

## Références

**Cour de cassation  
chambre sociale  
Audience publique du mercredi 24 octobre 2012  
N° de pourvoi: 11-12297**

Non publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Frouin (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président**  
SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, avocat(s)

## Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé en qualité d'ouvrier spécialisé au coefficient 135 par la société Legré-Mante selon contrat à durée indéterminée à compter de 1976-1977 ; qu'en 2002, il a été élu membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail puis délégué du personnel ; qu'à partir de cette même année, il a effectué des remplacements au poste de chef de quart et, en 2004, a obtenu une promotion au coefficient 205 ; qu'à la suite du départ à la retraite du titulaire du poste de chef de quart, il a postulé à son remplacement ; qu'un autre salarié a été promu à ce poste ; que, le 15 mars 2007, M. X..., considérant avoir été victime d'une discrimination syndicale, a saisi la juridiction prud'homale ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande au titre de la discrimination syndicale, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'un salarié fournit des éléments faisant présumer une discrimination il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que cette situation repose sur des éléments objectifs, étrangers à l'activité ou à l'appartenance syndicale ; qu'en l'espèce, l'employeur ayant fait bénéficier, en 2002, M. X..., agent de maîtrise, entré dans l'entreprise en 1976, d'une formation de chef de quart et l'ayant régulièrement affecté à des remplacements à ce poste pendant trois ans, entre 2002 et 2005, son refus de le nommer définitivement à ce poste et de lui préférer un salarié qui n'avait que trois ans d'ancienneté, avait été recruté comme ouvrier de fabrication (coefficient 175), niveau auquel il se trouvait toujours et n'avait assuré des remplacements de chef de quart (coefficient 250) que pendant trois mois, ne pouvait être justifié par aucun élément objectif étranger à son appartenance syndicale ; qu'en décidant néanmoins le contraire, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui en découlaient au regard des articles L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail et a violé lesdits textes ;

2°/ qu'en décidant que l'éviction du poste de chef de quart de M. X... dont elle constatait qu'il bénéficiait d'une ancienneté de trente ans, qu'il avait acquis la formation technique pour cet emploi et qu'il avait effectué plusieurs remplacements sur ce poste entre 2002 et 2005, au profit d'un autre salarié, M. Y..., qui n'avait que trois ans d'ancienneté, avait été recruté comme ouvrier de fabrication (coefficient 175), niveau auquel il se trouvait toujours et n'avait assuré des remplacements de chef de quart (coefficient 250) que pendant trois mois était fondée sur des éléments objectifs, en se fondant sur la seule attestation de M. Z..., salarié remplacé, contredite par d'autres salariés, qui ne pouvait constituer un élément objectif propre à établir que le choix de M. Y... au poste de chef de quart était étranger à l'activité syndicale de M. X..., la cour d'appel a violé les articles L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail ;

3°/ que M. X... s'étant vu confier par son employeur, de façon récurrente, des remplacements sur une période de trois ans, ses compétences techniques ne pouvaient être mises en doute et son seul refus de continuer à assurer lesdits remplacements à compter du mois de juillet 2005, faute de désignation du remplaçant de M. Z... par l'employeur à cette date, contrairement à ses engagements, ne pouvait avoir d'incidence sur le choix du nouveau chef de quart, intervenu au mois de septembre 2005 ; qu'en décidant néanmoins le contraire, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants et violé les articles L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail ;

4°/ que la stagnation de la carrière d'un salarié exerçant une activité syndicale constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination ; que la stagnation de la carrière de M. X..., qui bénéficiait d'une ancienneté de trente ans, du statut d'agent de maîtrise depuis 1989, avait effectué de nombreux remplacements de chefs de quart depuis trois ans et avait atteint le coefficient 205, résultait de la seule comparaison avec le

parcours de M. Y..., qui avec une ancienneté de trois ans seulement, un statut d'ouvrier de fabrication, coefficient 175 et des remplacements pendant trois mois au poste de chef de quart, a été nommé à ce poste, coefficient 250, en ses lieu et place ; que dès lors, la cour d'appel qui constatait elle-même que M. X..., bien qu'il ait reçu une formation et effectué des remplacements au poste de chef de quart s'était vu refuser une affectation statutaire à ce poste, n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui en découlaient au regard des articles L. 2141-5 et L. 1134-1 du code du travail en excluant toute stagnation de sa carrière et violé lesdits textes ;

