

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 2

ARRET DU 07 mai 2014

(n° , 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **12/23792**

Décision déférée à la Cour : Jugement du 13 Juillet 2012 - Tribunal de Grande Instance de BOBIGNY - RG n° 12/00576

APPELANT

SYNDICAT CFDT COMMERCE ET SERVICE SEINE SAINT DENIS
pris en la personne de son représentant légal

1 Place de la Libération

93016 BOBIGNY

Représenté par Me Chantal-rodene BODIN CASALIS, avocat au barreau de PARIS, toque : L0066, avocat postulant

Représenté par Me Christophe VIGNEAU, avocat au barreau de PARIS, toque : D2128, avocat plaçant

INTIMEE

SA RUE DU COMMERCE

prise en la personne de son représentant légal

44/50 Avenue du Capitaine Glarner

93400 SAINT OUEN

Représentée par Me Benoît HENRY de la SELARL RECAMIER AVOCATS ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque : K0148, avocat postulant

Représentée par Me Sophie LEMAITRE, avocat au barreau de PARIS, toque : D703, avocat plaçant

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 16 janvier 2014, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Nicolas BONNAL, Président

Madame Martine CANTAT, Conseiller

Monsieur Christophe ESTEVE, Conseiller

qui en ont délibéré

GREFFIER : Madame FOULON, lors des débats

ARRET :

- contradictoire

- rendu par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Monsieur Nicolas BONNAL, Président et par Madame FOULON,

Greffier .

Statuant sur l'appel interjeté par le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis à l'encontre d'un jugement rendu le 13 juillet 2012 par le tribunal de grande instance de Bobigny qui, saisi par ses soins de demandes tendant essentiellement à voir appliquer au sein

de la société RUE DU COMMERCE l'article 30 de la convention collective des entreprises de vente à distance, ordonner à cette société de procéder sous astreinte à un rappel de prime sur cinq ans à ce titre, constater l'illicéité de l'inégalité de traitement en matière de prime d'assiduité au détriment des salariés sous contrat à durée indéterminée, condamner la société RUE DU COMMERCE à lui verser 15 000 € de dommages et intérêts par année de retard du versement de cette prime sur cinq ans au titre de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession et condamner la société RUE DU COMMERCE à lui verser 10 000 € de dommages et intérêts au titre de son préjudice moral, a :

- ordonné à la société RUE DU COMMERCE de procéder au rappel correspondant à la prime d'assiduité pour les salariés de l'entreprise en contrat de travail à durée indéterminée, pour la période du 21 décembre 2006 jusqu'à la date de la suppression de ladite prime par l'employeur,
- condamné la société défenderesse à payer au syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis la somme de 2 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- rejeté le surplus et toutes autres demandes des parties,
- condamné la société défenderesse aux dépens,

Vu les dernières conclusions transmises le 23 août 2013 par lesquelles le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis, appelant, demande à la cour de :

- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a ordonné à la société RUE DU COMMERCE de procéder au rappel correspondant à la prime d'assiduité pour les salariés de l'entreprise en contrat de travail à durée indéterminée, pour la période du 21 décembre 2006 jusqu'à la date de la suppression de ladite prime par l'employeur,

Mais statuant à nouveau,

- le dire et juger recevable et bien fondé en son appel,
- ordonner à la société RUE DU COMMERCE de régulariser la situation des salariés à compter du 21 décembre 2006 et jusqu'à la date de la suppression de la prime d'assiduité en leur servant un rappel de primes pour la période considérée et ce, sous astreinte de 5 000 € par jour de retard,
- dire applicable à la société RUE DU COMMERCE l'article 30 de la convention collective des entreprises de vente à distance à compter du 22 avril 2005,
- ordonner à la société RUE DU COMMERCE de procéder pour l'ensemble des salariés à un rappel de prime à compter du 21 décembre 2006 et jusqu'au 30 juin 2012 au titre de l'article 30 de la convention collective des entreprises de vente à distance,
- ordonner à la société RUE DU COMMERCE de régulariser la situation des salariés quant au versement de la prime annuelle en leur versant un rappel de prime à compter du 21 décembre 2006 et jusqu'au 30 juin 2012 et ce, sous astreinte de 5 000 € par jour de retard,
- constater le caractère illicite des conditions de versement de la prime annuelle à compter de juin 2012,
- condamner la société RUE DU COMMERCE à lui verser 15 000 € de dommages et intérêts par année de retard du versement de cette prime sur cinq ans au titre de l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession,
- condamner la société RUE DU COMMERCE à lui verser 10 000 € de dommages et intérêts au titre de son préjudice moral,
- condamner la société RUE DU COMMERCE à lui verser 8 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- la condamner aux entiers dépens dont distraction au profit de Maître BODIN-CASALIS conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,

Vu les dernières conclusions transmises le 24 octobre 2013 par lesquelles la société RUE DU COMMERCE, intimée et appelante incidente, demande à la cour de :

- INFIRMER le jugement entrepris en ce qu'il lui a ordonné de procéder au rappel correspondant à la prime d'assiduité pour les salariés de l'entreprise en contrat de travail à durée indéterminée, pour la période du 21 décembre 2006 jusqu'à la date de la suppression de ladite prime par l'employeur,

Statuant à nouveau,

A titre principal :

- dire et juger qu'il n'existe pas d'inégalité de traitement quant au versement de la prime d'assiduité,
- prendre acte de ce qu'elle a cessé le versement de la prime d'assiduité aux salariés en contrat à durée déterminée dans le service avant-vente à la date du 06 mai 2011 et sur le site de Saint Quentin Fallavier depuis le 09 octobre 2012,
- rejeter l'ensemble des demandes, fins et conclusions formées par le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis au titre de la prime d'assiduité, en ce compris sa demande de régularisation sous astreinte, car sans objet et non fondées, et l'en débouter purement et simplement,

A titre subsidiaire :

- limiter sa condamnation aux seuls salariés placés en contrats à durée indéterminée au sein du service avant-vente entre le 21 décembre 2006 et le 06 mai 2011, compte tenu du fait que seul ce service était visé, eu égard à son activité,
- rejeter toutes les autres demandes afférentes,
- CONFIRMER le jugement entrepris pour le surplus,

Et par voie de conséquence,

A titre principal :

- dire et juger que l'article 30 de la convention collective de la vente à distance dans sa version étendue en vigueur au moment des faits ne lui était pas applicable,
- prendre acte de ce qu'elle a mis en œuvre le paiement de cette prime à compter de l'année 2012,
- dire et juger que les modalités de versement de la prime annuelle ne sont nullement irrégulières ou illicites mais bien conformes aux dispositions de l'article 30,
- rejeter l'ensemble des demandes, fins et conclusions formées par le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis relatives à l'application de l'article 30, à ses modalités d'application, à la demande de rappel de prime et de régularisation sous astreinte, car sans objet et non fondées,

A titre infiniment subsidiaire :

- limiter l'application de l'article 30 dans sa version alors en vigueur à compter du 1er juillet 2009, date de l'application de la convention collective de la vente à distance au sein de la société jusqu'au 31 décembre 2011 et la condamner, le cas échéant, en deniers ou quittances,
- rejeter l'ensemble des autres demandes, fins et conclusions formées par le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis relatives à l'application de l'article 30, dont la demande de rappel de prime et de régularisation sous astreinte, car sans objet et non fondées,

- EN TOUT ETAT DE CAUSE :

- rejeter l'ensemble des demandes, fins et conclusions formées par le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis et notamment celles relatives à l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession et au préjudice moral car sans objet et non fondées et l'en débouter purement et simplement,
- condamner le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis à lui payer la somme de 8 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- le condamner aux entiers dépens,

La cour faisant expressément référence aux conclusions susvisées pour un plus ample exposé des prétentions et moyens des parties,

Vu l'ordonnance de clôture intervenue le 28 novembre 2013,

SUR CE, LA COUR

EXPOSE DU LITIGE

Créée en 1999, la société anonyme RUE DU COMMERCE, qui emploie plus de 300 salariés, a pour activité la distribution en ligne de produits informatiques et électroniques grand public, regroupant les produits « bruns » (audio/vidéo, supports d'enregistrement, électronique...) et les produits « gris » (informatique) en France. Ses prestations incluent des offres de services, notamment du conseil avant-vente et des assurances produits.

Elle a ensuite diversifié son activité en présentant en ligne d'autres produits de sites marchands partenaires, cette nouvelle activité dénommée « galerie marchande » regroupant les domaines de l'électroménager, de la mode, de la maison et de la beauté.

Jusqu'au 30 juin 2009, la société RUE DU COMMERCE a appliqué la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager.

A compter du 1er juillet 2009, pour tenir compte de la diversification de ses activités, elle s'est soumise à la convention collective des entreprises de vente à distance.

Elle n'a toutefois appliqué expressément l'article 30 de cette convention collective relatif à la prime annuelle qu'à compter de l'année 2012, considérant qu'il ne lui était pas applicable avant sa réécriture par un avenant du 24 juin 2011 étendu par arrêté du 09 août 2012.

Par ailleurs, la société RUE DU COMMERCE a versé durant plusieurs années une prime d'assiduité à certains de ses salariés, en particulier aux salariés sous contrat à durée déterminée travaillant au service avant-vente.

Le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis soutient que la prime annuelle de l'article 30 doit bénéficier à l'ensemble des salariés et la prime d'assiduité aux salariés sous contrat à durée indéterminée des services de téléphonie, et ce rétroactivement sur cinq ans à compter du 21 décembre 2006 compte tenu de la date de saisine du conseil de prud'hommes de Bobigny.

S'agissant de la prime annuelle, le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis considère qu'avant l'intégration à compter du 24 mars 2009 du e-commerce dans le champ d'application de la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager, celle-ci ne visait que la vente physique en magasin et ne pouvait donc être appliquée au sein de la société RUE DU COMMERCE, dont le code NAF de rattachement – 52.6B jusqu'en 2008 puis 47.91B – n'était d'ailleurs pas mentionné dans l'article 1 de ladite convention.

Il fait valoir ensuite que la référence à la notion de vente par catalogue faite dans l'article 30 n'est pas un élément discriminant parmi les entreprises relevant de la convention collective de la vente à distance et n'introduit aucune distinction entre elles quant au champ d'application de la convention.

Il relève à cet égard que la convention collective des entreprises de vente à distance était anciennement dénommée convention collective des entreprises de vente par catalogue du Nord et de l'Est de la France avant la modification de son intitulé par avenant du 09 novembre 2004 et qu'en dépit du toilettage effectué par l'avenant du 24 juin 2011 subsistent encore dans les articles 38, 17 et 18 de la convention plusieurs références aux entreprises de vente par catalogue, sans que l'on puisse en déduire une quelconque restriction quant au champ d'application de ces dispositions.

Il indique aussi qu'en tout état de cause, la vente par catalogue ne saurait être restreinte à la vente sur catalogue papier et que la société RUE DU COMMERCE édite bien des catalogues numériques à partir desquels il est possible de passer commande.

Il ajoute que dès son adhésion en 2009 à la convention collective des entreprises de vente à distance, la société RUE DU COMMERCE avait admis être liée par son article 30, dans la mesure où elle avait envoyé à cette date aux salariés une note d'information qui précisait notamment : « Votre rémunération globale brute annuelle ainsi définie intègre forfaitairement toute éventuelle prime annuelle conventionnelle ».

S'agissant de la prime d'assiduité, le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis expose que la société RUE DU COMMERCE méconnaît le principe d'égalité de traitement en attribuant cette prime aux seuls salariés sous contrat à durée déterminée des services de téléphonie (avant-vente, service client back et front office, abonnement téléphonique, recouvrement), et non aux salariés sous contrat à durée indéterminée.

