

**Cour de cassation  
Chambre sociale**

**6 juillet 2010**  
n° 09-41.354

**Sommaire :**

L'employeur n'étant, sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière, pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification et le salarié tenant de son contrat de travail le droit de s'opposer à la modification de tels éléments, leur absence d'évolution ne peut être imputée à faute à l'employeur dès lors que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté demeurer dans son emploi. Par suite, la cour d'appel, qui a constaté que l'employeur avait informé le salarié, comme l'ensemble de son personnel, des opportunités d'emploi qui auraient pu lui permettre une évolution de sa carrière, qu'il ne pouvait lui être reproché aucune différence de traitement en matière de formation professionnelle, mais que le salarié avait manifesté sa volonté de rester dans son emploi et que, dans ce cadre, l'employeur avait assuré une progression conforme à ses obligations conventionnelles et a fait ressortir que cette progression était analogue à celle des autres salariés, a statué à bon droit en décidant que le salarié n'avait pas été victime d'une discrimination dans l'évolution de sa carrière en raison de ses activités syndicales

D'une part, l'exercice de mandats représentatifs ne peut avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié, d'autre part, il résulte des articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail que dès lors que le caractère apparemment discriminatoire d'une prime d'objectifs est établi, il appartient à l'employeur de justifier la différence de traitement. Il s'ensuit, d'abord, que le salarié titulaire de mandats représentatifs a le droit de percevoir au titre d'une prime subordonnée à la réalisation d'objectifs fixés en nombre d'entretiens commerciaux réalisés par le salarié, une somme fixée en tenant compte, pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, au montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés et, pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps et, ensuite, qu'il appartient à l'employeur de justifier tout à la fois que la clientèle confiée à ce salarié a été réduite en proportion des seules heures consacrées à l'exécution des obligations contractuelles et que le montant de cette prime était identique à celui prévu au profit des autres salariés, les abattements pratiqués étant eux-mêmes proportionnés au temps de travail de production du salarié. Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui rejette la demande de dommages-intérêts formée par le salarié alléguant le caractère discriminatoire de la prime d'objectifs qui lui avait été allouée au motif inopérant que celui-ci n'avait pas fourni les déclarations qui lui incombaient alors qu'il résultait de ses constatations que l'employeur ne justifiait pas que ce montant reposait sur des éléments étrangers à toute discrimination

**Texte intégral :**

Cour de cassation Chambre sociale 6 juillet 2010 N° 09-41.354

Cassation partielle

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en décembre 1977, Mme X... a intégré la Caisse d'épargne de Lorient, devenue la Caisse d'épargne de Bretagne, aux droits de laquelle vient la Caisse d'épargne Bretagne Pays de Loire, dans le cadre d'un stage ; qu'engagée en qualité d'employé au guichet, classification 3E, le 19 octobre 1978, elle est devenue conseiller commercial, classée au niveau D, en avril 1987 ; que, depuis 2004, elle occupe les fonctions de conseiller commercial particuliers, niveau TM4, en application de la nouvelle grille de classification instaurée par un accord collectif du 30 septembre 2003 ; que depuis 1980, elle exerce divers mandats électifs et syndicaux pour une partie significative de son temps de travail ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de la débouter de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale dans le déroulement de sa carrière, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination à caractère syndical, il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée, de manière objective et pertinente, par des éléments étrangers à toute discrimination ; que ne présente pas de tels éléments pour justifier un déroulement de carrière susceptible de caractériser une discrimination syndicale l'employeur qui invoque l'attitude du salarié consistant à s'abstenir de demander à être rempli de ses droits relatifs au déroulement de sa carrière ; qu'en considérant que l'employeur justifiait par des éléments étrangers à toute discrimination la disparité de carrière que Mme X... subissait, aux motifs que celle-ci s'était abstenue de manifester sa volonté de changer d'emploi et de voir sa carrière évoluer, la cour d'appel, qui n'a caractérisé aucun élément justifiant de manière objective et pertinente la disparité de carrière, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1132-1, L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail ;

2°/ que la renonciation à un droit ne se présume pas ; qu'elle ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté de renoncer à ce droit ; que la seule absence de protestation du salarié ne peut valoir renonciation à ce droit ; qu'en relevant que Mme X... avait manifesté sa volonté de garder son poste actuel sans caractériser de volonté claire et non équivoque de la salariée de renoncer à invoquer une discrimination de carrière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du code civil, ensemble les articles L. 1132-1, L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'une part, que sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière l'employeur n'est pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification, et, d'autre part, que le salarié tenant de son contrat de travail le droit de s'opposer à la modification de tels éléments, leur absence d'évolution ne peut être imputée à l'employeur dès lors que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté de demeurer dans son emploi ;

Qu'après avoir constaté que l'employeur avait informé la salariée, comme l'ensemble de son personnel, des opportunités d'emploi qui auraient pu permettre une évolution de sa carrière, qu'il ne pouvait lui être reproché aucune différence de traitement en matière de formation professionnelle, mais que la salariée avait manifesté sa volonté de rester dans son emploi et que, dans ce cadre, l'employeur avait assuré une progression conforme à ses obligations conventionnelles et fait ressortir que cette progression était analogue à celle des autres salariés, c'est à bon droit que l'arrêt a jugé que Mme X... n'avait pas été victime d'une discrimination dans l'évolution de sa carrière en raison de ses activités syndicales ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que ce moyen qui critique une omission de statuer pouvant être réparée par la procédure prévue à l'article 463 du code de procédure civile n'est pas recevable ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu les articles L. 1132-1 et L. 1134-1 du code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour discrimination syndicale dans l'attribution de la prime variable due au titre de l'année 2004, l'arrêt retient que, si cette prime subordonnée à la réalisation d'objectifs fixés en termes de nombre d'entretiens commerciaux réalisés par les salariés sur une clientèle qu'ils étaient chargés de suivre présente apparemment un caractère discriminatoire à l'encontre de ceux dont le temps de travail est en partie constitué par l'exercice de mandats électifs et syndicaux, Mme X... n'a pas fourni les déclarations auxquelles elle était tenue et qui devaient permettre le calcul de la prime ;

Qu'en statuant ainsi par un motif inopérant alors que le caractère apparemment discriminatoire de la prime ayant été constaté, il appartenait à l'employeur de justifier, d'une part, que la clientèle confiée à la salariée avait été adaptée en fonction des seules heures consacrées à l'exécution de ses obligations contractuelles et, d'autre part, que le montant de cette prime était identique à celui prévu au profit des autres salariés et était soumis à des abattements eux-mêmes proportionnés au temps de travail de production de la salariée, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article L. 1132-1 du code du travail ;

Attendu qu'après avoir constaté que, pour l'année 2005, la prime variable était en partie assise sur les produits financiers vendus, et retenu que l'employeur se contentait de faire valoir qu'il avait tenu compte du temps de présence réduit de la salariée en limitant son portefeuille de clients mais ne justifiait pas avoir diminué dans les mêmes proportions ses objectifs et ne produisait aucune pièce relative aux modalités de calcul de la part variable de Mme X... de sorte qu'il n'établissait pas que son montant reposait sur des éléments étrangers à toute discrimination, l'arrêt ne fait droit que partiellement à la demande de la salariée tendant à obtenir la différence entre le montant de la prime qui lui avait été versée et le montant moyen de cette même prime versée aux autres salariés ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que l'exercice de mandats représentatifs ne pouvant avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié de sorte que Mme X... avait droit à percevoir au titre de la prime litigieuse une somme fixée en tenant compte, pour la partie de son activité correspondant à ses mandats, au montant moyen de cette prime versée, pour un temps équivalent, aux autres salariés, et, pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mme X... de sa demande de dommages-intérêts au titre de la prime variable due pour l'année 2004 et en ce qu'il fixe, au titre de cette même prime et pour l'année 2005, le montant des dommages-intérêts dus à la salariée à la somme de 1 200 euros, l'arrêt rendu le 27 janvier 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, sur ces points, 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 Caen ;

Condamne la Caisse d'épargne de Bretagne et des Pays de Loire aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la Caisse d'épargne de Bretagne et des Pays de Loire à payer à Mme X... la somme de 2 500 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 six juillet deux mille dix.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocat aux Conseils, pour Mme X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué D'AVOIR débouté Madame X... (salariée) de sa demande tendant à ce que la CAISSE D'EPARGNE DE BRETAGNE PAYS DE LOIRE (employeur) soit condamnée à lui verser des dommages-intérêts de 25000 euros à titre de discrimination de carrière ;

AUX MOTIFS QUE, en décembre 1977, Madame X... a intégré la CAISSE D'EPARGNE de LORIENT, devenue CAISSE D'EPARGNE DE BRETAGNE, dans le cadre d'un stage ; qu'engagée en qualité d'employée au guichet, classification 3 E, le 19 octobre 1978, elle devenue conseillère commerciale, classée au niveau D en avril 1987 ; qu'affectée à l'agence de Lorient Centre en juillet 2002, elle s'est vu notifier une mutation au sein de l'agence de Guidel, périphérie de Lorient, qu'elle a refusée ; qu'elle

a alors été affectée à l'agence Lorient Briand, située à proximité de l'agence Lorient Centre ; que, depuis 2004, elle occupe les fonctions de conseiller commercial particuliers, niveau TM4, en application de la nouvelle grille de classification instaurée par l'accord collectif du 30 septembre 2003 ; qu'elle a réintégré l'agence de LORIENT CENTRE en janvier 2005 ; que Madame X..., adhérente du SYNDICAT UNIFIE du Groupe Caisse d'épargne depuis 1988, est titulaire de différents mandats électifs et syndicaux ; qu'au soutien de la discrimination qu'elle invoque, Madame X... fait valoir que sa carrière n'a connu aucune évolution à la différence de la carrière des salariés qui ont intégré la CAISSE D'EPARGNE entre 1977 et 1979 ; qu'elle ajoute qu'elle n'a bénéficié d'aucune formation depuis 2002 et que la défiance de son employeur à l'égard de ses activités syndicales s'est exprimée en 2002 à l'occasion de la tentative de mutation à l'agence de Guidel ;

QUE la comparaison opérée par Madame X... porte sur la classification des 97 salariés ayant intégré la CAISSE D'EPARGNE DE BRETAGNE entre 1977 et 1979 en tant que stagiaires ; que cette comparaison à ancienneté équivalente entre 31 ans et 29 ans est opérante ; qu'il en ressort que 55 des 97 salariés ayant intégré la Caisse d'épargne en tant que stagiaires ont une classification TM5, CM6, CM7 ou plus ; que parmi les 42 personnes ayant, comme Madame X..., la qualification TM4, 4 salariés sont titulaires d'un mandat syndical ; que les salariés ayant une ancienneté comparable à celle de l'appelante ont, pour près de 3/5 d'entre eux, une qualification supérieure à la sienne ; que cet élément est de nature à laisser supposer l'existence d'une discrimination syndicale ; que la salariée ne conteste pas n'avoir jamais manifesté la volonté de changer d'emploi, ni de voir sa carrière évoluer ; qu'elle n'a jamais postulé aux propositions et ouvertures de poste communiquées à l'ensemble des collaborateurs par intranet ; qu'interrogée sur son projet professionnel à l'occasion du "Point annuel RH" réalisé le 14 octobre 2006, elle a répondu qu'elle souhaitait une "poursuite dans le même emploi" ; qu'elle ne s'est jamais présentée aux épreuves organisées en octobre 1990, et que rien ne faisait obstacle à une présentation ultérieure qu'elle n'a jamais sollicitée ; que la stagnation de la carrière de Madame X... lui est imputable ; qu'elle n'a jamais entrepris la moindre initiative pour changer de qualification, manifestant au contraire la volonté de garder son poste actuel ; que l'employeur justifie que la classification de Madame X... repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ;

ALORS, D'UNE PART, QUE, lorsque le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination à caractère syndical, il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée, de manière objective et pertinente, par des éléments étrangers à toute discrimination ; que ne présente pas de tels éléments pour justifier un déroulement de carrière susceptible de caractériser une discrimination syndicale l'employeur qui invoque l'attitude du salarié consistant à s'abstenir de demander à être rempli de ses droits relatifs au déroulement de sa carrière ; qu'en considérant que l'employeur justifiait par des éléments étrangers à toute discrimination la disparité de carrière que Madame X... subissait, aux motifs que celle-ci s'était abstenue de manifester sa volonté de changer d'emploi et de voir sa carrière évoluer, la Cour d'appel, qui n'a caractérisé aucun élément justifiant de manière objective et pertinente la disparité de carrière, a privé sa décision de base légale au regard des articles L 1132-1, L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail ;

ET ALORS, D'AUTRE PART, QUE la renonciation à un droit ne se présume pas ; qu'elle ne peut résulter que d'une manifestation claire et non équivoque de volonté de renoncer à ce droit ; que la seule absence de protestation du salarié ne peut valoir renonciation à ce droit ; qu'en relevant que Madame X... avait manifesté sa volonté de garder son poste actuel sans caractériser de volonté claire et non équivoque de la salariée de renoncer à invoquer une discrimination de carrière, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil, ensemble les articles L 1132-1, L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué D'AVOIR fixé à la somme de 1200 euros seulement le montant des dommages-intérêts dus par la CAISSE D'EPARGNE de BRETAGNE PAYS DE LOIRE (employeur) à Madame X... (salariée) à titre de discrimination dans l'attribution de la part variable de la rémunération pour les années 2004, 2005 et 2006, et de l'AVOIR en conséquence déboutée de sa demande tendant à ce que lui soient alloués à ce titre des dommages-intérêts de 4421 euros ;

AUX MOTIFS QUE, en décembre 1977, Madame X... a intégré la CAISSE D'EPARGNE de LORIENT, devenue CAISSE D'EPARGNE DE BRETAGNE, dans le cadre d'un stage ; qu'engagée en qualité d'employée au guichet, classification 3 E, le 19 octobre 1978, elle devenue conseillère commerciale, classée au niveau D en avril 1987 ; qu'affectée à l'agence de Lorient Centre en juillet 2002, elle s'est vue notifier une mutation au sein de l'agence de Guidel, périphérie de Lorient, qu'elle a refusée ; qu'elle a alors été affectée à l'agence Lorient Briand, située à proximité de l'agence Lorient Centre ; que depuis 2004, elle occupe les fonctions de conseiller commercial particuliers, niveau TM4, en application de la nouvelle grille de classification instaurée par l'accord collectif du 30 septembre 2003 ; qu'elle a réintégré l'agence de LORIENT CENTRE en janvier 2005 ; que Madame X..., adhérente du SYNDICAT UNIFIE du Groupe Caisse d'épargne depuis 1988, est titulaire de différents mandats électifs et syndicaux ; qu'au soutien de la discrimination qu'elle invoque sur la rémunération variable de l'année 2004, Madame X... reproche à l'employeur de ne pas avoir tenu compte de son temps de présence réduit dans le calcul de cette rémunération ; que le calcul de la part variable repose sur le nombre d'entretiens commerciaux réalisés par le salarié ; qu'un tel mode d'évaluation, purement quantitatif, est susceptible de pénaliser Madame X..., dès lors que celle-ci ne peut, compte tenu de ses responsabilités syndicales, consacrer qu'un temps réduit à son activité professionnelle ; qu'il appartient à l'employeur d'établir que le montant de la prime était justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la Caisse d'épargne fait valoir que Madame X... a refusé, tout au long de l'année, d'effectuer les déclarations individuelles servant de base à la détermination du montant de la part variable, malgré un courrier du 3 novembre 2004, lui rappelant qu'il s'agit d'un paramètre indispensable à ce calcul ; que c'est l'inertie de Madame X... qui explique la faiblesse de sa part variable dont le montant a été calculé, comme pour l'ensemble des salariés, sur la base d'auto-déclarations ; qu'il s'agit d'un élément objectif étranger à toute discrimination ;

QUE la salariée sollicite, au titre de la rémunération variable de l'année 2005, la somme de 1325 euros correspondant à la différence entre le montant de la prime perçue par André Y..., salarié déchargé d'activité en raison de ses mandats syndicaux, et le montant qu'elle a perçu ; qu'il ne saurait être fait droit à l'intégralité de cette demande dès lors que le salarié visé a bénéficié d'une prime, dont le montant équivalait à la moyenne des primes de l'entreprise, en raison d'une décharge totale d'activité, dont ne bénéficie pas Madame X... ; qu'il lui sera alloué la somme de 1200 euros au titre du préjudice causé par la discrimination dans l'attribution de la part variable de l'année 2005 ;

ALORS QUE les heures de délégation consacrées à l'exercice d'un mandat syndical ou représentatif sont considérées de plein droit comme temps de travail et doivent être payées à leur échéance, sans que le montant de la part variable de la rémunération ne puisse être affecté par la durée de ces absences ; que la prise en considération de ces absences dans le calcul du montant d'une rémunération variable constitue l'indice d'une discrimination syndicale dont l'employeur n'est pas admis à rapporter la preuve contraire ; qu'en relevant que le mode de calcul de la rémunération variable de Madame X... pour l'année 2004, qui ne tenait compte que du nombre des entretiens commerciaux réalisés et non des temps d'absences syndicales comme temps de travail, pénalisait la salariée, ce dont il se déduisait que la discrimination était légalement établie, et en autorisant cependant l'employeur à justifier cette discrimination, la Cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations de fait, a violé, par fausse application, les articles L 1132-1, L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail, ensemble les articles L2143-17, 2315-3 et L 2325-7 du même Code ;

ET ALORS, SUBSIDIAIREMENT, QUE les éléments étrangers à toute discrimination par lesquels l'employeur doit justifier une

disparité de traitement ne peuvent résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire ; qu'ils doivent être objectifs et pertinents ; que les éléments par lesquels l'employeur doit justifier l'absence de discrimination dans l'octroi d'une rémunération variable doivent reposer sur les règles imposées au salarié en terme de résultat de son activité, sans que l'employeur ne puisse modifier unilatéralement le montant de la rémunération sur la base de critères étrangers à ces règles ; qu'en opposant à Madame X... le fait qu'elle n'avait pas déclaré à l'employeur l'ensemble des entretiens commerciaux de l'année 2004, la Cour d'appel, qui n'a caractérisé aucune justification objective et pertinente de la discrimination, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil.

#### TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué D'AVOIR fixé à la somme de 1200 euros seulement le montant des dommages-intérêts dus par la CAISSE D'EPARGNE de BRETAGNE PAYS DE LOIRE (employeur) à Madame X... (salariée) à titre de discrimination dans l'attribution de la part variable de la rémunération pour les années 2004, 2005 et 2006, et de l'AVOIR en conséquence déboutée de sa demande tendant à ce que lui soient alloués à ce titre des dommages-intérêts de 4421 euros ;

AUX MOTIFS QUE, en décembre 1977, Madame X... a intégré la CAISSE D'EPARGNE de LORIENT, devenue CAISSE D'EPARGNE DE BRETAGNE, dans le cadre d'un stage ; qu'engagée en qualité d'employée au guichet, classification 3 E, le 19 octobre 1978, elle devenue conseillère commerciale, classée au niveau D en avril 1987 ; qu'affectée à l'agence de Lorient Centre en juillet 2002, elle s'est vu notifier une mutation au sein de l'agence de Guidel, périphérie de Lorient, qu'elle a refusée ; qu'elle a alors été affectée à l'agence Lorient Briand, située à proximité de l'agence Lorient Centre ; que depuis 2004, elle occupe les fonctions de conseiller commercial particuliers, niveau TM4, en application de la nouvelle grille de classification instaurée par l'accord collectif du 30 septembre 2003 ; qu'elle a réintégré l'agence de LORIENT CENTRE en janvier 2005 ; que Madame X..., adhérente du SYNDICAT UNIFIE du Groupe Caisse d'épargne depuis 1988, est titulaire de différents mandats électifs et syndicaux ; que, sur la discrimination qu'elle invoque sur la rémunération variable de l'année 2004, c'est l'inertie de Madame X... qui explique la faiblesse de sa part variable dont le montant a été calculé, comme pour l'ensemble des salariés, sur la base d'auto-déclarations ; qu'il s'agit d'un élément objectif étranger à toute discrimination ;

QUE Madame X... fait valoir que son temps de présence réduit n'a pas non plus été pris en compte dans le calcul de la part variable de l'année 2005 ; que le mode d'évaluation de cette rémunération reposant pour partie sur les produits financiers vendus et partant dépend du temps que le salarié est en mesure de consacrer à son activité ; que ce mode d'évaluation est susceptible de pénaliser Madame X... qui ne peut, compte tenu de ses responsabilités syndicales, consacrer qu'un temps réduit à son activité professionnelle ; qu'il appartient à l'employeur d'établir que le montant de la prime qui lui a été allouée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la Caisse d'épargne se contente de faire valoir qu'elle a tenu compte du temps de présence réduit de la salariée en limitant son portefeuille de clients ; qu'elle n'établit pas qu'elle ait diminué dans les mêmes proportions ses objectifs, se montrant évasive sur ce point ; qu'elle ne produit aucune pièce relative aux modalités de calcul de la part variable de Madame X... ; qu'elle ne prouve pas que le montant de la part variable repose sur des éléments étrangers à toute discrimination ; que la salariée sollicite à ce titre la somme de 1325 euros correspondant à la différence entre le montant de la prime perçue par André Y..., salarié déchargé d'activité en raison de ses mandats syndicaux, et le montant qu'elle a perçu ; qu'il ne saurait être fait droit à l'intégralité de cette demande dès lors que le salarié visé a bénéficié d'une prime, dont le montant équivaut à la moyenne des primes de l'entreprise, en raison d'une décharge totale d'activité, dont ne bénéficie pas Madame X... ; qu'il lui sera alloué la somme de 1200 euros au titre du préjudice causé par la discrimination dans l'attribution de la part variable de l'année 2005 ;

ALORS QUE l'employeur ne peut prendre en considération les activités représentatives et syndicales d'un salarié pour fixer le montant de sa rémunération variable ; que les heures de délégation consacrées à l'exercice d'un mandat syndical ou représentatif sont considérées de plein droit comme temps de travail et doivent être payées à leur échéance, sans que le montant de la part de la rémunération variable ne puisse être affecté par la durée de ces absences ; que la prise en considération de ces absences dans le calcul du montant d'une rémunération variable constitue l'indice d'une discrimination syndicale ; qu'en refusant de considérer que l'exposante avait droit, comme le permanent syndical, Monsieur Y..., à une somme équivalente à la moyenne des primes de l'entreprise, déduction faite des sommes perçues en contrepartie des entretiens commerciaux réellement effectués, au motif inopérant que ce permanent avait une décharge totale d'activité, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles L 1132-1, L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail, ensemble les articles L 2143-17, 2315-3 et L 2325-7 du même Code ;

ET ALORS AU DEMEURANT QUE le juge, qui fixe de manière souveraine le montant des dommages-intérêts dus en réparation d'un préjudice, doit motiver sa décision quant à l'étendue du préjudice, cette appréciation ne relevant pas d'un pouvoir discrétionnaire ; qu'en ne fournissant aucun motif pour fixer le montant des dommages-intérêts alloués à la salariée à la somme de 1200 euros au titre de l'année 2005, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de motifs en méconnaissance de l'article 455 du Code de procédure civile.

#### QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué D'AVOIR fixé à la somme de 1200 euros seulement le montant des dommages-intérêts dus par la CAISSE D'EPARGNE de BRETAGNE PAYS DE LOIRE (employeur) à Madame X... (salariée) à titre de discrimination dans l'attribution de la part variable de la rémunération pour les années 2004, 2005 et 2006, et de l'AVOIR en conséquence déboutée de sa demande tendant à ce que lui soient alloués à ce titre des dommages-intérêts de 4421 euros ;

AUX MOTIFS QUE, en décembre 1977, Madame X... a intégré la CAISSE D'EPARGNE de LORIENT, devenue CAISSE D'EPARGNE DE BRETAGNE, dans le cadre d'un stage ; qu'engagée en qualité d'employée au guichet, classification 3 E, le 19 octobre 1978, elle devenue conseillère commerciale, classée au niveau D en avril 1987 ; qu'affectée à l'agence de Lorient Centre en juillet 2002, elle s'est vu notifier une mutation au sein de l'agence de Guidel, périphérie de Lorient, qu'elle a refusée ; qu'elle a alors été affectée à l'agence Lorient Briand, située à proximité de l'agence Lorient Centre ; que depuis 2004, elle occupe les fonctions de conseiller commercial particuliers, niveau TM4, en application de la nouvelle grille de classification instaurée par l'accord collectif du 30 septembre 2003 ; qu'elle a réintégré l'agence de LORIENT CENTRE en janvier 2005 ; que Madame X..., adhérente du SYNDICAT UNIFIE du Groupe Caisse d'épargne depuis 1988, est titulaire de différents mandats électifs et syndicaux ; que, sur la discrimination qu'elle invoque sur la rémunération variable de l'année 2004, c'est l'inertie de Madame X... qui explique la faiblesse de sa part variable dont le montant a été calculé, comme pour l'ensemble des salariés, sur la base d'auto-déclarations ; qu'il s'agit d'un élément objectif étranger à toute discrimination ; que Madame X... fait valoir que son temps de présence réduit n'a pas non plus été pris en compte dans le calcul de la part variable de l'année 2005 ; que le mode d'évaluation de cette rémunération reposant pour partie sur les produits financiers vendus et partant dépend du temps que le salarié est en mesure de consacrer à son activité ; que ce mode d'évaluation est susceptible de pénaliser Madame X... qui ne peut, compte tenu de ses responsabilités syndicales, consacrer qu'un temps réduit à son activité professionnelle ; qu'il appartient à l'employeur d'établir que le montant de la prime qui lui a été allouée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la Caisse d'épargne se contente de faire valoir qu'elle a tenu compte du temps de présence réduit de la salariée en limitant son portefeuille de clients ; qu'elle n'établit pas qu'elle ait diminué dans les mêmes proportions ses objectifs, se montrant évasive sur ce point ; qu'elle ne produit aucune pièce relative aux modalités de calcul de la part variable de Madame X... ; qu'elle ne prouve pas que le montant de la part variable repose sur des éléments étrangers à toute discrimination ; que la salariée sollicite à ce titre la somme de 1325 euros correspondant à la

différence entre le montant de la prime perçue par André Y..., salarié déchargé d'activité en raison de ses mandats syndicaux, et le montant qu'elle a perçu ; qu'il ne saurait être fait droit à l'intégralité de cette demande dès lors que le salarié visé a bénéficié d'une prime, dont le montant équivaut à la moyenne des primes de l'entreprise, en raison d'une décharge totale d'activité, dont ne bénéficie pas Madame X... ; qu'il lui sera alloué la somme de 1200 euros au titre du préjudice causé par la discrimination dans l'attribution de la part variable de l'année 2005 ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE Madame X... avait en charge un portefeuille de 52 clients en 2006 alors qu'elle aurait dû se voir attribuer un portefeuille de 195 clients compte tenu de son taux de présence de 30 % à l'agence, un chargé de clientèle particuliers à temps plein ayant en charge un portefeuille de 650 clients ; qu'au titre de l'année 2006, Madame X... fait une comparaison avec Monsieur Y..., qui est permanent syndical ; qu'il existe au sein de la Caisse d'épargne un dispositif particulier pour les permanents syndicaux ; que ces derniers n'étant jamais présents à leur poste de travail, ne peuvent avoir en charge un portefeuille de clients ; qu'il a été décidé que leur prime annuelle variable correspond à un montant équivalent à la moyenne des primes de l'entreprise ; que pour 2006, Madame X... ne remplissait toujours pas certains documents, permettant à son directeur d'agence de vérifier son activité commerciale personnelle ; que ce directeur d'agence a considéré qu'elle ne s'impliquait pas dans sa fonction de chargée de clientèle particuliers et donc a justifié la différence du montant de la part variable de Madame X... avec ses collègues de travail ; que la Caisse d'épargne n'a pas fait preuve de discrimination à l'égard de Madame X... dans l'attribution de la prime variable ;

ALORS QUE le juge doit motiver sa décision ; que Madame X... avait demandé, dans ses conclusions d'appel, que lui soit allouée la somme globale de 4421 euros au titre des années 2004, 2005 et 2006 ; qu'elle avait soutenu, en ce qui concerne la rémunération variable de l'année 2006, que, comme pour les autres années, la pratique de l'employeur consistant à ne tenir compte que des entretiens commerciaux effectués et non de ses absences syndicales comme temps de travail, revêtait un caractère discriminatoire dès lors qu'elle avait pour effet de la pénaliser en raison de l'exercice de ses mandats syndicaux ; qu'elle avait ajouté, dans ces mêmes écritures, que la Caisse d'épargne ne fournissait aucune explication à cet égard, y compris à l'adresse de l'inspecteur du travail qui l'avait interpellée en octobre 2006, et ce, alors même que, pour l'année 2004, elle avait reconnu n'avoir tenu compte que du nombre d'entretiens effectués ; qu'elle avait en outre rappelé qu'alors qu'elle n'avait perçu pour l'année 2006 que la somme de 536 euros, Monsieur Y..., permanent syndical, avait perçu pour cette même année celle de 1595 euros, correspondant à la moyenne des primes de l'entreprise, de sorte qu'elle était fondée à demander la différence entre ces deux sommes compte tenu de l'existence de cette discrimination ; qu'en s'abstenant de répondre à ces conclusions, la Cour d'appel, qui n'a aucunement motivé sa décision sur la rémunération variable de l'année 2006, a entaché sa décision d'un défaut de motifs en méconnaissance de l'article 455 du Code de procédure civile ;

ET ALORS AU DEMEURANT, D'UNE PART, QUE l'employeur ne peut prendre en considération les activités représentatives et syndicales d'un salarié pour fixer le montant de sa rémunération variable ; que les heures de délégation consacrées à l'exercice d'un mandat syndical ou représentatif sont considérées de plein droit comme temps de travail et doivent être payées à leur échéance, sans que le montant de la part variable de la rémunération ne puisse être affecté par la durée de ces absences ; que la prise en considération de ces absences dans le calcul du montant d'une rémunération variable constitue l'indice d'une discrimination syndicale ; qu'en refusant de considérer que l'exposante avait droit, comme le permanent syndical, Monsieur Y..., à une somme équivalente à la moyenne des primes de l'entreprise déduction faite des sommes perçues en contrepartie des entretiens commerciaux réellement effectués, au motif inopérant que les permanents syndicaux n'étant pas présents dans l'entreprise bénéficiaient d'un dispositif particulier, la Cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles L 1132-1, L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail, ensemble les articles L2143-17, 2315-3 et L 2325-7 du même Code ;

ALORS, AU DEMEURANT, D'AUTRE PART, QUE les éléments étrangers à toute discrimination par lesquels l'employeur doit justifier une disparité de traitement ne peuvent résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire ; qu'ils doivent être objectifs et pertinents ; que les éléments par lesquels l'employeur doit justifier l'absence de discrimination dans l'octroi d'une rémunération variable doivent reposer sur les règles imposées au salarié en terme de résultat de son activité, sans que l'employeur ne puisse modifier unilatéralement le montant de la rémunération sur la base de critères étrangers à ces règles ; qu'en opposant à Madame X... le fait qu'elle n'avait pas fourni à l'employeur l'ensemble des documents nécessaires au calcul de la rémunération variable de l'année 2006, la Cour d'appel, qui n'a caractérisé aucune justification objective et pertinente de la discrimination, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil ;

ET ALORS AU DEMEURANT ENFIN QUE l'employeur ne doit pas prendre en considération les activités représentatives et syndicales d'un salarié dans ses décisions relatives à son affectation et au déroulement de sa carrière ; qu'en se bornant à relever que l'employeur avait justifié la disparité de traitement dès lors qu'il avait considéré que Madame X... ne s'impliquait pas dans sa fonction de chargée de clientèle particuliers, sans rechercher si cette absence d'implication n'avait pas pour origine les activités syndicales et représentatives de l'exposante, la Cour d'appel, qui n'a, de nouveau, caractérisé aucun élément étranger à toute discrimination, a, derechef, privé sa décision de base légale au regard des articles L 1132-1, L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail.

**Composition de la juridiction :** Mme Collomp, M. Béraud, M. Lalande, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rennes 2009-01-27 (Cassation partielle)