Mais attendu qu'ayant constaté que le salarié précédemment titulaire du poste revendiqué par M. X..., consulté par son employeur, avait indiqué que la personne la plus apte des quatre candidats à tous niveaux pour prendre sa succession était M. Y... qu'il avait formé et qui avait toutes les compétences requises pour occuper la fonction de chef de quart, en ajoutant qu'il avait lui-même formé les autres candidats au poste dont M. X..., que ce dernier avait fait part de son refus d'effectuer de nouveaux remplacements temporaires sur ce poste, position confirmée dans une lettre en date du 17 février 2006, de telle sorte que le nouveau chef de production n'ayant plus été en mesure d'appréhender ses compétences techniques, il ne peut être reproché à la direction d'avoir préféré M. Y... considéré comme le plus compétent des candidats sur le poste en cause, la cour d'appel qui a souverainement estimé que les faits invoqués par le salarié comme laissant présumer l'existence d'une discrimination en raison de ses activités syndicales étaient justifiés par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, n'encourt pas les griefs du moyen ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande au titre de la prime d'ancienneté, alors, selon le moyen :

1°/ que tout employeur est en droit d'instituer par usage des avantages particuliers au profit de ses salariés s'ils bénéficient à tous les salariés placés dans une situation identique et si les conditions de leur attribution sont préalablement définies et contrôlables ; que constitue un usage le versement constant, permanent et sans réserve d'un avantage salarial ; que la seule déclaration a posteriori de l'employeur que le versement de cet avantage serait le résultat d'une erreur de sa part ne peut suffire à exclure l'existence d'un usage ; que dès lors, en se fondant sur la seule déclaration a posteriori de l'employeur pour écarter l'existence d'un usage quand il n'était pas contesté que, postérieurement au passage de la durée du travail à 35 heures, et jusqu'au mois d'octobre 2005, l'employeur n'avait pas pris en compte l'horaire de travail dans le calcul de la prime d'ancienneté en ne proratisant pas ladite prime, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en ne relevant aucun élément dont aurait résulté l'existence d'une erreur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard dudit article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté l'absence d'accord spécifique à la prime d'ancienneté plus favorable au sein de la société que le mode de calcul prévu par la convention collective applicable et que, dès 2005, l'employeur avait expliqué aux représentants du personnel, comme en atteste le compte rendu du 27 octobre 2005 produit aux débats, que le calcul opéré antérieurement ne résultait que d'une erreur matérielle du fait de la non prise en compte de la modification de la durée du travail, à la suite du passage à 35 heures, la cour d'appel a pu décider qu'aucun usage n'avait été délibérément mis en place par l'entreprise pour déroger à la convention collective ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le deuxième moyen :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour rejeter la demande au titre du rappel de salaires pour travail de nuit, l'arrêt énonce qu'il ressort des calculs effectués par le salarié dans ses écritures produites aux débats qu'il retient une durée de travail de 164 heures, alors qu'il ressort des explications et bulletins de salaires produits que le salarié a effectué une durée de travail mensuel de 152 heures seulement, de telle sorte que sa demande n'est pas fondée ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que la demande du salarié au titre du supplément pour travail de nuit était fonction des nuits travaillées et indépendante de l'horaire mensuel de travail, la cour d'appel, qui a statué par des motifs inopérants, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande au titre du rappel de salaires pour travail de nuit, l'arrêt rendu le 14 décembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nîmes ;

Laisse à chaque partie la charge de ses propres dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite 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 vingt-quatre octobre deux mille douze.

## MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils, pour M. X...

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la discrimination syndicale invoquée par Monsieur X... et de l'avoir, en conséquence, débouté de ses demandes tendant à voir fixer au passif de la liquidation de la société LEGRE MANTE des dommages et intérêts sur ce fondement en réparation de ses préjudices moral et matériel, de la perte de rémunération et accessoires et au titre du régime de retraite et de prévoyance et à voir le CGEA condamné à en garantir le paiement ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'en ce qui concerne la nomination au poste de chef de quart au vu des explications produites par l'appelant il ne peut être écarté la présomption d'un comportement discriminatoire de l'employeur par rapport aux fonctions de représentation du personnel que Monsieur X... exerçait au moment du remplacement du poste de chef de quart, de telle sorte qu'il appartient au liquidateur de la société intimée de démontrer par des éléments objectifs que le choix de la direction de la société était étranger à toute discrimination ; que sans minimiser les compétences techniques de Monsieur X... reconnues par plusieurs témoins pour l'emploi qu'il a exercé au sein de l'entreprise jusqu'à son licenciement et tout en prenant en considération tant son ancienneté, le fait qu'il a acquis une formation au poste de chef de quart précisément au cours de la période de son élection en tant que délégué du personnel, ou celui qui l'a conduit à normalement assurer plusieurs remplacements, il doit être constaté que par attestation du 27 septembre 2007, Monsieur Z... lequel avait été lui-même candidat aux élections des délégués du personnel en 2004, a indiqué qu'il avait été consulté par son employeur avant son départ à la retraite et qu'il avait indiqué que la personne la plus apte des quatre candidats à tous niveaux pour prendre sa succession était Monsieur Y... qu'il avait formé et qui avait selon lui toutes les compétences requises pour occuper la fonction de chef de quart, en ajoutant qu'il avait lui-même formé les autres candidats au poste, dont Monsieur X... ; qu'il résulte également de deux attestations de salariés (Messieurs B...et C...) que l'un et l'autre ont indiqué qu'ils n'avaient subi aucun obstacle de la part de la direction de l'entreprise tant dans leur activité de représentant du personnel que sur le plan promotionnel, l'historique de la situation du premier démontrant qu'il avait été promu au statut de cadre en mars 2005 à la suite de son recrutement en décembre 2002 ; que de fait les attestations produites par l'appelant et établies par Messieurs D...et E..., qui font état de propos qui auraient été rapportés par Monsieur Z... sur l'incompétence de Monsieur Z... ne peuvent qu'être relativisées comme celle de Monsieur F...qui témoigne du professionnalisme de Monsieur X..., contrairement à Monsieur Y..., en contradiction avec l'avis exprimé par Monsieur Z... ; que de même l'attestation de Monsieur G...sur le fait que malgré ses compétences Monsieur X... ne serait pas promu chef de quart doit être analysé au regard du fait que ce salarié a été licencié pour faute grave consécutive à une procédure pénale pour des faits qui lui étaient imputés ; qu'en outre il n'est pas contesté qu'antérieurement à la désignation de Monsieur Y... au poste de chef de quart en remplacement de Monsieur Z..., mais après l'affectation en juillet 2005 de Monsieur H...en qualité de responsable de la production, en remplacement du précédent, qui venait de partir à la retraite, Monsieur X... a fait part de son refus d'effectuer de nouveaux remplacements temporaires sur ce poste, position confirmée par le salarié dans une lettre en date du 17 février 2006 de telle sorte que le nouveau chef de production n'ayant plus été en mesure d'appréhender ses compétences techniques, il ne peut être reproché à la direction d'avoir préféré Monsieur Y..., considéré comme Monsieur Z... comme le plus compétent des candidats sur le poste en cause ; en tout état de cause, les indications invoquées par le salarié sur le fait que la direction, selon certains témoins, serait intervenue pour faire en sorte que les réclamations des ouvriers lui soient transmises directement plutôt que par l'intermédiaire des représentants du personnel, à supposer que ce fait soit avéré, ne permettent pas d'établir un comportement discriminatoire de l'employeur dans le refus d'affectation de Monsieur X... au poste de chef de quart, aucun lien de causalité certain n'étant démontré ; que par conséquent, à partir des éléments produits par le liquidateur, il ne ressort aucun motif de discrimination syndicale dans le fait que Monsieur X... n'a pas été choisi pour remplacer Monsieur Z... ; en ce qui concerne l'absence d'évolution de la carrière de Monsieur X... dans l'entreprise ; que Monsieur X... ne contesta pas une évolution normale de sa carrière jusqu'en 2002 puisqu'à la suite de son embauche en 1976 au coefficient 135, il a été promu au fil des années au coefficient 145 puis 150 en 1977, 160 puis 175 en 1980 en qualité d'ouvrier hautement qualifié ; qu'en 1981, il aurait été muté au service fabrication suite à une restructuration avec affectation au coefficient 160 OQ2, puis 175 en 1983, 180 en 1984 jusqu'à atteindre le coefficient 185 OHQ en décembre 1989, coefficient le plus élevé au niveau de la production selon ses propres déclarations avant le poste de chef de quart ; qu'il ressort, par ailleurs qu'en 2004, il a bénéficié du coefficient 205 ; que pour soutenir l'existence d'une discrimination du fait de son appartenance à un syndicat ou de son mandat de délégué du personnel, il explique que depuis 2002, il n'a pas bénéficié d'une évolution normale de carrière et qu'il aurait dû atteindre le coefficient 250 ; que toutefois, outre le fait qu'il a bénéficié d'une formation au poste de chef de quart à l'époque de son élection comme délégué du personnel, il est établi qu'il a été affecté à des remplacements au poste de chef de quart, cette situation lui ayant procuré selon les éléments produits et non contestés des avantages financiers équivalents au statut du poste occupé en remplacement, de telle sorte que Monsieur X... n'établit pas sur ce point des faits pouvant présumer une discrimination en raison de son rôle de représentant du personnel, le seul fait qu'il n'ait pas bénéficié du coefficient 250 de manière continue étant précisément lié à sa non affectation statutaire au poste de chef de quart dont il a été établi ci-dessus que cette situation n'était pas liée à une discrimination syndicale ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE Monsieur X... est engagé par la société LEGRE MANTE en août 1976 en qualité d'ouvrier au service entretien coefficient 150 ; qu'en 1981, il est muté au service fabrication coefficient 160 ; que le 1er septembre 1983, il obtient le coefficient 175, le 1er mai 1984, le coefficient 180 et le 1er décembre 1989 il obtient le coefficient 185 ; que le 30 janvier 2002, Monsieur X... est élu délégué du personnel ; que deux mois plus tard, suite au départ en maladie d'un des chefs de quart, il prendra les fonctions de remplaçant chef de quart ; que la direction de l'entreprise apprend le départ de Monsieur Z..., chef de quart, pour le 1er juillet 2005, un report de 6 mois est pris pour la désignation d'un nouveau responsable de quart ; que depuis Monsieur X... a refusé de remplacer les chefs de quart ; que bien que la direction ait mis en garde