La société RUE DU COMMERCE répond essentiellement :

- en ce qui concerne la convention applicable, que son activité principale, à savoir le commerce de détail de produits bruns ou gris, a toujours été directement visée par la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager et qu'il ressort des deux rédactions successives du champ d'application de cette convention que c'est bien la nature du commerce, à savoir le commerce de détail d'électro-ménager et de radio-télévision, qui détermine son application, et non le mode de distribution des produits vendus,
- en ce qui concerne l'article 30 de la convention des entreprises de vente à distance dans sa rédaction en vigueur avant le 24 juin 2011, qu'il ne visait que les salariés de la vente par catalogue, alors pourtant que l'article 1 de la convention visait expressément la vente à distance sur catalogue général (code APE 52.6 A désormais code NAF 4791 A) et la vente par correspondance spécialisée (code APE 52.6 B désormais code NAF 4791 B), que l'article 30 ne lui était donc pas applicable puisqu'elle est attributaire du code NAF 4791 B et qu'elle ne peut être considérée comme une entreprise de vente par catalogue, et que c'est la raison pour laquelle les partenaires sociaux ont engagé de nouvelles négociations ayant abouti le 24 juin 2011 à un élargissement du champ d'application de l'article 30, qui est désormais applicable à toutes les entreprises de vente à distance à compter de la publication de l'arrêté d'extension du 09 août 2012,
- en ce qui concerne la prime d'assiduité versée jusqu'au 06 mai 2011 aux salariés sous contrat à durée déterminée du service avant-vente, qu'il n'existe aucune inégalité salariale illicite dans la mesure où ce n'était pas la seule différence de statut qui en justifiait le versement mais une incitation à rester en contrepartie de l'engagement de formation dispensée par l'employeur.

MOTIFS

Sur la convention applicable avant le 1er juillet 2009 :

L'article L 2261-2 du code du travail dispose :

« La convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur.

En cas de pluralité d'activités rendant incertaine l'application de ce critère pour le rattachement d'une entreprise à un champ conventionnel, les conventions collectives et les accords professionnels peuvent, par des clauses réciproques et de nature identique, prévoir les conditions dans lesquelles l'entreprise détermine les conventions et accords qui lui sont applicables. »

Il est constant qu'avant la diversification de ses activités qui l'a incitée à se soumettre à compter du 1er juillet 2009 à la convention collective des entreprises de vente à distance, la société RUE DU COMMERCE avait pour activité principale la vente en ligne de produits informatiques et électroniques et appliquait la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager du 26 novembre 1992.

Dans sa version en vigueur avant le 24 mars 2009, l'article 1 de cette convention relatif à son champ d'application faisait référence aux activités définies sous les numéros de la

nomenclature d'activités française (NAF) 52-4 L, 52-7 C, 52-7 D et 71-4 B et l'annexe A à l'article 1 précisait que la classe 52-4 L intitulée « commerce de détail d'appareils électroménagers et de radio-télévision » comprenait notamment le commerce de détail d'appareils électroménagers et le commerce de détail d'appareils de radio et de télévision, de magnétoscopes, caméscopes, matériel haute-fidélité.

A compter du 24 mars 2009, l'article 1 de la même convention précise que figure en particulier dans son champ d'application le commerce de détail, quel que soit le mode de distribution y compris le e-commerce des produits de salon ou nomades et les services associés de l'électrodomestique, de l'électronique et de l'informatique grand public et du multimédia, comprenant entre autres les appareils électroménagers, de réception et de diffusion de l'image et du son, tous appareils et supports d'enregistrement ou de reproduction audio et vidéo analogique et/ou numérique, vierge ou enregistré..., « notamment répertorié sous les codes d'activités français principales exercées 47.41Z, 47.43Z, 47.54Z, 47.63Z ex-52-4 L ».

Compte tenu de la période litigieuse, le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis fait valoir à juste titre que le premier juge ne pouvait fonder sa décision exclusivement sur la seconde version de l'article 1 de la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager.

Toutefois, il ressort de ses deux rédactions successives que l'activité principale de la société RUE DU COMMERCE, à savoir le commerce de détail de produits bruns ou gris, a toujours été incluse dans le champ d'application de cette convention et que le critère déterminant de rattachement était la nature du commerce, en l'occurrence le commerce de détail d'électro-ménager et de radio-télévision, et non le mode de distribution des produits vendus.

Il importe peu à cet égard que le code NAF attribué à la société RUE DU COMMERCE ne soit pas visé dans la première version de l'article 1 de la convention, ni d'ailleurs dans la seconde.

Il s'ensuit que la société RUE DU COMMERCE a pu de bonne foi se soumettre jusqu'au 1er juillet 2009 à la convention collective des commerces et services de l'audiovisuel, de l'électronique et de l'équipement ménager du 26 novembre 1992, laquelle ne prévoyait pas la prime revendiquée par l'appelant.

Par ces motifs substitués, le jugement entrepris sera donc confirmé sur ce point.

Sur l'application de l'article 30 de la convention collective des entreprises de vente à distance à compter du 1er juillet 2009 :

L'avenant n° 2 du 09 novembre 2004 étendu le 22 avril 2005 a modifié le champ d'application de la convention collective des entreprises de vente par catalogue du Nord et de l'Est de la France, désormais applicable sur tout le territoire national et dans les départements d'outre-mer, ainsi que son intitulé, dorénavant libellé comme suit : « convention collective nationale des entreprises de vente à distance ».

Jusqu'à sa modification le 24 juin 2011, l'article 30 de cette convention était rédigé de la façon suivante :

« Le personnel « ouvriers-employés », « agents de maîtrise et techniciens », « ingénieurs et cadres » de la vente par catalogue bénéficie d'une prime annuelle qui ne peut être inférieure aux 2/3 du 1/12 des salaires bruts perçus au cours des 12 derniers mois. (...) »

En vertu de l'avenant du 24 juin 2011 étendu le 09 août 2012, il est désormais rédigé comme suit :

« Le personnel ouvriers-employés, agents de maîtrise et techniciens, cadres de la vente à distance bénéficie d'une prime annuelle qui ne peut être inférieure aux 2/3 du 1/12 des salaires bruts perçus au cours des 12 derniers mois. (...) »

L'article 1 de l'avenant n° 2 précité du 09 novembre 2004 prévoit notamment :

« La présente convention collective ainsi que ses avenants et annexes sont conclus en application de la loi du 13 novembre 1982 modifiée et de la loi du 11 février 1950.

Ces textes règlent les rapports de travail entre les employeurs et les salariés des entreprises de vente à distance (VAD) dont l'activité principale est le commerce de détail de tout type de produits par tout média. Cette activité est généralement répertoriée aux numéros 52.6A (vente par correspondance sur catalogue général) et 52.6B (vente par correspondance spécialisée) de la nomenclature des activités françaises résultant du décret n° 2002-1622 du 31 décembre 2002 portant approbation des nomenclatures d'activités et de produits. »

Ces dispositions générales relatives au champ d'application de la convention n'introduisent aucune distinction en fonction du code NAF attribué à l'activité principale de l'employeur, qui est donc soumis à la convention dès lors qu'il exerce à titre principal une activité de vente à distance.

Il appartient à la cour de déterminer si les partenaires sociaux ont néanmoins aménagé un régime spécifique pour les seules entreprises répertoriées sous le numéro 52.6A (nouvellement 4791 A).

Outre l'article 30 litigieux, il est fait allusion à la vente par catalogue dans trois autres articles de la convention :

- L'article 17 : « Le présent article est conclu pour tenir compte des particularités de la vente par catalogue qui connaît des variations d'activité en cours d'année. De ce fait, les entreprises appliqueront au personnel employé par contrat à durée déterminée l'ensemble des dispositions du code du travail (art. L 122-1 et suivants), de la convention collective de la vente par catalogue, de ses avenants et des accords d'entreprises dans les conditions requises pour chaque article, proportionnellement. »

- L'article 18 : « Le personnel à temps partiel et le personnel intermittent bénéficieront des droits et avantages résultant des dispositions générales, de l'avenant correspondant à sa catégorie et des annexes de la convention collective des entreprises de vente par catalogue, ainsi que des avantages prévus par les accords d'entreprise ou des usages (pour l'ensemble du personnel), au prorata du temps de travail ou du salaire perçu. »

- L'article 38 : « Les entreprises de la vente par catalogue affirment l'importance particulière qu'elles attachent à l'accueil et à l'insertion des jeunes dans l'entreprise. »

Si ces dispositions relatives aux contrats à durée déterminée, au travail à temps partiel ou intermittent et à l'insertion des jeunes n'étaient applicables qu'aux entreprises de vente par catalogue, elles seraient nécessairement, compte tenu de leur objet et de leur caractère général, complétées par d'autres dispositions conventionnelles applicables cette fois aux entreprises de vente par correspondance spécialisée répertoriées sous le numéro 52.6B (nouvellement 4791 B).

Or, tel n'est pas le cas.

Il en résulte que les dispositions conventionnelles s'appliquent à l'ensemble des entreprises de vente à distance quelle que soit leur classification et que la survivance ponctuelle dans le texte conventionnel de la mention « vente par catalogue » procède d'une maladresse rédactionnelle et non d'une volonté d'aménager un régime spécifique pour les seules entreprises de vente par catalogue.

Il s'ensuit que la société RUE DU COMMERCE aurait dû appliquer l'article 30 à compter du 1er juillet 2009.

La circonstance que cet article ait été modifié par avenant du 24 juin 2011 n'est donc manifestement pas révélatrice d'une volonté d'élargir son champ d'application, mais de celle de résoudre des difficultés d'interprétation qui, en ce qui concerne la société RUE DU COMMERCE, ont été soulevées par le syndicat appelant en 2010.

D'ailleurs, par « prudence » comme elle l'indique dans ses écritures, la société RUE DU COMMERCE avait notifié courant 2009 aux salariés le changement de convention collective applicable en croyant pouvoir leur spécifier : « Votre rémunération globale brute annuelle ainsi définie intègre forfaitairement toute éventuelle prime annuelle conventionnelle » (pièce n° 34 de l'appelant).

Enfin, la société RUE DU COMMERCE ne saurait utilement soutenir qu'elle a payé la prime de l'article 30 sous forme de prime exceptionnelle ou de prime d'objectif qui ne sont pas de même nature et qui ne relèvent pas du même régime.

Il est justifié que l'employeur a versé la prime de l'article 30 à compter de l'année 2012.

En conséquence, il convient d'infirmar la décision entreprise et d'ordonner à la société RUE DU COMMERCE de procéder pour l'ensemble de ses salariés à un rappel de prime du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2011, au titre de l'article 30 de la convention collective des entreprises de vente à distance à laquelle elle s'est volontairement soumise à compter de cette date, sans qu'une astreinte ne soit nécessaire.

Sur les modalités d'application de la prime de l'article 30 à compter de juin 2012 :

Le syndicat appelant estime que les conditions unilatérales d'attribution de la prime annuelle à compter de 2012 présentent de nombreuses irrégularités dès lors que les primes exceptionnelles sont exclues de son assiette de calcul, que la société écarte du bénéfice de cette prime les salariés ne possédant pas un an d'ancienneté ou 12 mois de présence continue et qu'aucune proratisation n'est prévue.

Cependant, il n'est pas démontré que le versement des primes exceptionnelles invoquées procède d'un engagement unilatéral de l'employeur, ni que ces éventuelles gratifications aient perdu leur nature de libéralité pour constituer un élément permanent du salaire en raison de leur usage constant, fixe et général.

Par ailleurs, il ressort des dispositions de l'article 30 que la prime est calculée sur la base des salaires bruts perçus au cours des 12 derniers mois et qu'aucune proratisation n'est prévue, ce qui implique nécessairement que le salarié bénéficiaire ait un an d'ancienneté dans l'entreprise.

