

Droit social : relations collectives

Leçon 501 : La représentation syndicale dans et hors les murs de l'entreprise : Commentaire d'arrêt

Josépha DIRRINGER

Table des matières



Consignes :

Présentez l'arrêt suivant et proposez un plan détaillé de commentaire : mercredi 8 octobre 2014, n° de pourvoi : [13-18342](#) :

« Vu les articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes au titre de la discrimination syndicale, la cour d'appel retient que si la salariée s'était déjà plainte, épisodiquement, d'absence de promotion ou de sa notation, elle ne justifie pas de postulation sur des postes supérieurs qui auraient été rejetés, que les comparaisons théoriques avec d'autres collègues dont le dossier est ignoré ne peuvent suppléer ces éléments, que, s'agissant de l'article 35 de la convention collective, applicable aux deux remplacements effectués par Mme X..., dont celui de M. Y..., la salariée argue à bon droit de ce que la durée de ce remplacement-quatre ans-lui ouvrait droit au coefficient 157 qu'elle obtiendra ultérieurement, que cependant cet élément est intégré par la salariée dans la globalité de ses revendications et ne procède d'aucune demande d'indemnisation spécifique, que, s'il est avéré que certaines notations mentionnent de manière totalement anormale l'activité syndicale de la salariée comme source d'absences et d'obstacle au travail, ces remarques sont contrebalancées par des mentions sur le travail de l'intéressée qui sont exemptes de toute allusion à son engagement syndical et font état de ses nombreuses qualités, que la salariée n'établit ainsi pas l'existence d'un préjudice résultant de ces remarques, du reste isolées sur l'ensemble de sa carrière couplée à celle de syndicaliste, en ce qu'elles aient, au regard de la globalité des appréciations figurant dans son dossier, été cause d'un frein à sa progression et révélatrices d'une discrimination ;

Qu'en statuant ainsi, d'une part, alors que sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié, et, d'autre part, en faisant peser sur la salariée la charge de la preuve de la discrimination syndicale, alors qu'elle avait présenté des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une telle discrimination, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le troisième moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 mars 2013, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, 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 d'Aix-en-Provence, autrement composée ; »

En savoir plus : Corrigé**Remarque**

Prolégomènes : Un arrêt se commente de bien des façons. Ici en particulier, il est possible d'orienter le commentaire de diverses manières, en mettant l'accent soit sur la teneur du principe de non-discrimination et du droit des salariés à ne pas être discriminés, soit encore sur les sources des règles de non-discrimination, soit enfin sur le lien qui existe entre non-discrimination et liberté syndicale.

Le présent corrigé s'appuie sur la solution de la Cour de cassation structurée (...Ô Miracle !) en deux parties.

Un salarié, qu'il soit investi ou non d'un mandat, n'est libre d'agir syndicalement que pour autant qu'il n'en subit aucun désagrément. Cela mérite encore d'être rappelé, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 octobre 2014: la prise en compte de l'activité syndicale lors de l'évaluation professionnelle constitue une discrimination illicite, sauf à ce que, au contraire, un accord collectif exprime la volonté des interlocuteurs sociaux de valoriser l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

En l'espèce, après plusieurs plaintes, une salariée, Mme X, intente une action à l'encontre de son employeur au titre de la discrimination syndicale ; elle lui reproche de lui refuser des promotions et d'avoir pris en compte son activité syndicale lors de ses évaluations. Ses demandes ne sont pas précisées. La lecture de l'arrêt permet toutefois de déduire l'existence de demandes indemnitaires, voire, peut-être, une demande de rappel de salaire correspondant à la revalorisation de sa qualification professionnelle. Celles-ci demeureront insatisfaites : le 29

mars 2013, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence déboute la salariée, qui décide alors de se pourvoir en cassation. Ses arguments contre la décision des juges du fond seront entendus : dans une décision du 8 octobre 2014, la Chambre sociale casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et renvoie l'affaire devant la même juridiction autrement composée.

Selon la Cour d'appel, la discrimination syndicale n'était pas établie. Premièrement, la salariée ne justifie pas que l'employeur ait rejeté ses postulations sur des postes supérieurs. Deuxièmement, elle ne saurait substituer à ces éléments une comparaison théorique avec d'autres salariés dont elle ignore la situation. Troisièmement, concernant sa demande visant à ce que son coefficient soit revalorisé au regard de la convention collective, la cour d'appel relève que cette revalorisation a finalement eu lieu. De plus, elle estime que la salariée ne formule aucune demande indemnitaire spécifique cet élément étant intégré dans la globalité de ses revendications. Quatrièmement, elle refuse de prendre en compte les notations mentionnant l'activité syndicale, jugée au demeurant anormale, en estimant que ces notations sont contrebalancées par des mentions sur le travail de l'intéressé. Cinquièmement et enfin, la cour d'appel reproche à la salariée de ne pas avoir établi l'existence d'un préjudice ; elle ne démontre par que sa progression de carrière ait été freinée, ce qui aurait permis de révéler la prétendue discrimination.

La Cour de cassation censure l'ensemble du raisonnement de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence au visa des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du Code du travail. Elle ne les explicite pas ; elle se contente uniquement de le citer. Pour rappel, les deux premières dispositions renvoient au principe général de non-discrimination, qui s'applique notamment en matière de liberté syndicale, et pour lequel le législateur prévoit un aménagement de la preuve au profit de la victime de discrimination. La troisième disposition, l'article L. 2141-5, est issue de la loi du 24 juin 1936. Elle interdit spécifiquement à l'employeur de prendre « en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail ». Se fondant sur ces trois dispositions, la Cour de cassation rappelle dans un premier temps que sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié. Et de poursuivre dans un second temps, en censurant la cour d'appel qui a fait peser sur la salariée la charge de la preuve de la discrimination alors même que cette dernière avait présenté des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une telle discrimination.

Interrogée sur la mise en œuvre par le juge de l'arsenal antidiscriminatoire en matière de liberté syndicale, la Cour de cassation réaffirme selon quelles modalités les règles de non-discrimination protègent la liberté syndicale. Selon elle, il en existe deux. Elle réaffirme le principe d'interdiction des discriminations syndicales à l'encontre du salarié (I), ainsi que le régime probatoire qui assure à cette interdiction toute son effectivité (II).

I – L'arsenal antidiscriminatoire au soutien de la liberté syndicale

La solution de la Cour de cassation est claire : « *sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié* ». Elle rappelle un principe – l'interdiction faite à l'employeur de prendre en considération l'activité syndicale (A) – et son exception, à savoir, depuis la loi du 20 août 2008, la reconnaissance des accords collectifs assurant la neutralité ou à valoriser l'exercice d'une activité syndicale (B).

A) Le principe : l'indifférence patronale face à l'exercice d'une activité syndicale

« *L'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié* » : la formule employée par la Cour de cassation fait ressortir les deux aspects attachés au principe de non-discrimination : il est à la fois une garantie apportée à la liberté syndicale (1) et une limitation du pouvoir de direction de l'employeur (2).

1. Le principe de non-discrimination : une garantie de la liberté syndicale

=> La règle de non-discrimination énoncée par la Cour de cassation vise à protéger la liberté syndicale dans sa dimension individuelle. En effet, le salarié ne doit pas être empêché ou même dissuadé de se syndiquer ou d'exercer une activité syndicale par la crainte de conséquences néfastes sur sa carrière professionnelle.

- La solution vise uniquement le fondement légal de ce principe. Elle aurait pu aussi très bien rappeler son fondement constitutionnel (al 6), européen (art 11 CEDH) ou même international (conv 87 OIT). Elle aurait ainsi davantage souligné la généralité et la fundamentalité du principe de non-discrimination et donné du même coup une portée plus forte à sa décision.
- Ici solution de la Cour de cassation vise uniquement « l'exercice d'activités syndicales ». En réalité le principe de non-discrimination protège aussi le seul fait d'appartenir appartenant à un syndicat ou à un syndicat en particulier. Protège en effet la liberté du salarié de se syndiquer et de se syndiquer au syndicat de son choix. Les deux aspects étant d'ailleurs rappelés sous l'article L. 2141-5.
- Certes la finalité première des règles de non-discrimination est de protéger les libertés individuelles du salarié. Inversement on peut dire que la liberté syndicale ne saurait être garantie sans les règles de non-discrimination. Très clair en l'espèce. On peut rappeler néanmoins que :
 - Mais les règles de non-discrimination assurent également le droit syndical dans l'entreprise. Les règles de non-discrimination garantissent aussi l'égalité de traitement entre syndicats : l'employeur ne saurait traiter moins favorablement un syndicat qu'un autre en traitant différemment les membres du premier et du second.
 - La liberté syndicale du salarié connaît aussi d'autres garanties : le droit au respect de sa vie privée (jurisprudence Okaïdi).

En droit du travail, l'affirmation des libertés fondamentales au salarié a pour corolaire une limitation du pouvoir patronal. Ce que ne manque pas de rappeler la Cour de cassation.

2. Le principe de non-discrimination : une limite à l'arbitraire patronal

=> La Cour de cassation interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale lors de l'évaluation d'un salarié. L'interdiction revêt un caractère plus général : les règles de non-discrimination limitent le pouvoir de direction l'employeur dans toutes ses dimensions, en lui interdisant d'invoquer directement ou indirectement, certains motifs, jugés illégitimes et partant illicites.

- Étendue du pouvoir de direction : pouvoir d'organisation du travail et des conditions de travail, pouvoir d'évaluation, pouvoir de sanction,
 - Organisation du travail et des conditions de travail : conduite et répartition du travail, accès à la formation professionnelle, mutation,
 - Evaluation : notation et conséquence attachée à la notation (promotion, augmentation) : en l'espèce, mais aussi,
 - Pouvoir de sanction : interdiction de sanctionner et de licencier (rappel dans L. 1132-1 et L. 2141-5).

=> Toutes les prérogatives attachées au pouvoir de direction sont concernées

- Mesures patronales concernées : l'interdiction concerne aussi bien :
 - les discriminations directes (les mesures directement fondées sur l'appartenance ou l'activité syndicale, comme en l'espèce où des notations relèvent l'activité syndicale de la salariée), que les discriminations indirectes (les mesures prises sur la base de critères apparemment neutre, mais qui, en réalité, ont un effet discriminatoire).
 - Les décisions individuelles (comme en l'espèce) que les décisions collectives/normatives (EUE, règlement intérieur)

=> L'arrêt de la Cour de cassation est révélateur d'une certaine vision des rapports de travail : alors que le pouvoir patronal est suspecté de porter atteinte aux libertés fondamentales du salarié, la négociation collective est à l'inverse parée de vertus émancipatrices. Ainsi rappelle-t-elle la possibilité pour un accord collectif de prendre en compte l'exercice d'une activité syndicale aux fins d'en neutraliser les conséquences, voire de la valoriser.

B) L'exception : la prise en compte conventionnelle de l'exercice d'une activité syndicale

Il est tout à fait remarquable que la Cour de cassation débute sa solution par évoquer l'exception au principe de non-discrimination alors que celle-ci ne se trouvait pas en jeu en l'espèce. Par cette évocation, les juges

de la Cour de cassation ne font pas seulement prendre acte de l'évolution introduite par la loi du 20 août 2008 (1.), ils expriment selon nous une incitation à négocier à l'adresse particulière des employeurs.

1. L'évocation par les juges de l'accord collectif

Des accords de droit syndical conclus dès avant 2008 tentaient de remédier aux conséquences néfastes que pouvait avoir l'exercice d'une carrière syndicale sur la carrière professionnelle. En 2008, à la suite du souhait des auteurs de la position commune, le législateur a voulu les légaliser, pour ne plus craindre qu'ils ne soient jugés discriminatoires.

La solution de la Cour de cassation fait ici référence à l'alinéa 2 de l'article L. 2141-5 issu de la loi du 20/8/2008. Précédent jurisprudentiel : elle a déjà eu l'occasion de se référer à cette disposition (Soc. 23/3/2011 – arrêt dans lequel elle énonce déjà que sauf application d'un accord collectif visant à en assurer la neutralité ou à le valoriser, l'exercice d'activités syndicales ne peut être pris en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié).

La Cour de cassation précise :

- **L'exigence d'un accord collectif** : acte conclu entre l'employeur et les syndicats représentatifs présents dans l'entreprise / exclu les normes patronales, telles que les normes unilatérales de l'employeur. Niveau de négociation de l'accord ? Art. L. 2141-5 ne le précise pas. L'article L. 2242-20 qui fait aussi référence à cet accord concerne la négociation collective qui a lieu dans les entreprises de plus 300 salariés).
- **L'objet de l'accord** : neutraliser ou valoriser l'exercice de l'activité syndicale. Il s'agit d'accords qui prévoient une revalorisation salariale, une augmentation salariale moyenne (en particulier pour les permanents syndicaux), des dispositifs de validation des compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentation, ou encore un droit à la formation et au reclassement en fin de mandat.
- **Quid des destinataires de l'accord** (rien n'est précisé, ni dans la solution ni dans les faits) ?
 - A priori, ils bénéficient aux seuls syndiqués. Pour certains, de tels accords seraient discriminatoires à l'égard des salariés non syndiqués et constituent une atteinte à la liberté de ne pas se syndiquer (discrimination positive ?). À tout le moins, on peut se demander si ces accords, même légalisés, ne doivent pas faire l'objet d'un contrôle au regard du principe constitutionnel d'égalité de traitement entre salariés afin de ne pas créer des différences de traitement entre salariés syndiqués et non syndiqués qui ne soient ni injustifiées ni disproportionnées.
 - Art L. 2141-5 al. 2 (comme L. 2242-20) évoque la « carrière syndicale » et « l'expérience acquise dans le cadre de l'existence de mandats ». En réalité, il ne s'agit pas de protéger la liberté syndicale de n'importe quel syndiqué, mais uniquement ceux qui exercent un mandat de représentation, véritables destinataires de ces accords. Ces derniers sont en effet plus exposés et risquent davantage d'avoir un retard de carrière en raison du temps passé à exercer leur mandat. Ce n'est donc pas tant une discrimination qu'une différence de traitement que l'on peut justifier par la différence de situation dans laquelle se trouvent les salariés titulaires d'un mandat par rapport aux autres salariés. Les avantages doivent néanmoins rester en rapport avec l'exercice du mandat et ne pas être disproportionnés.

En l'espèce, on ignore quelle est la situation de la salariée (à la différence de l'arrêt de 2011 dans lequel il était précisé la qualité de représentants. En tout état de cause, les faits ne mentionnent aucunement l'existence d'un accord. Pourquoi alors l'avoir évoqué ? Peut-être pour inciter les employeurs et les salariés de mettre en place ce type d'accord.

2. L'incitation des juges à conclure un accord collectif ?

L'exception : réponse au problème des discriminations indirectes où l'effet discriminatoire n'est révélé qu'après un certain temps : retard de carrières comme en l'espèce, mais, à la différence de celle-ci, le motif discriminatoire n'est pas toujours explicite. Les accords sur la prise en compte de l'activité syndicale ont une double fonction :

- **Fonction palliative et réparatrice** : remédier aux discriminations existantes ; si un accord avait été conclu, son application aurait permis de réparer la discrimination dont a été victime Mme X et ainsi éviter le contentieux.
- **Fonction préventive** : éviter les discriminations à venir, en empêchant au salarié de subir des mesures ou des effets discriminatoires.

Transition : Telles seraient les vertus des accords prenant en compte l'activité d'une activité syndicale. Il en est une autre qui est sous-jacente dans la solution de la Cour de cassation : faciliter la preuve de l'absence de discrimination. L'employeur peut justifier la prise en compte de l'exercice d'une activité syndicale à la condition que cela soit prévu par un accord collectif dont le but est de le neutraliser ou de le valoriser. À défaut, il devra démontrer qu'il n'a pas pris en compte l'exercice de l'activité syndicale et que ses décisions étaient ainsi étrangères à toute discrimination.

II – Le droit de la preuve au soutien du principe de non-discrimination

Rappelons le reproche formulé par la Cour de cassation : le fait d'avoir fait peser sur la salariée la charge de la preuve alors que cette dernière avait présenté des éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination. La Cour de cassation sanctionne ainsi la violation des règles particulières qui régissent l'administration de la preuve en matière discriminatoire (A). On peut malgré tout que l'arrêt laisse en suspens la question du risque de la preuve, qu'il appartiendra à la cour d'appel de renvoi de trancher (B).

A) L'administration de la preuve sanctionnée

La solution de la Cour de cassation => Application de l'article L1134-1.

1. Répartition de la charge de la preuve

- Au salarié : le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, directe ou indirecte.
 - En l'espèce, plusieurs éléments sont avancés par la salariée, en particulier des évaluations faisant directement référence à son activité syndicale.
 - Conséquence de l'existence de ces éléments ? Présomption simple de discrimination
- C'est donc à l'employeur de rapporter la preuve de l'absence de discrimination. Constitue une présomption simple, car en principe c'est au demandeur à l'action de rapporter la preuve au soutien de ses demandes (art. 1315 c. civ.), à savoir non seulement l'existence d'une faute et du préjudice. Ici c'est bien au défendeur de prouver, au regard des éléments de faits avancés, qu'il n'a pas commis de faute.

2. Objet de la preuve

- **Concernant les éléments de faits :**
 - la preuve est libre : preuve écrite ou testimoniale. Le problème : accès aux éléments de faits dont seul parfois l'employeur dispose. Pb peut être surmonté lors de la phase de conciliation : le juge prud'homal peut enjoindre à l'employeur de communiquer aux salariés les pièces qu'il demande.
 - En l'espèce, la salariée dispose de plusieurs éléments, notamment des notes d'évaluation évoquant directement son activité syndicale (cf jp antérieure sur ce point). Mais cela est difficile quand le salarié invoque une discrimination indirecte. Souvent la preuve consiste alors dans la comparaison avec les autres salariés (cf. Soc. 24 sept 2006 - même si la comparaison n'est pas obligatoire : Soc. 20 nov. 2009).
 - En tout état de cause, ces éléments ne font que laisser présumer l'existence d'une discrimination. Ils n'ont pas à établir ni la faute de l'employeur (la prise en compte de l'exercice du droit syndical), ni le préjudice subi par le salarié (reproche formulé par la CA et censuré par la Cour de cassation).
- **Concernant la preuve de l'absence de discrimination** : difficile face à une discrimination directe comme en l'espèce : preuve diabolique sauf à invoquer l'existence d'un accord collectif ! Ce qui est certain : refus de la Cour de cassation d'écarter le motif discriminatoire même si l'employeur invoque des raisons objectives liées aux compétences professionnelles du salarié (ce qu'avait admis la CA). Face à une prétendue discrimination indirecte, l'employeur pourra avancer l'existence d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination au soutien de sa décision. Et en présence d'un accord collectif, il pourra se prévaloir des décisions prises en vue de neutraliser ou de valoriser l'exercice d'une activité syndicale.

B) Le risque de la preuve en suspens

1. Le doute à supporter

L'objet des preuves que le salarié doit apporter autant que l'aménagement de la charge de la preuve qui en résulte conduit à faire peser le risque de la preuve sur l'employeur : au regard des éléments de fait, le salarié sera présumé avoir été discriminé, et ce, même si un doute subsiste.

2. