

CONVENTIONS ET ACCORDS COLLECTIFS Principe d'égalité de traitement – Atteinte devant être justifiée par une raison objective dont le juge contrôle la réalité et la pertinence – Prime réservée aux salariés d'un établissement – Transfert du risque économique sur les salariés – Licéité (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 27 juin 2012
société Sogara (Carrefour) contre A. et a. (pourvoi n°10-27.044)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 5 octobre 2010), que Mme A. et cent deux autres salariés de l'établissement de Lormont de la société Sogara France, établissement ouvert après 1985, ont saisi la juridiction prud'homale de demandes d'une part, de rappel de salaires pour la période courant à compter du 1er juin 1999, date d'entrée en vigueur de l'accord du 31 mars 1999, faisant valoir qu'il étaient en droit de prétendre au même calcul de l'indemnité compensatrice que les salariés de l'établissement de Mérignac, ouvert avant 1985, et d'autre part, de demandes de rappel de primes de participation et d'intéressement depuis 1985 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'accueillir les demandes des salariés alors selon le moyen, que :

1°/ un accord d'entreprise peut prévoir qu'au sein de certain de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques particulières respectives, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement, de sorte que la différence de rémunération résultant de l'application aux contrats de travail d'accords collectifs différents se trouve justifiée par un élément objectif et pertinent ;

qu'au cas présent, l'accord national d'entreprise du 11 juillet 1985 relatif «statut du personnel des magasins ouverts après juillet 1985» mentionnait que « *Les parties signataires du présent accord conscientes des impératifs économiques et soucieuses de ne pas entraver une extension de l'entreprise, conviennent de détacher pour les magasins en début d'exploitation la détermination des éléments de la rémunération du statut collectif Carrefour, en vue de permettre une adaptation des niveaux de rémunérations et de favoriser ainsi les nouvelles ouvertures* », et que « *l'évolution des rémunérations dans ces magasins devra suivre la progression des résultats économiques du magasin* » ; que cet accord prévoyait donc que les salariés des magasins ouverts après juillet 1985 ne bénéficieraient pas des dispositions de la convention collective d'entreprise qui déterminaient la rémunération directe ou indirecte de la prestation de travail et que, ces éléments de rémunération du personnel de ces magasins seraient déterminés par des accords d'établissement, au regard des performances économiques de chaque magasin ; que l'accord national d'entreprise du 31 mars 1999, entré en vigueur le 1er juin 1999, s'est substitué aux dispositions de l'accord du 11 juillet 1985 et institue les mêmes dispositions en matière de rémunération pour les salariés des établissements ouverts avant le 31 mars 1999 ; qu'en estimant, par des motifs inopérants, que la différence de niveau de rémunération acquis au moment de l'entrée en vigueur de l'accord du 31 mars 1999 par certains salariés de l'établissement de Mérignac, ouvert avant 1985, par rapport à certains salariés de l'établissement de Lormont, ouvert après 1985, ne reposait pas sur une raison objective et pertinente (arrêt p. 21, al. 2-3), la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, ensemble les articles L. 2232-16 et L. 3221-5 du code du travail ;

2°/ le fait de maintenir au profit de certains salariés un niveau de rémunération acquis grâce à un avantage particulier au moment de la disparition de la justification de cet avantage ne constitue pas une méconnaissance du principe d'égalité de traitement ; que, pour maintenir le niveau de rémunération acquis par les salariés de l'établissement de Mérignac au moment de l'entrée en vigueur de l'accord d'entreprise du 31 mars 1999, la société Sogara France a décidé de verser aux salariés embauchés antérieurement à cette entrée en vigueur une indemnité compensatrice destinée à compenser les avantages auxquels ils pouvaient antérieurement prétendre et qui n'auraient pas été reconduits par le nouvel accord ; que l'objet spécifique de cet avantage était de maintenir le niveau de rémunération acquis avant l'entrée en vigueur de l'accord et de compenser ainsi le préjudice subi par certains salariés à cette occasion, de sorte que les salariés des établissements de Lormont et de Mérignac, qui n'étaient, jusqu'à cette entrée en vigueur, pas soumis aux mêmes dispositions conventionnelles en matière de fixation de la rémunération, et n'avaient donc pas nécessairement acquis le même niveau de rémunération au moment de cette entrée en vigueur, ne se trouvaient pas dans une situation identique s'agissant de déterminer le montant de cette indemnité compensatrice ; qu'il est constant que la différence de rémunération entre les salariés de l'établissement de Lormont, ouvert après juillet 1985, et les salariés de l'établissement de Mérignac, ouvert avant juillet 1985,

résidait dans la différence de montant de l'indemnité compensatrice versée aux salariés embauchés avant l'entrée en vigueur de l'accord du 31 mars 1999 (v. en ce sens, les écritures des défendeurs au pourvoi, p. 10-11) ; qu'en refusant, pour un motif inopérant tiré de la seule absence de dénonciation des accords antérieurs et de l'absence corrélatrice de fondement légal à la prise en compte des avantages individuellement acquis sous l'empire de ces accords (Arrêt p. 20 al. 1), de tenir compte de l'objet spécifique de cette indemnité pour examiner si les salariés des établissements de Lormont et de Mérignac ne se trouvaient dans une situation différente au regard de cet avantage, la cour d'appel a violé le principe d'égalité de traitement, ensemble les articles L. 2232-16 et L. 3221-5 du code du travail ;

Mais attendu qu'un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que la notion d'avantage individuel acquis ne pouvait être invoquée par l'employeur en l'absence de dénonciation ou de mise en cause de l'accord collectif litigieux, a retenu à bon droit que la démarche de la société, prévoyant une rémunération moins importante pour les salariés des magasins nouvellement ouverts, ce qui revenait à faire partager par ceux-ci, au niveau de la détermination de leur rémunération fixe de base, le risque économique de l'entreprise, ne constituait pas une cause objective et pertinente permettant de justifier la différence de rémunération ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de dire que l'expert devrait calculer les rappels de primes de participation ou d'intéressement à compter du 16 septembre 1985, alors, selon le moyen, que la prescription quinquennale instituée par l'article L. 3245-1 du code du travail s'applique à toute action engagée à raison de sommes afférentes aux salaires dus au titre du contrat de travail ; que tel est le cas d'une demande de rappels de prime d'intéressement ou de participation générés par des salaires que le salarié prétend qu'il aurait dû percevoir en application du principe d'égalité de traitement ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté que l'action en rappel de salaires des défendeurs au pourvoi était soumise à la prescription quinquennale et que les rappels de salaires dus devaient s'effectuer à compter du 4 août 1999 ; qu'en estimant néanmoins que les demandes de rappels de primes d'intéressement et de participation qui étaient afférentes aux salaires perdus en raison de la prétendue méconnaissance par la société Sogara du principe d'égalité de traitement devaient être examinés à partir du 16 septembre 1985, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Mais attendu que la prescription de cinq ans ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du salarié ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

(M. Gosselin, f.f. prés. et rapp. – SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Note.

La pugnacité des salariés de l'établissement de Lormont de la société Sogara, filiale du groupe Carrefour, aura contribué à préciser les contours de l'exigence d'égalité de traitement concernant les salariés d'établissements distincts d'une même entreprise (1).

Nouvelle illustration de la volonté de la Cour de cassation de soumettre la négociation collective à l'exigence d'égalité de traitement, l'arrêt - certes inédit - du 27 juin 2012 réaffirme l'illicéité des différences de rémunération entre salariés d'établissements distincts d'une même entreprise ne reposant pas sur une authentique justification.

A l'origine de cette affaire, un accord d'entreprise conclu en 1985 prévoyait que les salariés des magasins ouverts après son entrée en vigueur ne bénéficieraient pas des dispositions relatives à la rémunération. Des accords conclus postérieurement au niveau des établissements avaient vocation à déterminer cette rémunération en fonction des performances économiques de chaque magasin. L'accord de révision conclu en 1999 n'a pas reconduit ces dispositions restrictives. Néanmoins, l'employeur a instauré le versement d'une indemnité au profit des salariés des établissements ouverts avant 1985. Privés de cette indemnité, les salariés de l'établissement de Lormont, qui occupaient des emplois identiques à ceux de l'établissement de Mérignac, ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande rappel de salaires sur le fondement du principe d'égalité de traitement. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'employeur contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux. Elle énonce qu' « un accord d'entreprise ne peut prévoir de différences de traitement entre salariés d'établissements d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (2). Elle approuve donc la Cour d'appel d'avoir décidé que l'indemnité compensatrice versée aux salariés en considération de la date d'ouverture des établissements, qui avait pour effet de « faire partager par les salariés le risque économique de l'entreprise, ne reposait pas sur une cause objective et pertinente. » (ci-dessus).

I. A la lecture de l'arrêt du 27 juin 2012, il n'y a désormais plus lieu de tenir pour justifiée toute différence construite par la négociation collective, qu'il s'agisse d'une différence résultant du système de négociation interne à l'entreprise ou d'une disposition conventionnelle substantielle. Certes, l'avantage litigieux ne résultait pas directement

d'un accord collectif, mais d'un engagement unilatéral de l'employeur destiné à consolider le niveau de rémunération acquis par certains salariés lors de la révision de l'accord de 1985. Toutefois, cet engagement avait bien pour objet de pérenniser une différence de traitement résultant d'un accord collectif. En outre, la Cour de cassation écarte l'argument tiré de la nécessité de compenser le préjudice subi par les salariés de l'établissement de Mérignac lors de l'entrée en vigueur de l'accord de 1999 : « la notion d'avantage individuel acquis ne pouvait être invoquée par l'employeur en l'absence de dénonciation ou de mise en cause de l'accord collectif litigieux ». Cependant, elle ne va pas jusqu'à condamner la réserve d'un avantage à certains salariés en considération d'un préjudice spécifique (3).

La relative immunité dont la négociation collective a longtemps bénéficié vis-à-vis de l'exigence d'égalité de traitement, notamment sur le fondement très discuté de l'article L. 132-19 de l'ancien Code du travail (4), semble bien se dissiper (5). En effet, une chose est la faculté pour l'employeur d'engager la négociation au niveau des établissements de l'entreprise - faculté que lui confère l'alinéa 2 de l'article L. 2242-11, une autre d'invoquer ou de présenter cette possibilité au soutien de n'importe quelle différence de traitement. Les différences entre des salariés travaillant dans des établissements différents de la même entreprise, qu'elles résultent de la négociation collective ou du pouvoir de direction de l'employeur (6), ne devraient désormais plus échapper à la double condition d'objectivité et de pertinence. Ce faisant, la Haute juridiction apporte un sérieux tempérament à la solution de l'arrêt du 18 janvier 2006 (7) qui faisait prévaloir la liberté des partenaires sociaux de procéder à des distinctions en fonction des « caractéristiques » des établissements sur la justification de telles distinctions. Dans cet arrêt, nulle trace de l'exigence de raisons objectives justificatives des différences de traitement, mais une simple évocation des « caractéristiques » des établissements, que la Cour de cassation se gardait bien d'explicitier.

II. La différence de rémunération entre les salariés des établissements de Lormont et de Mérignac reposait sur la date d'ouverture des magasins. En effet, l'accord de 1985 avait stipulé que la rémunération des salariés des magasins ouverts après son entrée en vigueur serait déterminée par des accords d'établissement au regard des performances économiques des magasins. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel de Bordeaux d'avoir décidé que « la démarche de la société, prévoyant une rémunération moins

(1) Soc. 18 janvier 2006, Bull. n°17, Dr. Ouv. 2006, p. 491, note A. de Senga.

(2) Cette règle avait été consacrée dans un arrêt en date du 28 octobre 2009, Bull. n°239. V. nos observations, Dr. Ouv. 2010, p. 94.

(3) Soc. 21 janvier 2009, n°07-43452, Bull. n°15, Dr. Ouv. 2009, p. 399.

(4) Soc. 27 octobre 1999, Bull. n°422, Dr. soc. 2000, p. 185, note G. Couturier, Dr. Ouv. 2003, p. 491.

(5) A. Lyon-Caen, « A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, p. 16.

(6) Cass. Soc. 21 janvier 2009, préc.

(7) Cass. Soc. 18 janvier 2006, préc.

importante pour les salariés des magasins nouvellement ouverts, ce qui revenait à faire partager par ceux-ci, au niveau de la détermination de leur rémunération fixe de base, le risque économique de l'entreprise, ne constituait pas une cause objective et pertinente permettant de justifier la différence de rémunération » (ci-dessus).

La référence explicite au « *risque économique* » est suffisamment rare dans les arrêts de la Cour de cassation pour retenir l'attention.

Le risque économique renvoie aux variations de l'offre et de la demande et ne pèse pas, en principe, sur le salarié. L'employeur tirant seul profit de son activité, il doit en contrepartie assumer seul les risques inhérents à celle-ci. Cette conception de la répartition des risques est au cœur de la qualification de contrat de travail (8) et irrigue de nombreuses règles de droit du travail, en particulier celles relatives à la détermination de la rémunération. En effet, la rémunération du salarié est fixée en fonction du temps effectif de travail accompli et du coût horaire défini pour l'exécution de la prestation de travail. Ce mode de détermination de la rémunération a précisément pour objet d'écarter la prise en compte d'un certain nombre d'aléas, le montant forfaitaire du salaire dépendant du temps de travail effectif. Cependant, « *d'avantage que l'absence de transfert de risque sur le salarié, les juges contrôlent le degré de ce transfert* » (9). Ainsi, la Cour de cassation admet, sous certaines conditions, la validité des clauses de variation de la rémunération (10). Parmi ces conditions, figure l'absence de transfert du risque d'entreprise sur

le salarié. La Cour de cassation ne condamne donc pas tout transfert des risques sur le salarié, mais seulement le transfert des risques qui sont au cœur des responsabilités et des prérogatives de l'employeur (11). A n'en pas douter, les performances économiques d'une entreprise ou d'un établissement relèvent de telles responsabilités et prérogatives. Elles dépendent principalement de l'appréciation ou de l'analyse économique de l'employeur et de ses choix de gestion (12). C'est pourquoi subordonner la rémunération des salariés de certains établissements de l'entreprise à leur performances opère sur les salariés le transfert d'un risque inhérent à l'exercice du pouvoir de direction économique de l'employeur.

L'exigence d'égalité de traitement semble désormais clôturer l'espace ouvert à la singularisation juridique de chaque collectivité de travail au sein d'une même entreprise. La question des justifications admissibles des différences de rémunération entre salariés d'établissements distincts n'en demeure pas moins posée. En effet, la Cour de cassation ne condamne toute distinction entre les salariés travaillant dans des établissements différents, mais seulement le caractère arbitraire de celles-ci. De telles justifications pourraient résider dans l'assujettissement de certaines entités à des conventions collectives de branches différentes de celle correspondant à l'activité principale de l'entreprise ou dans les spécificités de l'organisation du travail.

Isabelle Meyrat,

*Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise,
membre du LEJEP.*

(8) E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, LGDJ 2008.

(9) E. Peskine, préc. p. 41.

(10) Soc. 2 juillet 2002, Bull. n°229, Dr. Ouv. 2005, p. 157, n. T. Katz, Dr. Soc. 2002, p. 998, note C. Radé.

(11) J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e édition, Dalloz, p. 279.

(12) A. Jeammaud, « Justice et économie : et le social ? », *Justices* n°1, 1995, p. 107.