Le syndicat appelant sera donc débouté de sa demande tendant à voir constater le caractère illicite des conditions de versement de la prime annuelle à compter de juin 2012, étant précisé que la recevabilité de cette demande nouvelle n'est pas discutée et qu'elle tend aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, qui tendaient à inviter la société RUE DU COMMERCE à engager des négociations collectives sur les modalités d'application de l'article 30 de la convention collective dans un délai inférieur à trois mois à compter du jugement à intervenir et à voir juger qu'en cas de difficultés d'application, la partie partie la plus diligente pourrait ressaisir la juridiction par simple requête afin d'exposer le préjudice résultant de l'exécution fautive de ces dispositions.

Sur la prime d'assiduité :

La règle « à travail égal, salaire égal » découlant du principe d'égalité de traitement entre les salariés oblige l'employeur à assurer une égalité de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, sauf à justifier d'une différence de traitement par des critères objectifs et pertinents étrangers à toute discrimination.

La société RUE DU COMMERCE justifie le versement spécifique d'une prime d'assiduité aux salariés sous contrat à durée déterminée du service avant-vente par la volonté de compenser la précarité de leur emploi et surtout de tenter de les fidéliser en s'assurant de leur présence après une formation spécifique en interne de plusieurs semaines, nécessitée par la manipulation du logiciel extrêmement complexe de cette plate-forme téléphonique.

Or, une prime d'assiduité ne peut avoir pour objet de compenser la précarité de l'emploi, ce à quoi vise l'indemnité de fin de contrat, ni de fidéliser un travailleur précaire.

Son objet est en effet de récompenser la présence effective et la ponctualité du salarié à son poste de travail au cours de l'exécution du contrat, qu'il soit à durée déterminée ou à durée indéterminée.

En l'espèce, il n'existe aucun élément objectif en rapport avec l'assiduité de nature à justifier que seuls, les salariés sous contrat à durée déterminée des services de téléphonie perçoivent une telle prime, contrairement aux salariés sous contrat à durée indéterminée travaillant dans les mêmes services.

Cette différence de traitement apparaît d'autant moins fondée que la société RUE DU COMMERCE reconnaît qu'au sein du site de SAINT QUENTIN FALLAVIER correspondant à l'entrepôt, la prime d'assiduité n'est pas versée aux salariés en fonction de leur statut contractuel, c'est-à-dire selon qu'ils sont sous contrat à durée déterminée ou sous contrat à durée indéterminée, mais en considération du respect strict des horaires de présence.

La seule note de l'employeur relative aux conditions d'obtention de la prime d'assiduité, qui est versée aux débats par le syndicat appelant (sa pièce n° 29), fait état exclusivement de critères de présence effective au sein de l'entreprise (respect des horaires, retards, arrêt maladie, congés supérieurs à deux semaines ouvrables).

C'est donc à bon droit que le premier juge a décidé que la rupture d'égalité avait perduré sur la période litigieuse, sauf à préciser que cette différence de traitement injustifiée concernait les salariés des services de téléphonie et sauf à définir plus précisément la période durant laquelle elle a été mise en œuvre par l'employeur.

Il est justifié par la production du contrat de travail de Monsieur Elie BORLET en date du 14 septembre 2011 (pièce n° 16 de l'appelant) que l'employeur a octroyé la prime d'assiduité litigieuse aux salariés embauchés sous contrat à durée déterminée des services de téléphonie jusqu'en septembre 2011, alors que les contrats de travail conclus les mois suivants ne mentionnent plus de prime d'assiduité.

La cour retiendra donc que la prime d'assiduité litigieuse a été supprimée le 30 septembre 2011 au sein des services de téléphonie.

En conséquence, il convient de confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a ordonné à la société RUE DU COMMERCE de procéder au rappel correspondant à la prime d'assiduité au profit des salariés sous contrat de travail à durée indéterminée à compter du 21 décembre 2006, sauf à préciser que les salariés concernés par ce rappel de prime sont ceux des services de téléphonie et que la période de rappel à prendre en compte expire le 30 septembre 2011.

La décision déferée sera également confirmée en ce qu'elle a jugé qu'il n'était pas nécessaire d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Sur la demande au titre du préjudice matériel :

Il doit être rappelé qu'en application de l'article L 2132-3 du code du travail, les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice et peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

En outre, aux termes des dispositions de l'article L 2262-11 du même code, les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, liés par une convention ou un accord, peuvent intenter en leur nom propre toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres organisations ou groupements, leurs propres membres ou toute personne liée par la convention ou l'accord.

Il n'est pas contesté que la CFDT à laquelle adhère le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis a la qualité de signataire de la convention collective nationale de la vente à distance.

Au cas présent, il résulte des développements qui précèdent que la société RUE DU COMMERCE a du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2011 méconnu ses obligations résultant de l'article 30 de la convention collective nationale de la vente à distance et que durant plusieurs années jusqu'au 30 septembre 2011, elle a créé une rupture d'égalité de traitement injustifiée entre ses salariés des services de téléphonie en octroyant unilatéralement aux seuls salariés sous contrat à durée déterminée une prime d'assiduité sans aucun rapport objectif avec des critères de présence effective au sein de l'entreprise.

L'employeur a persisté plusieurs années dans ce comportement fautif à double titre, en dépit des demandes réitérées des délégués du personnel qui figurent au dossier.

De tels agissements ont indéniablement causé un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis, préjudice qui sera intégralement réparé par l'allocation de la somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts, le jugement entrepris étant donc infirmé de ce chef.

Sur la demande au titre du préjudice moral :

Le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis ne justifie pas du préjudice moral invoqué, qu'il souhaite voir réparer dans le corps de ses conclusions sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil.

La décision entreprise qui a rejeté sa demande à ce titre sera en conséquence confirmée.

Sur l'application de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens :

La décision entreprise sera confirmée en ce qu'elle a statué sur les frais irrépétibles et les dépens de première instance.

Il y a lieu en équité d'allouer en cause d'appel au syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis la somme de 5 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile.

La société RUE DU COMMERCE qui succombe sur l'essentiel n'obtiendra aucune indemnité sur ce fondement et supportera les dépens d'appel que Maître BODIN-CASALIS pourra recouvrer directement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Infirmes le jugement entrepris, en ce qu'il a débouté le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis de ses demandes tendant à voir dire applicable à la société RUE DU COMMERCE l'article 30 de la convention collective nationale des entreprises de vente à distance à compter du 1er juillet 2009, à obtenir un rappel de prime à ce titre au profit des salariés concernés et à voir condamner la société RUE DU COMMERCE à lui verser des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L 2132-3 du code du travail ;

Statuant à nouveau,

Dit que la société RUE DU COMMERCE devait appliquer l'article 30 de la convention collective nationale des entreprises de vente à distance à compter du 1er juillet 2009 ;

Ordonne à la société RUE DU COMMERCE de procéder pour l'ensemble de ses

salariés à un rappel de prime annuelle à ce titre du 1er juillet 2009 au 31 décembre 2011 ;

Dit n'y avoir lieu à astreinte ;

Condamne la société RUE DU COMMERCE à payer au syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis la somme de 3 000 € à titre de dommages et intérêts sur le fondement de l'article L 2132-3 du code du travail ;

Confirme le jugement entrepris pour le surplus, notamment en ce qu'il a ordonné à la société RUE DU COMMERCE de procéder au rappel correspondant à la prime d'assiduité au profit des salariés sous contrat de travail à durée indéterminée à compter du 21 décembre 2006, sauf à préciser que les salariés concernés par ce rappel de prime sont ceux des services de téléphonie et que la période de rappel à prendre en compte expire le 30 septembre 2011 ;

Y ajoutant,

Déboute le syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis de sa demande tendant à voir constater le caractère illicite des conditions de versement de la prime annuelle à compter de juin 2012 ;

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires ;

Condamne la société RUE DU COMMERCE à payer au syndicat CFDT Commerce et Service Seine Saint Denis la somme de 5 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile au titre des frais irrépétibles exposés en cause d'appel ;

Condamne la société RUE DU COMMERCE aux dépens d'appel que Maître BODIN-CASALIS pourra recouvrer directement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT