

SOC.

PRUD'HOMMES

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du **19 janvier 2011**

Cassation partielle

M. BAILLY, conseiller le plus
ancien faisant fonction de président

Arrêt n° 63 F-D

Pourvoi n° F 09-70.076

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Isabelle Randour,
domiciliée Le Miraillet, 38440 Saint-Jean-de-Bournay,

contre l'arrêt rendu le 24 juillet 2009 par la cour d'appel de Lyon (chambre
sociale C), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Photo service devenue la société anonyme
Générale de téléphone, dont le siège est Parc des Reflets, Paris Nord II, 165
avenue du Bois de la Pie, Roissy-en-France, BP 40052,
95913 Roissy-Charles-de-Gaulle,

2°/ à M. Patrick Canet, domicilié 1 rue de la Citadelle,
95302 Cergy Pontoise cedex, pris en qualité de commissaire à l'exécution
du plan de la société anonyme Photo service devenue la société anonyme
Générale de téléphone,

3°/ à M. Daniel Valdman, domicilié 8 impasse Jean-Claude Chabanne, BP 10207, 95302 Pontoise, pris en qualité de commissaire à l'exécution du plan de la société anonyme Photo service devenue la société anonyme Générale de téléphone,

défendeurs à la cassation ;

EN PRESENCE :

1°/ de l'AGS-CGEA Ile-de-France Est, dont le siège est 130 rue Victor Hugo, 92309 Levallois-Perret,

2°/ du syndicat commerce et services CFDT du Rhône, dont le siège est Bourse du Travail, place Guichard, 69003 Lyon,

La société Générale de téléphone, MM. Canet et Valdman, ès qualités, ont formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

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

Les demandeurs au pourvoi incident invoquent, à l'appui de leur recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 24 novembre 2010, où étaient présents : M. Bailly, conseiller le plus ancien faisant fonction de président, Mme Morin, conseiller rapporteur, Mme Perony, conseiller, M. Lacan, avocat général, M. Richard, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Morin, conseiller, les observations de la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat de Mme Randour, de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Générale de téléphone, M. Canet, ès qualités et M. Valdman, ès qualités, l'avis de M. Lacan, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme Randour a été engagée, en 1990, par la société Minit France, aux droits de laquelle se trouve la société Générale de téléphone ; que la salariée, qui bénéficiait alors du coefficient 155 d'opérateur de production 1er échelon, a été élue suppléante au comité d'entreprise en 2000, puis a été désignée membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en 2001 ; que la société a été placée sous sauvegarde de justice par décision du 2 juin 2006 ; que Mme Randour a saisi la juridiction prud'homale, en dernier

lieu, de demandes en dommages-intérêts et en reconnaissance du coefficient 195 en alléguant l'existence d'une discrimination syndicale en matière de déroulement de carrière, de formation, et d'entretien annuel d'évaluation depuis son élection dans des fonctions représentatives ;

Sur les premiers moyens du pourvoi principal de Mme Randour et du pourvoi incident de la société Générale de téléphone :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

Sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi incident de la société Générale de téléphone :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le second moyen du pourvoi principal de Mme Randour :

Vu les articles L. 1132-1, L. 1134-1, L. 2141-5 du code du travail ;

Attendu que, pour débouter la salariée de sa demande en reconnaissance du coefficient 195, la cour d'appel retient que ce coefficient est celui d'adjoint au responsable de magasin, que la salariée n'établit d'aucune manière que ses fonctions soient de cette nature, ses bulletins de salaires mentionnant la qualification d'opérateur 1er échelon, coefficient 155, que l'employeur démontre que plusieurs salariés du magasin dans lequel l'intéressée travaille se trouvent dans la même situation qu'elle au regard de l'évolution de leur coefficient, que rien ne justifie dès lors l'accession forcée au coefficient 195 ;

Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que la salariée privée d'une possibilité de promotion par suite d'une discrimination illicite peut prétendre, en réparation du préjudice qui en est résulté dans le déroulement de sa carrière, à un reclassement dans le coefficient de rémunération qu'elle aurait atteint en l'absence de discrimination et alors, d'autre part, que la discrimination subie par la salariée et constatée par l'arrêt en matière de formation et d'entretien annuel affectait nécessairement l'évolution de carrière de l'intéressée et par là son coefficient de rémunération, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté Mme Randour de ses demandes en reconnaissance du coefficient 195 et en paiement des dommages-intérêts correspondants, l'arrêt rendu le 24 juillet 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Condamne la société Générale de téléphone, M. Canet, ès qualités et M. Valdman, ès qualités, aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Générale de téléphone, M. Canet, ès qualités et M. Valdman, ès qualités, à payer à Mme Randour la somme de 1 500 euros ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits **AU POURVOI PRINCIPAL** par la **SCP Masse-Dessen et Thouvenin**, avocat aux Conseils, pour **Mme Randour**.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR débouté Madame RANDOUR de ses demandes de rappel de prime de fin d'année pour la période de 1999 à 2005 et de dommages et intérêts pour violation de l'accord d'établissement qui a institué ladite prime,

AUX MOTIFS QU' il n'est pas contesté que l'accord MINIT n'a pas été remplacé après avoir été dénoncé et que Isabelle RANDOUR conserve l'avantage individuel que constitue la prime de treizième mois stipulée dans cet accord qui est ainsi libellé : "Un treizième mois représentant le douzième des salaires acquis (base + intéressement) pendant l'année civile sera servi en fin d'année au personnel ouvrier, employé, technicien et agent de maîtrise. Ce droit au 13ème mois n'est cependant acquis qu'après une période effective de 6 mois par année civile". L'accord d'établissement du 25 janvier 1999 contient la clause suivante : "Les salariés (hors ETAM) percevront au mois de novembre de chaque année, une prime de fin d'année. Pour bénéficier de cette prime il convient : -d'avoir 6 mois de présence dans l'établissement, -d'être présent à l'effectif au 30 septembre de l'année de versement de la prime. La prime est égale à 1/12ème du salaire de base du 1er octobre de l'année précédent au 30 septembre de l'année en cours. Pour les nouveaux embauchés, son montant est calculé prorata temporis entre la date d'entrée, reportée de six mois, et le 30 septembre de l'année en cours". Les deux avantages sont en concours. Etant observé que l'accord de 1999 ne contient aucune clause autorisant le cumul de ces avantages et que seuls les avantages ayant un objet ou une cause différents peuvent se cumuler, il convient de déterminer si la prime de treizième mois et la prime de fin d'année ont ou non le même objet ou la même cause. L'objet s'entend de la chose qu'une partie s'oblige à donner et la cause, de l'obligation de l'autre contractant. L'accord MINIT et l'accord de 1999 classent tous les deux les primes en litige au rang des salaires. La prime de treizième mois et la prime de fin d'année ont par conséquent le même objet. Ayant le même objet, les deux primes ne peuvent se cumuler et le jugement doit être infirmé en ce qu'il a alloué à Isabelle RANDOUR un rappel de prime de fin d'année pour la période de 1999 à 2005 et des dommages et intérêts pour non-respect des accords d'établissement.

ALORS, D'UNE PART, QUE deux avantages qui ont pour support, l'un une convention collective et, l'autre, le contrat de travail se cumulent, sauf à ce que ces avantages en question aient le même objet ou la même cause ; que le fait que deux primes aient la nature juridique de salaire signifie tout au plus que ces primes ne sont pas des gratifications, mais ne suffit pas à leur conférer même objet et même cause ; qu'en déduisant du fait que l'accord Minit et l'accord de 1999 ont classé tous les deux ces primes en litige au rang de salaire, la Cour d'appel a violé les articles L. 2221-2 et L. 2254-1 du Code du travail.

ALORS, D'AUTRE PART, QUE pour décider que deux primes ne peuvent se cumuler, le juge doit précisément vérifier que, au-delà de leur dénomination donnée par les parties à la convention collective, ces primes ont effectivement le même objet ; qu'une prime dite de fin d'année dont le versement est subordonné, en plus d'une condition d'ancienneté, à une condition de présence du salarié à l'effectif au 30 septembre de l'année de son versement a pour objet de récompenser la fidélité du salarié ; qu'il en est autrement d'une prime de 13ème mois, dont le versement de la prime de 13ème mois n'est subordonné à aucune condition de présence et a donc nécessairement un autre objet que la prime de fin d'année, en l'occurrence celui de marquer la satisfaction de l'employeur du travail accompli par ses salariés ; qu'en disant que les primes avaient même objet sans s'attacher aux conditions de versement et donc à l'objet des deux primes, ainsi qu'il était soutenu, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord d'établissement du 25 janvier 1999, ensemble des articles L. 2221-2 et L. 2254-1 du Code du travail.

ALORS, ENFIN ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, QUE, une convention collective peut, par une clause expresse, prévoir elle-même le cumul de plusieurs avantages, ce qui dispense alors le juge de se demander si ces avantages ont le même objet ; que l'accord d'établissement du 25 janvier 1999 qui instituait la prime de fin d'année stipulait aussi dans son article III intitulé « Avantages acquis » que « Le présent accord ne peut être en aucun cas la cause de restriction aux avantages acquis dans les accords collectifs antérieurs et remplace les clauses inscrites aux contrats individuels concernant exclusivement les articles du présent accord à la date de signature de celui-ci chaque fois que celles-ci seront globalement moins avantageuses ou équivalentes » ; que dès lors que la Cour d'appel, qui a elle-même constaté que Madame RANDOUR avait conservé la prime de 13ème mois au titre des avantages acquis de l'accord MINIT et que cette prime n'était précisément pas inscrite dans son contrat individuel, ne pouvait sans violer l'accord d'établissement du 25 janvier 1999 la prime de fin d'année que celui-ci instituait ne se cumulait avec la prime de 13ème mois ; qu'en affirmant au contraire que l'accord de 1999 ne contenait aucune clause autorisant le cumul et que donc les deux primes ne pouvaient se

cumuler, la Cour d'appel a violé l'article III-Avantages acquis de l'accord d'établissement du 25 janvier 1999.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame RANDOUR de sa demande de reclassement au coefficient 195 de la convention collective applicable et de rappels de salaires et de congés payés consécutifs, et de sa demande en réparation de la discrimination syndicale dont elle a été victime dans le déroulement de sa carrière, notamment du fait de l'absence de toute promotion et de tout changement de coefficient à partir du moment où elle a exercé un mandat syndical,

AUX MOTIFS QUE Sur la discrimination syndicale : Lorsque survient un litige en raison d'une discrimination syndicale, le salarié présente les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. 1. la discrimination syndicale du fait de l'absence d'évolution professionnelle : Isabelle RANDOUR affirme en premier lieu qu'en lui attribuant le coefficient 155 lors du changement de classification en 2000, il n'a pas été tenu compte de son expérience et de son coefficient précédent qui était de 170. Recrutée en 1990 au coefficient 100, Isabelle RANDOUR est passée d'abord au coefficient 120, puis au coefficient 122 en 1995 et au coefficient 170 en 1997, avant de descendre au coefficient 122 en 1998, de revenir au coefficient 170 en 1999 et de redescendre au coefficient 155 en 2000. Le passage du coefficient 170 au coefficient 122 en 1998, époque où Isabelle RANDOUR n'était titulaire d'aucun mandat syndical, résulte de l'annulation de la dénonciation de l'accord MINIT par le Tribunal de grande instance de Nanterre suivant jugement du 28 septembre 1997. Le retour au coefficient 170 en 1999 correspondait à l'application de l'accord du 25 janvier 1999. En mars 2000, la nouvelle classification issue de la convention collective nationale a fait passer les opérateurs classés au 1er échelon comme Isabelle RANDOUR, du coefficient 170 au coefficient 155. Aucune discrimination syndicale n'est à l'origine de la classification de Isabelle RANDOUR au coefficient 155 en 2000. Isabelle RANDOUR affirme en second lieu qu'à l'inverse de ses collègues, elle n'a fait l'objet d'aucune augmentation de salaire à titre personnel depuis son engagement syndical, à l'exception des augmentations annuelles prévues par l'accord d'établissement. L'article 2-g de l'accord d'établissement du 3 juillet 1997 stipule une garantie d'évolution des appointements des salariés membres des instances représentatives du personnel sous forme de correction des écarts entre l'augmentation du salaire des intéressés et la moyenne de sa classification. L'application effective de cette correction à Isabelle RANDOUR exclut toute discrimination salariale en lien avec ses

activités syndicales. Par ailleurs, Isabelle RANDOUR qui est toujours classée au coefficient 155 depuis 2000 réclame l'attribution du coefficient 195 qui est celui d'adjoint au responsable de magasin. L'intimée n'établit d'aucune manière que ses fonctions soient celles d'adjoint au responsable de magasin. Ses bulletins de paye portent la mention d'opérateur 1er échelon. La SA GENERALE DE TELEPHONE démontre que plusieurs salariés du magasin dans lequel Isabelle RANDOUR travaille se trouvent dans la même situation qu'elle au regard de l'évolution de leur coefficient. Rien dès lors ne justifie l'accession forcée de Isabelle RANDOUR au coefficient 195. La demande qui s'y rapporte doit être rejetée.

2. la discrimination syndicale du fait de l'absence de formation : Isabelle RANDOUR affirme qu'au mois de mai 2006, alors que ses fonctions évoluaient en raison d'une nouvelle orientation des ventes de téléphone, tous ses collègues ont bénéficié d'une formation "Vendre les offres Orange", qu'elle seule a été exclue de cette formation avec un autre représentant du personnel, qu'elle a suivi cette formation au mois d'octobre 2007 et qu'elle a été privée de la prime basée sur les performances de ventes individuelles. La SA GENERALE DE TELEPHONE répond qu'en égard au nombre très important de salariés à former, 700 d'entre eux n'avaient pas encore reçu la formation en cause à la fin de l'année 2008. Rien ne confirme cette assertion. Isabelle RANDOUR justifie de ce qu'elle a bénéficié d'un seul jour de formation en 1997, en 2001 et en 2004 et de onze jours en 2007, soit 14 jours au total. Il est établi que dans le même temps, neuf autres salariés employés comme elle dans des magasins de la SA PHOTO SERVICE ont bénéficié respectivement de 32, 15, 14, 36, 52,5, 33,5, 24, 22 et 24 jours de formation. La SA GENERALE DE TELEPHONE ne prouve pas que ces importantes différences soient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Il s'agit par conséquent d'un cas de discrimination syndicale. Il apparaît qu'à compter du mois d'octobre 2007, Isabelle RANDOUR a bénéficié d'une compensation financière prévue pour les représentants du personnel bénéficiant de plus de 90 heures de délégation. Entre le mois d'octobre 2006 et le mois d'octobre 2007, elle n'a perçu aucune compensation puisque ses délégations n'excédaient pas 90 heures. Du fait de la discrimination syndicale dont elle a été l'objet, elle a subi une perte de prime.

3. la discrimination syndicale du fait de l'absence d'entretien individuel : Isabelle RANDOUR n'a bénéficié d'aucun entretien annuel individuel depuis 1998. L'accord d'établissement du 3 juillet 1997 stipule que l'évolution de carrière des salariés élus et désignés doit faire l'objet de la part de leur responsable hiérarchique et de la direction des ressources humaines d'un suivi annuel adapté à leurs fonctions spécifiques. Il incombe au seul employeur d'organiser et de mettre en oeuvre les entretiens individuels. Le fait pour la SA GENERALE DE TELEPHONE d'avoir privé Isabelle RANDOUR de tout entretien individuel annuel depuis 2000 constitue une discrimination syndicale.

4. l'indemnisation de la discrimination syndicale : Discriminée dans sa formation, dans ses revenus et dans son

suivi, Isabelle RANDOUR subit un préjudice qui sera réparé par le versement de 3.000 € de dommages et intérêts.

ALORS, D'UNE PART, QUE les juges du fond doivent respecter les termes du litige tels qu'ils sont exposés dans les conclusions et répondre à celles-ci ; que Madame RANDOUR demandait, dans ses conclusions, son reclassement au coefficient 195 comme la conséquence qui s'imposait logiquement à titre de réparation en nature et intégrale de la discrimination dont elle a été victime dans l'évolution de sa carrière professionnelle, notamment du fait de son absence de promotion depuis 2000, et non pas seulement au regard des fonctions actuellement exercées ; que la Cour d'appel qui, pour écarter cette demande, s'est fondée sur la comparaison de ses fonctions avec celles ses collègues a modifié les termes du litige et violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile,

ALORS en conséquence QU'en ne recherchant pas si du fait du blocage de sa carrière, Madame RANDOUR, peu important les dernières fonctions exercées, n'avait pas fait l'objet de discrimination, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble l'article L. 2141-5 du Code du travail.

ALORS, D'AUTRE PART, QUE lorsque le salarié présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination -en l'espèce, syndicale-, il appartient à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la Cour d'appel a admis que la carrière de Madame RANDOUR a été totalement bloquée à partir de 2000, date l'obtention de son mandat syndical ; qu'il incombait dès lors à l'employeur de prouver que le blocage de carrière qu'avait subi Madame RANDOUR était justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'en se contentant de relever que l'intimée n'établissait d'aucune manière que ses fonctions soient celles d'adjoint au responsable de magasin. (...), la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et donc violé les articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble l'article L. 2141-5 du Code du travail.

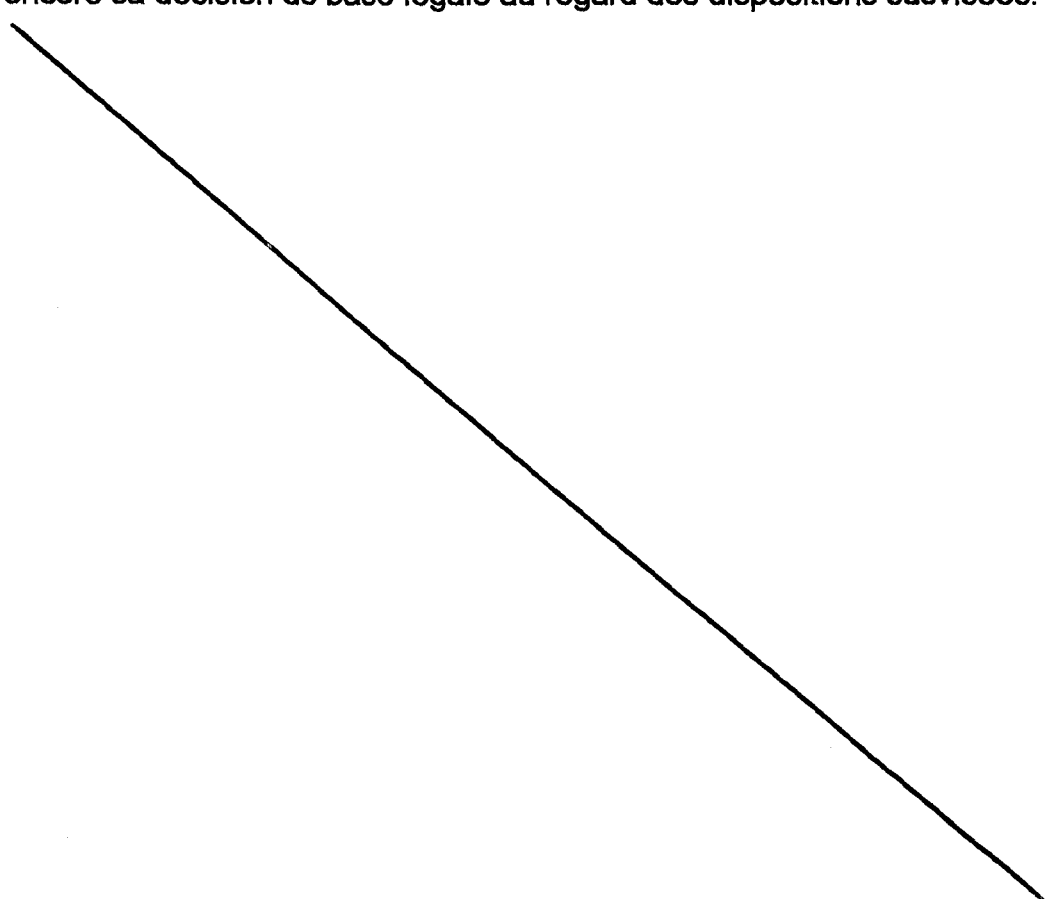
ALORS, surtout QUE la Cour d'appel a constaté, d'une part, que la salariée n'avait bénéficié d'aucune promotion individuelle depuis qu'elle était titulaire d'un mandat syndical et, d'autre part, qu'elle avait depuis cette date été exclue non seulement de toute formation mais aussi de tout entretien individuel en raison de ce mandat syndical, cette privation étant constitutive d'une discrimination syndicale ; en ne recherchant pas si ce refus de formation et d'entretien individuels n'avaient pas été la cause d'un blocage de carrière, ce dont il se déduisait qu'elle devait être reclassée dans le coefficient qu'elle aurait atteint si elle n'avait pas été privée de formation et

d'entretiens, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 2141-5 L. 1132-1, et L. 1134-1 du Code du travail,

ALORS au demeurant QU'en retenant que la SA GENERALE DE TELEPHONE démontre que plusieurs salariés du magasin dans lequel Isabelle RANDOUR travaille se trouvent dans la même situation qu'elle au regard de l'évolution de leur coefficient la Cour d'appel a exigé une comparaison de situation à un moment donné et non une recherche de la prise en compte de l'activité syndicale sur l'évolution de la carrière, a confondu égalité de traitement et discrimination, et violé lesdites dispositions,

ALORS QUE Madame RANDOUR soutenait que des salariés embauchés après elle à des niveaux de classification au demeurant inférieurs au sien avaient bénéficié de promotions au point de finalement être mieux classés qu'elle ; qu'en n'examinant pas ce grief, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard desdites dispositions ;

ET ALORS enfin QUE la réparation de la discrimination en cas de blocage de carrière doit consister dans le rétablissement du salarié dans la situation qui aurait été la sienne si sa carrière n'avait pas été bloquée ; qu'en se contentant d'affirmer que la salariée avait bénéficié de l'accord d'établissement prévoyant une garantie, sans rechercher si elle était ainsi remplie de ses droits, la Cour d'appel a statué par un motif inopérant, privant encore sa décision de base légale au regard des dispositions susvisées.



Moyens produits AU POURVOI INCIDENT par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Générale de téléphone, M. Canet, ès qualités et M. Valdman, ès qualités.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la SA GENERALE DE TELEPHONE à payer à Isabelle RANDOUR la somme de 373, 14 euros à titre de rappel de salaire sur prime de treizième mois et de 37, 31 euros pour congés payés afférents.

AUX MOTIFS QUE sur le rappel de la prime de treizième mois ; que l'accord MINIT sur la prime de treizième mois stipule expressément la prise en compte de l'intéressement dans l'assiette de l'avantage ; qu'Isabelle RANDOUR démontre que de 2003 à 2007, l'intéressement n'a pas été intégré dans l'assiette de calcul de la prime de treizième mois ; qu'elle évalue à 373, 14 euros le rappel de salaire qui lui est dû à ce titre et à 37 euros les congés-payés afférents ; que la SA GENERALE DE TELEPHONE ne conteste ni l'omission de l'intéressement dans la base de calcul de la prime de treizième mois ni les calculs de Isabelle RANDOUR ; qu'il convient par conséquent de condamner la SA GENERALE DE TELEPHONE à payer à Isabelle RANDOUR 373, 14 euros à titre de rappel de salaire sur prime de treizième mois et 37, 31 euros pour congés payés afférents.

1° - ALORS QUE les juges doivent préciser l'origine et la nature des renseignements qui ont servi à motiver leur décision ; qu'en se bornant à affirmer que Madame RANDOUR démontrait que de 2003 à 2007, l'intéressement n'avait pas été intégré dans l'assiette de calcul de la prime de 13ème mois sans préciser d'où elle tirait ce renseignement qui n'était pas établi par les pièces du dossier, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'accord MINIT du 5 janvier 1989.

2° - ALORS QUE les juges ne peuvent dénaturer les conclusions claires et précises des parties ; que dans ses conclusions d'appel, l'employeur demandait que le salarié soit débouté de l'intégralité de ses demandes en soutenant que l'intéressement qui entrait dans l'assiette de calcul de la prime de 13ème mois avait été intégré au salaire de base des salariés suite à l'application de l'accord d'harmonisation des salaires, de sorte qu'il était pris en compte dans la base de calcul de la prime 13ème mois ; qu'en affirmant que l'employeur ne contestait pas l'omission de l'intéressement dans la base de calcul de la prime de 13ème mois, la Cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'employeur en violation de l'article 4 du Code de procédure civile.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la SA GENERALE DE TELEPHONE à payer à Isabelle RANDOUR la somme de 3.000 euros à titre de dommages-intérêts pour discrimination syndicale en matière de formation et d'entretien individuel outre 1.500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

AUX MOTIFS QUE 2. la discrimination syndicale du fait de l'absence de formation ; qu'Isabelle RANDOUR affirme qu'au mois de mai 2006, alors que ses fonctions évoluaient en raison d'une nouvelle orientation des ventes de téléphone, tous ses collègues ont bénéficié d'une formation "Vendre les offres Orange" ; qu'elle seule a été exclue de cette formation avec un autre représentant du personnel, qu'elle a suivi cette formation au mois d'octobre 2007 et qu'elle a été privée de la prime basée sur les performances de ventes individuelles ; que la SA GENERALE DE TELEPHONE répond qu'eu égard au nombre très important de salariés à former, 700 d'entre eux n'avaient pas encore reçu de formation en cause à la fin de l'année 2008 ; que rien ne confirme cette assertion ; qu'Isabelle RANDOUR justifie de ce qu'elle a bénéficié d'un seul jour de formation en 1997, en 2001 et en 2004 et de onze jours en 2007, soit 14 jours au total ; qu'il est établi que dans le même temps, neuf autres salariés employés comme elle dans des magasins de la SA PHOTO SERVICE ont bénéficié respectivement de 32, 15, 14, 36, 52,5, 33, 5, 24, 22 et 24 jours de formation ; que la SA GENERALE DE TELEPHONE ne prouve pas que ces importantes différences soient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il s'agit par conséquent d'un cas de discrimination syndicale ; qu'apparaît qu'à compter du mois d'octobre 1997, Isabelle RANDOUR a bénéficié d'une compensation financière prévue pour les représentants du personnel bénéficiant de plus de 90 heures de délégation ; qu'entre le mois d'octobre 2006 et le mois d'octobre 2007, il n'a perçu aucune compensation puisque ses délégations n'excédaient pas 90 heures ; que du fait de la discrimination syndicale dont elle a été l'objet, elle a subi une perte de prime ; 3. la discrimination syndicale du fait de l'absence d'entretien individuel ; qu'Isabelle RANDOUR n'a bénéficié d'aucun entretien annuel individuel depuis 1998 ; que l'accord d'établissement du 3 juillet 1997 stipule que l'évolution de carrière des salariés élus et désignés doit fait l'objet de la part de leur responsable hiérarchique et de la direction des ressources humaines d'un suivi annuel adapté à leurs fonctions spécifiques ; qu'il incombe au seul employeur d'organiser et de mettre en oeuvre les entretiens individuels ; que le fait pour la SA GENERALE DE TELEPHONE d'avoir privé Isabelle RANDOUR de tout entretien individuel annuel depuis 2000 constitue une discrimination syndicale ; 4. L'indemnisation de la discrimination syndicale ; que discriminée dans sa formation, dans ses revenus et dans son suivi, Isabelle RANDOUR subit un préjudice qui sera

réparé par le versement de 3.000 euros de dommages-intérêts (...) que l'équité commande d'infirmier le jugement entrepris en ses dispositions relatives aux frais irrépétibles, de condamner la SA GENERALE de TELEPHONE à payer à Isabelle RANDOUR 1.500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

1° - ALORS QUE l'employeur soutenait dans ses écritures que Madame RANDOUR n'était pas la seule salariée à ne pas avoir bénéficié de la formation « Vendre les offres Orange » en mai 2006 puisque de nombreux salariés n'avaient pu recevoir cette formation, tout comme elle, qu'en octobre 2007 ; qu'il justifiait ses dires en produisant la feuille de présence des salariés n'ayant, tout comme Madame RANDOUR, participé audit stage qu'en octobre 2007 ; qu'en ne prenant pas en compte ces éléments et en se fondant sur les seules affirmations de Madame RANDOUR pour conclure qu'elle aurait été seule exclue du stage de formation réalisé en mai 2006, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble les articles L. 2141-5 du Code du travail.

2°- ALORS QUE l'existence d'une discrimination en matière de formation suppose que le salarié ait bénéficié d'un nombre de jours de formation inférieur à celui de salariés placés dans une situation comparable à la sienne en terme d'ancienneté, de qualification ou d'emploi ; qu'en se bornant à relever, pour retenir une telle discrimination, que neuf salariés employés comme Madame RANDOUR dans des magasins de la SA PHOTO SERVICE avaient bénéficié de davantage de jours de formation qu'elle, sans constater que ces salariés étaient placés dans une situation identique à la sienne en terme d'ancienneté, de qualification ou d'emploi, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble les articles L. 2141-5 du Code du travail.

3° - ALORS QU'il était admis par les deux parties que les représentants du personnel dont les heures de délégation n'excédaient pas 90 heures pouvaient prétendre à une compensation financière « calculée en fonction de la performance individuelle du représentant du personnel sur le magasin » ; que l'employeur soutenait que l'absence de versement de cette compensation financière à Madame RANDOUR, dont les heures de délégation n'excédaient pas 90 heures, résultait de ce qu'elle n'avait pas généré de prime dans son magasin ; qu'en affirmant que l'absence de versement à la salariée de cette compensation financière résultait de la discrimination syndicale dont elle avait été l'objet sans préciser en quoi elle ne résultait pas de son absence de performance individuelle sur le magasin, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble les articles L. 2141-5 du Code du travail.

4° - ALORS QUE la discrimination suppose que le salarié subisse une différence de traitement par rapport à des salariés placés dans une situation comparable à la sienne ; qu'en affirmant que le seul fait pour l'employeur d'avoir privé la salariée de tout entretien individuel annuel depuis plusieurs années, contrairement aux stipulations d'un accord d'établissement, constituait une discrimination syndicale, sans comparer sa situation avec celle d'autres salariés placés dans une situation comparable à la sienne, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble les articles L. 2141-5 du Code du travail.

5° - ALORS en tout état de cause QUE l'employeur soutenait, preuve à l'appui, que l'absence d'entretien annuel d'évaluation était justifié par le refus de la salariée d'en bénéficier ; qu'en considérant que le fait pour l'employeur d'avoir privé la salariée de tout entretien annuel constituait une discrimination syndicale sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'employeur ne justifiait pas cette situation par des raisons objectives étrangères à toute discrimination liée à son appartenance à un syndicat, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 1134-1 ensemble les articles L. 2141-5 du Code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la SA GENERALE DE TELEPHONE à payer au Syndicat Commerce et Service CFDT du Rhône la somme de euros à titre de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession outre 500 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile

AUX MOTIFS QUE 2. la discrimination syndicale du fait de l'absence de formation ; qu'Isabelle RANDOUR affirme qu'au mois de mai 2006, alors que ses fonctions évoluaient en raison d'une nouvelle orientation des ventes de téléphone, tous ses collègues ont bénéficié d'une formation "Vendre les offres Orange" ; qu'elle seule a été exclue de cette formation avec un autre représentant du personnel, qu'elle a suivi cette formation au mois d'octobre 2007 et qu'elle a été privée de la prime basée sur les performances de ventes individuelles ; que la SA GENERALE DE TELEPHONE répond qu'eu égard au nombre très important de salariés à former, 700 d'entre eux n'avaient pas encore reçu de formation en cause à la fin de l'année 2008 ; que rien ne confirme cette assertion ; qu'Isabelle RANDOUR justifie de ce qu'elle a bénéficié d'un seul jour de formation en 1997, en 2001 et en 2004 et de onze jours en 2007, soit 14 jours au total ; qu'il est établi que dans le même temps, neuf autres salariés employés comme elle dans des magasins de la SA PHOTO SERVICE ont bénéficié

respectivement de 32, 15, 14, 36, 52,5, 33, 5, 24, 22 et 24 jours de formation ; que la SA GENERALE DE TELEPHONE ne prouve pas que ces importantes différences soient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; qu'il s'agit par conséquent d'un cas de discrimination syndicale ; qu'apparaît qu'à compter du mois d'octobre 1997, Isabelle RANDOUR a bénéficié d'une compensation financière prévue pour les représentants du personnel bénéficiant de plus de 90 heures de délégation ; qu'entre le mois d'octobre 2006 et le mois d'octobre 2007, il n'a perçu aucune compensation puisque ses délégations n'excédaient pas 90 heures ; que du fait de la discrimination syndicale dont elle a été l'objet, elle a subi une perte de prime ; 3. la discrimination syndicale du fait de l'absence d'entretien individuel ; qu'Isabelle RANDOUR n'a bénéficié d'aucun entretien annuel individuel depuis 1998 ; que l'accord d'établissement du 3 juillet 1997 stipule que l'évolution de carrière des salariés élus et désignés doit fait l'objet de la part de leur responsable hiérarchique et de la direction des ressources humaines d'un suivi annuel adapté à leurs fonctions spécifiques ; qu'il incombe au seul employeur d'organiser et de mettre en oeuvre les entretiens individuels ; que le fait pour la SA GENERALE DE TELEPHONE d'avoir privé Isabelle RANDOUR de tout entretien individuel annuel depuis 2000 constitue une discrimination syndicale ; 4. L'indemnisation de la discrimination syndicale ; que discriminée dans sa formation, dans ses revenus et dans son suivi, Isabelle RANDOUR subit un préjudice qui sera réparé par le versement de 3.000 euros de dommages-intérêts (...) ; sur l'intervention du Syndicat Commerce et Service CFDT du Rhône ; que la discrimination réservée aux salariés munis d'un mandat syndical porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession que défend le Syndicat Commerce et Service CFDT du Rhône ; que la Cour possède les éléments d'appréciation suffisants pour allouer à ce syndicat la somme de 1.000 euros en réparation du préjudice lié à cette atteinte.

ALORS QUE la cassation à intervenir de l'arrêt accordant à la salariée des dommages-intérêts pour discrimination syndicale en matière de formation et d'entretien individuel (critiqué dans le second moyen) entraînera l'annulation du chef de l'arrêt ayant considéré qu'une telle discrimination réservée aux salariés munis d'un mandat syndical portait atteinte à l'intérêt collectif de la profession et justifiait l'octroi de dommages-intérêts à ce titre, en application de l'article 624 du nouveau Code de procédure civile.