Monsieur X... que s'il refusait de se soumettre, il risquait de s'exclure lui-même de la candidature ; que c'est ainsi qu'un nouveau chef a été nommé ; que le conseil dit qu'il n'y a aucune discrimination syndicale ;

ALORS D'UNE PART QUE lorsqu'un salarié fournit des éléments faisant présumer une discrimination il appartient à l'employeur de rapporter la preuve que cette situation repose sur des éléments objectifs, étrangers à l'activité ou à l'appartenance syndicale ; qu'en l'espèce, l'employeur ayant fait bénéficier, en 2002, Monsieur X..., agent de maîtrise, entré dans l'entreprise en 1976, d'une formation de chef de quart et l'ayant régulièrement affecté à des remplacements à ce poste pendant trois ans, entre 2002 et 2005, son refus de le nommer définitivement à ce poste et de lui préférer un salarié qui n'avait que trois ans d'ancienneté, avait été recruté comme ouvrier de fabrication (coefficient 175), niveau auquel il se trouvait toujours et n'avait assuré des remplacements de chef de quart (coefficient 250) que pendant trois mois, ne pouvait être justifié par aucun élément objectif étranger à son appartenance syndicale ; qu'en décidant néanmoins le contraire, la Cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui en découlaient au regard des articles L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail et a violé lesdits textes ;

ALORS D'AUTRE PART QU'en décidant que l'éviction du poste de chef de quart de Monsieur X... dont elle constatait qu'il bénéficiait d'une ancienneté de trente ans, qu'il avait acquis la formation technique pour cet emploi et qu'il avait effectué plusieurs remplacements sur ce poste entre 2002 et 2005, au profit d'un autre salarié, Monsieur Y..., qui n'avait que trois ans d'ancienneté, avait été recruté comme ouvrier de fabrication (coefficient 175), niveau auquel il se trouvait toujours et n'avait assuré des remplacements de chef de quart (coefficient 250) que pendant trois mois était fondée sur des éléments objectifs, en se fondant sur la seule attestation de Monsieur Z..., salarié remplacé, contredite par d'autres salariés, qui ne pouvait constituer un élément objectif propre à établir que le choix de Monsieur Y... au poste de chef de quart était étranger à l'activité syndicale de Monsieur X..., la Cour d'appel a violé les articles L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail ;

ALORS ENCORE QUE Monsieur X... s'étant vu confier par son employeur, de façon récurrente, des remplacements sur une période de trois ans, ses compétences techniques ne pouvaient être mises en doute et son seul refus de continuer à assurer lesdits remplacements à compter du mois de juillet 2005, faute de désignation du remplaçant de Monsieur Z... par l'employeur à cette date, contrairement à ses engagements, ne pouvait avoir d'incidence sur le choix du nouveau chef de quart, intervenu au mois de septembre 2005 ; qu'en décidant néanmoins le contraire, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants et violé les articles L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail ;

ALORS ENFIN QUE la stagnation de la carrière d'un salarié exerçant une activité syndicale constitue un élément laissant supposer l'existence d'une discrimination ; que la stagnation de la carrière de Monsieur X..., qui bénéficiait d'une ancienneté de trente ans, du statut d'agent de maîtrise depuis 1989, avait effectué de nombreux remplacements de chefs de quart depuis trois ans et avait atteint le coefficient 205, résultait de la seule comparaison avec le parcours de Monsieur Y..., qui avec une ancienneté de trois ans seulement, un statut d'ouvrier de fabrication, coefficient 175 et des remplacements pendant trois mois au poste de chef de quart, a été nommé à ce poste, coefficient 250, en son lieu et place ; que dès lors, la Cour d'appel qui constatait elle-même que Monsieur X..., bien qu'il ait reçu une formation et effectué des remplacements au poste de chef de quart s'était vu refuser une affectation statutaire à ce poste, n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui en découlaient au regard des articles L 2141-5 et L 1134-1 du Code du travail en excluant toute stagnation de sa carrière et violé lesdits textes.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande tendant à voir fixer au passif de la liquidation une somme à titre de rappel de salaire au titre du supplément de nuit et à voir le CGEA condamné à en garantir le paiement ;

AUX MOTIFS QUE pour soutenir que l'employeur est redevable d'un rappel de salaire de 327 euros, les congés payés en plus au titre du complément de salaire en contrepartie du travail en poste de nuit, Monsieur X... explique que le calcul opéré sur les années non couvertes par la prescription a réduit de 20 points le coefficient applicable ; que toutefois, il ressort des calculs effectués par le salarié dans ses écritures produites aux débats qu'il retient une durée de travail de 164 heures, alors qu'il ressort des explications et bulletins de salaires produits que Monsieur X... a effectué une durée de travail mensuel de 152 heures seulement de telle sorte que sa demande n'est pas fondée ;

ALORS QUE la demande de Monsieur X... au titre du supplément de nuit était fondée sur le fait que la majoration pour travail de nuit, calculée en fonction de son coefficient, avait été calculée par l'employeur sur la base du coefficient 185 au lieu du coefficient 205 dont il relevait ; que cette demande était donc seulement fonction du nombre d'heures de travail de nuit effectuées par le salarié indépendamment de la durée mensuelle de travail en vigueur ; que dès lors, le fait que, dans le tableau inséré dans ses conclusions, Monsieur X... ait mentionné, par erreur, une durée mensuelle de travail de 164 heures alors qu'il effectuait seulement une durée mensuelle de travail de 152 heures était sans incidence sur le mode de calcul des sommes réclamées par lui ; qu'en se fondant néanmoins sur cette seule circonstance pour débouter Monsieur X... de sa demande, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants et violé l'article 455 du code de procédure civile.

## TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Monsieur X... de sa demande tendant à voir fixer au passif de la liquidation une somme à titre de rappel de salaire au titre de la prime d'ancienneté et à voir le CGEA condamné à en garantir le paiement ;

AUX MOTIFS QUE l'article 10 de l'avenant du 11 février 1971 de la convention collective des activités de la

chimie prévoit d'attribuer aux salariés une prime d'ancienneté calculée sur les appointements minima de la classification dans laquelle est classé l'intéressé et proportionnellement à l'horaire de travail, ce minimum étant augmenté le cas échéant des majorations pour heures supplémentaires ; que l'accord retient que les taux de cette prime varient de 3 % et 15 % en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise selon une fourchette de 3 à 15 ans ; qu'il est également prévu que cette prime doit évoluer en fonction à la fois de la valeur du point calculée sur la base d'une durée de travail hebdomadaire de 38 heures, servant à déterminer le salaire minimum mensuel et ce, en fonction de la durée du travail du salarié ; que Monsieur X... soutient que les calculs retenus par l'employeur n'ont pas pris en considération la durée du travail ; que cette situation doit s'analyser comme un usage dans l'entreprise qui ne permet pas d'y déroger indépendamment des accords collectifs ; qu'en l'absence d'accord spécifique à la prime d'ancienneté plus favorable au sein de la société LEGRE MANTE concernant son mode de calcul, alors que dès 2005, l'employeur a expliqué aux représentants du personnel, comme en atteste le compte rendu du 27 octobre 2005, que le calcul opéré antérieurement ne résultait que d'une erreur du fait de la non prise en compte de la modification de la durée du travail, à la suite du passage à 35 heures, il n'existe aucun motif pour retenir un quelconque usage qui aurait été délibérément mis en place par l'entreprise pour déroger au principe général conventionnel adopté pour les activités de la chimie ; qu'à partir des modalités de calcul présentées par l'intimé qui tiennent compte de la durée du travail dans l'entreprise et pour 2007 de l'accroissement de la valeur du point à 7, 15 euros, au regard des évaluations invoquées par le salarié sur la période considérée sans tenir compte du paramètre lié à la durée du travail, il doit être retenu que Monsieur X... a en fait été rempli de ses droits au titre de la prime d'ancienneté ;

ALORS QUE tout employeur est en droit d'instituer par usage des avantages particuliers au profit de ses salariés s'ils bénéficient à tous les salariés placés dans une situation identique et si les conditions de leur attribution sont préalablement définies et contrôlables ; que constitue un usage le versement constant, permanent et sans réserve d'un avantage salarial ; que la seule déclaration a posteriori de l'employeur que le versement de cet avantage serait le résultat d'une erreur de sa part ne peut suffire à exclure l'existence d'un usage ; que dès lors, en se fondant sur la seule déclaration a posteriori de l'employeur pour écarter l'existence d'un usage quand il n'était pas contesté que, postérieurement au passage de la durée du travail à 35 heures, et jusqu'au mois d'octobre 2005, l'employeur n'avait pas pris en compte l'horaire de travail dans le calcul de la prime d'ancienneté en ne proratisant pas ladite prime, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

ET ALORS en tout cas QU'en ne relevant aucun élément dont aurait résulté l'existence d'une erreur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard dudit article 1134 du Code civil ;

## Analyse

**Décision attaquée :** Cour d'appel d'Aix-en-Provence , du 14 décembre 2010