal » doit être appliqué sur la structure des éléments constituant la rémunération des salariés assujettis aux mêmes dispositions contractuelles et conventionnelles ; qu'il en résulte que les 12 salariés demandeurs sont parfaitement fondés en leur réclamation d'une prime dite de 13ème mois ; que toutefois, nonobstant le fait que cette prime ait été versée à d'autres salariés faisant partie de l'entreprise à compter de l'année 2002 et que les salariés demandeurs déclarent n'avoir pris connaissance de son existence que tardivement et fortuitement, il ressort des pièces produites par l'employeur que les diverses agences des régions Paca et Languedoc-Roussillon auraient eu connaissance en temps utile des différents accords intervenus lors des protocoles de fin de grève ; qu'après avoir pris connaissance objectivement de ces éléments, la formation du Bureau du jugement du Conseil de céans dit qu'il sera fait application des dispositions énoncées à l'article 2224 (modifié par Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 – art.1) : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », et de ce fait les demandes introduites pour la période allant de 2002 à 2005 inclus sont prescrites ; que le Conseil décide que la société SFGH HOPITAL SERVICE devra payer aux demandeurs dans la présente instance les compléments de salaire découlant de la différence entre le 13ème mois à verser et les montant déjà versés à ce titre à compter de l'année 2006, y compris les congés payés y afférents ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la

contradiction ; que dans la procédure orale, le moyen soulevé d'office par le juge est présumé avoir été débattu contradictoirement, sauf preuve contraire pouvant résulter du fait que les conclusions écrites des parties, oralement soutenues à l'audience, ne comportent pas de tel moyen ; qu'en affirmant, pour condamner la société ESPS à verser aux salariés un rappel de prime de 13ème mois prévue par les accords d'établissement des sites de Lapeyronie et de Beauregard, que « les quelques accords collectifs produits, s'agissant du treizième mois, ne mentionnent pas expressément, ni même de façon implicite, un périmètre d'application limité à un établissement particulier de l'entreprise », quand elle avait expressément énoncé dans ses arrêts que les conclusions d'appel des parties avaient été « reprises oralement lors de l'audience » et que celles-ci ne comportaient aucun moyen sur le champ d'application territorial de la prime de 13ème mois prévue par les accords collectifs litigieux, ce dont il résultait qu'elle avait soulevé ce moyen sans avoir préalablement invité les parties à présenter leurs observations sur ce chef, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'un accord collectif d'établissement, négocié et signé par les organisations syndicales représentatives au sein de cet établissement, 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, n'est applicable que dans l'établissement dans le cadre duquel il a été conclu ; que pour condamner la société exposante à verser aux salariés un rappel de prime de 13ème mois, la Cour d'appel a affirmé que « les quelques accords collectifs produits, s'agissant de la prime de 13ème mois, ne mentionnent pas expressément ou même de façon implicite, un périmètre d'application limité à un établissement particulier de l'entreprise » ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la prime de 13ème mois était prévue par deux accords collectifs d'établissement, ce dont il résultait que cette prime ne pouvait bénéficier qu'aux salariés affectés à l'un ou l'autre de ces établissements, la Cour d'appel a violé les articles L 2222-1, L 2231-1 et L 2232-16 du Code du travail ;

ALORS, DE TROISIEME PART en tout état de cause, QU'en affirmant, pour condamner l'exposante à verser aux salariés un rappel de prime de 13ème mois prévue par les accords d'établissement des sites de Lapeyronie et de Beauregard, que « les quelques accords collectifs produits, s'agissant du treizième mois, ne mentionnent pas expressément, ni même de façon implicite, un périmètre d'application limité à un établissement particulier de l'entreprise », quand l'« Accord du 20 décembre 2000 », complété par le « Protocole d'accord » du 21 novembre 2001, précisait dans son préambule qu'« en date du 19/12/2000, le mouvement social déclenché sur le site de l'Hôpital Lapeyronie à Montpellier par une partie des salariés de l'HOPITAL SERVICE a pour revendications principales les points suivants : mise en place d'un 13ème mois » (pièce n° 33) et que le « Protocole d'accord de fin de grève Clinique Beauregard » du 11 avril 2001 disposait également dans son préambule qu'« après avoir émis à plusieurs reprises des revendications et suite aux réponses de la Direction d'HOPITAL SERVICE, les salariés du site de la Clinique de Beauregard ont déclenché un mouvement de grève en date du 9 avril 2001. Les revendications liées à ce conflit sont les suivantes : rappel de salaires dus (ARTT, 13ème mois, prime d'expérience) » (pièce adverse n° 8), ce dont il résultait que la prime de 13ème mois prévue par ces deux accords collectifs était réservée exclusivement aux salariés de la société ESPS affectés sur les établissements de Lapeyronie et de Beauregard, la Cour d'appel a violé les accords susvisés ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE pour condamner la société ESPS à verser aux salariés un rappel de prime de 13ème mois, la Cour d'appel a affirmé que « l'appelante ne soutient ni ne démontre que les accords invoqués relèvent du maintien à des salariés transférés des avantages individuels acquis, suite à la dénonciation d'un accord collectif ou à un transfert du contrat de travail imposé par la loi, ou visent à compenser un préjudice résultant de l'absorption de la société SFGH HOPITAL SERVICE ou de la mise en cause de l'application d'un accord collectif » ; qu'en statuant ainsi, alors que la prime de 13ème mois prévue par les accords d'établissements de Lapeyronie et de Beauregard était versée à l'ensemble des salariés de ces deux sites, sans aucune distinction entre les salariés transférés et ceux affectés sur le même site, de sorte que la différence de traitement était ipso facto présumée justifiée, la Cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement ;

ALORS, DE CINQUIEME PART, QUE le jugement doit être motivé ; qu'en se bornant à affirmer que « la prime de 13ème mois sur la base de 100% du salaire a été accordée en l'espèce à des salariés, effectuant un travail égal ou de valeur égal à celui [des salariés intimés] autres que ceux travaillant dans les seuls établissements où l'existence d'accords collectifs spécifiques est alléguée et autres que ceux devant en bénéficier en application de la loi ou d'une décision de justice exécutoire, ce sans justifier de critères objectifs et pertinents » sans toutefois préciser le nom des salariés concernés, la

Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ALORS, ENFIN et subsidiairement, QUE l'exposante avait fait valoir, dans ses conclusions d'appel, qu'« il s'agit pour les demandeurs de soutenir que certains salariés affectés à la Polyclinique de Narbonne auraient perçu sans obligation un 13ème mois. Les salariés bénéficiaires seraient Mesdames R..., D..., S..., F... et Monsieur B..., alors salariés affectés au nettoyage de la Polyclinique de Narbonne. Les demandeurs oublient que ces salariés avaient introduit une instance prud'homale dès le 27 septembre 2012 dans laquelle ils sollicitaient le paiement d'un 13ème mois. La Cour d'appel de Montpellier a fait droit à leurs demandes, ainsi qu'à celles d'autres salariés du même site par arrêts des 26 mars 2014 et 20 janvier 2016 » (pages 17 et 18) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef péremptoire des conclusions qui lui étaient soumises, dont il résultait que le versement de la prime de 13ème mois à des salariés n'entrant pas dans le champ d'application des accords d'établissement de Lapeyronie et de Beauregard était justifié exclusivement par des condamnations judiciaires, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief aux arrêts attaqués d'avoir condamné la société ESPS à verser aux salariés un rappel de prime d'assiduité ;

Aux motifs que le principe « à travail égal, salaire égal », dégagé par la jurisprudence, oblige l'employeur à assurer une égalité de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ou, du moins, à devoir justifier toute disparité de salaire ; que cette règle est une application particulière du principe d'égalité de traitement entre les salariés ; qu'elle s'oppose à ce que des salariés, placés dans une situation identique, soient traités différemment au regard de l'octroi d'une augmentation de salaire, d'une prime ou d'un avantage ; que constituent une rémunération le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier (article L 3221-3 du Code du travail) ; que le principe d'égalité de rémunération s'applique dans la mesure où les salariés sont placés dans une situation identique ; que le principe « à travail égal, salaire égal » ne s'applique pas lorsque des salariés travaillent dans des entreprises différentes, peu important qu'elles appartiennent au même groupe ou que ces salariés soient soumis à la même convention collective ; que le principe d'égalité de rémunération ne se limite pas aux situations dans lesquelles les salariés effectuent simultanément un travail égal pour un même employeur ; qu'un salarié peut en conséquence réclamer une rémunération identique à celle perçue par un salarié effectuant le même travail, que ce dernier ait été embauché antérieurement à son entrée en fonction ou postérieurement ; que l'égalité salariale exige que les salariés exercent un même travail ou un travail de valeur égale, c'est-à-dire qu'ils soient dans une situation comparable au regard de la nature de leur travail et de leurs conditions de formation et de travail ; que sont considérés comme tels les travaux qui, sans être strictement identiques, exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse (article L 3221-4 du Code du travail) ; que les différences de rémunération entre des salariés exerçant un travail égal ou de valeur égale sont licites dès lors qu'elles sont justifiées par des critères objectifs et pertinents, étrangers à toute discrimination ; que l'employeur peut donc accorder une augmentation de salaire, une prime ou un avantage à certains salariés si tous ceux placés dans une situation identique au regard de l'avantage en bénéficient et si les règles déterminant son octroi sont préalablement définies et contrôlables, ce qui suppose qu'elles soient portées à la connaissance des salariés concernés ; qu'une différence de traitement peut se justifier par l'application d'une disposition légale ou d'une décision de justice ; qu'en revanche, l'employeur ne peut pas opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier une inégalité de rémunération ou de traitement ; que pour l'attribution d'un avantage particulier, une différence de statut juridique entre des salariés placés dans une situation comparable au regard dudit avantage ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité de traitement ; qu'il appartient à l'employeur de démontrer que la différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation au regard de l'avantage litigieux, repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ; qu'un accord collectif ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise, exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont un juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre des salariés de différents établissements, site ou chantiers d'une même entreprise que si elles reposent sur des raisons objectives avec des éléments d'appréciation matériellement vérifiables ; mais que s'agissant du régime de la preuve, 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 ; que 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 convention 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 ; qu'en revanche, une différence de catégorie professionnelle ou d'établissements entre des salariés placés dans une situation comparable au regard d'un avantage ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité dès lors que cet avantage résulte d'une décision unilatérale de l'employeur ; que dans ce cas, l'employeur doit démontrer que la différence de traitement repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ; qu'est insuffisante à elle seule pour justifier une inégalité de rémunération une différence de statut juridique ; que ne suffit pas non plus la circonstance qu'un salarié soit engagé avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ou d'un engagement unilatéral de l'employeur, sauf s'ils ont pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de leur mise en place ; qu'il en est de même en cas d'embauche avant ou après la dénonciation d'un accord ou d'un engagement unilatéral de l'employeur ou avant ou après la modification des conditions d'attribution d'un avantage résultant d'un usage ; que l'obligation légale (transfert du contrat de travail en application de l'article L 1224-1 du Code du travail) 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 au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ; que par contre, si le maintien des contrats de travail de salariés transférés à un nouvel employeur, prévu en cas de perte de marché, et de primes ou avantages dont bénéficiaient à ce titre les intéressés, ne résulte pas de l'application de la loi mais d'une convention collective et n'est pas destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs, l'inégalité qui en résulte entre salariés accomplissant le même travail pour le même employeur méconnaît ainsi le principe d'égalité de traitement si elle n'est pas justifiée par des raisons pertinentes et objectives ; que des raisons conjoncturelles ou liées aux contraintes imposées à certains salariés d'une entreprise ou de l'un de ses établissements permettent de déroger à l'égalité de rémunération ou de traitement entre les salariés ; que ne déroge pas au principe de l'égalité de rémunération ou de traitement un avantage accordé à certains salariés de l'entreprise visant à compenser un préjudice spécifique à ces travailleurs et ayant ainsi pour objet de ramener ces salariés à la hauteur de la rémunération des autres salariés de l'entreprise effectuant un travail égal ou de valeur égale dans d'autres établissements ou sur d'autres sites ou chantiers ; que de même, dans le cas de transferts d'entreprise avec mise en cause de l'application de la convention collective, le maintien des avantages individuels acquis au profit du personnel transféré à une nouvelle entreprise, bien que ces avantages n'aient pas à cette occasion été appliqués aux autres salariés, ne déroge pas au principe de l'égalité de rémunération ou de traitement ; qu'en effet, le maintien des avantages individuels acquis ne heurte pas le principe d'égalité de traitement car il a pour objet de compenser le préjudice résultant de la dénonciation de l'accord collectif instituant ces avantages ; qu'il appartient à la personne qui s'estime victime d'une inégalité de traitement de soumettre au juge les éléments de fait, loyalement obtenus, laissant supposer son existence ; qu'il incombe ensuite à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que ces règles de preuve ne s'appliquent pas en cas de différences de traitement entre catégories professionnelles, ou entre des salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle des fonctions distinctes, ou entre des salariés appartenant à la même entreprise, mais à des établissements distincts, opérées par voie de conventions collectives ou accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales et patronales représentatives ; qu'en cas de litige, les juges doivent se livrer à une analyse comparée des éléments de rémunération des salariés, avantage par avantage ayant la même cause ou le même objet et non au regard d'une rémunération globale (mensuelle ou annuelle) qui n'aurait pas de sens compte tenu des spécificités propres à la situation de chaque salarié (ancienneté, durée du travail, etc.) ainsi que des missions, des tâches et des responsabilités des salariés ; que selon les dispositions de l'article L 1224-3-2 du Code du travail, « 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 » ;

que ces dispositions législatives ne sont pas applicables au litige concernant une demande en paiement de primes ou avantages particuliers accordés par l'employeur à des salariés affectés sur d'autres sites à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ;

Et, sur la prime d'assiduité, que [les salariés] sollicite[nt] à titre principal un rappel au titre d'une prime d'assiduité de 914,70 €, se fondant sur les bulletins de salaires de Mmes A... X... et O... G..., employées sur le site de La Casamance à Aubagne, dont [ils] soutien[nent] qu'elles perçoivent une telle prime depuis au moins l'année 2004, versée à hauteur de 50% en juin et en décembre de chaque année, au titre d'avantage acquis ; que la société ESPS, qui soutient que cette prime a vocation à s'appliquer aux seuls salariés d'un même chantier et pas à ceux d'autres sites, ne justifie, ni même ne soutient que cette décision unilatérale résulte de l'application de la loi ou est destinée à compenser un préjudice spécifique ; qu'il en résulte une inégalité de traitement ainsi créée avec ses autres employés, de même catégorie professionnelle et exerçant des fonctions identiques, toujours au sein d'un établissement hospitalier, pour l'exécution d'un même chantier de nettoyage ; qu'en conséquence, il sera fait droit à la demande [des salariés] au titre d'un rappel de prime d'assiduité ;

ALORS, D'UNE PART, QUE conformément aux dispositions de l'article 7.2.II B de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté « le salarié bénéficiera du maintien de sa rémunération mensuelle brute correspondant au nombre d'heures habituellement effectuées sur le marché repris. A cette rémunération s'ajouteront les éléments de salaire à périodicité fixe de manière à garantir le montant global annuel du salaire antérieurement perçu correspondant au temps passé sur le marché repris » ; qu'en affirmant pour condamner l'exposante à verser aux salariés un rappel de prime d'assiduité, que celle-ci « ne justifie, ni même ne soutient que cette décision unilatérale résulte de l'application de la loi ou est destinée à compenser un préjudice spécifique », quand le maintien de la prime d'assiduité ne résultait pas d'une décision unilatérale prise librement par la société mais des dispositions susvisées, la Cour d'appel a violé l'article 7.2.II B de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE les juges sont tenus de respecter les termes du litige ; qu'en affirmant, pour condamner la société ESPS à verser aux salariés un rappel de prime d'assiduité correspondant à 914,70 € par an, que la société ESPS « ne justifie, ni même ne soutient que cette décision unilatérale résulte de l'application de la loi ou est destinée à compenser un préjudice spécifique », quand il n'était pas contesté par les parties que la prime litigieuse constituait un avantage acquis maintenu par l'exposante en application de l'article 7 de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté, la Cour d'appel a méconnu les termes du litige, en violation de l'article 4 du Code de procédure civile ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'il ressort de l'article L 1224-3-2 du Code du travail, issu de l'article 34 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, que « 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 » ; que conformément aux dispositions de l'article 40-XI de cette ordonnance « les dispositions de l'article 34 sont applicables aux contrats de travail à compter de la publication de la présente ordonnance, quelle que soit la date à laquelle les contrats ont été poursuivis entre les entreprises concernées » ; qu'en jugeant que « il sera fait droit à la demande [des salariés] au titre d'un rappel de prime d'assiduité » quand la société ne pouvait être condamnée à étendre aux salariés dont les contrats de travail étaient en cours d'exécution au jour de la publication de cette ordonnance, la prime d'assiduité perçue par les salariés du site de La Casamance avant leur transfert au sein de la société ESPS organisé par les dispositions de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté, la Cour d'appel a violé les article 34 et 40-IX de l'ordonnance n° 2017-1387, ensemble le nouvel article L 1224-3-2 du Code du travail issu de ces dispositions ;

ALORS, DE QUATRIEME PART et subsidiairement, QUE l'obligation mise à la charge de l'employeur, par l'article 7 de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté, de reprendre le contrat de travail des salariés affectés au marché qu'il remporte et de maintenir, en sus de leur rémunération mensuelle brute, les éléments de salaire à périodicité fixe, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés de l'entreprise ; qu'en condamnant la société ESPS à verser aux salariés un rappel de prime d'assiduité, quand elle avait constaté que cette

prime constituait un « avantage acquis » réservé aux salariés du site de La Casamance et qu'il n'était pas contesté par les parties que les salariés bénéficiaires de cette prime avaient été transférés en application de l'article 7 de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté, ce dont il résultait que la différence de traitement avec les autres salariés de l'entreprise, non concernés par ce transfert, était justifiée, la Cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement et l'article 7 de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté ;

ALORS, ENFIN et à titre infiniment subsidiaire, QUE lorsque le maintien des éléments de la rémunération des salariés transférés en application d'une convention collective est destiné à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleurs, l'inégalité qui en résulte pour les autres salariés de l'entreprise est justifiée ; qu'en se bornant à affirmer, pour condamner l'exposante à verser aux salariés un rappel de prime d'assiduité, que la société ESPS « ne justifie ni même ne soutient que cette décision unilatérale résulte de l'application de la loi ou est destinée à compenser un préjudice spécifique [et qu']il en résulte une inégalité de traitement ainsi créée avec ses autres employés, de même catégorie professionnelle », sans cependant examiner concrètement si, ainsi que l'invoquait l'exposante devant la Cour d'appel, les salariés du site de la Casamance n'avaient pas subi un préjudice spécifique du fait du transfert conventionnel de leur contrat de travail et que la Convention collective nationale des entreprises de propreté avait vocation à compenser par le maintien de la prime d'assiduité, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe d'égalité de traitement et des dispositions de l'article 7 de la Convention collective nationale étendue des entreprises de propreté.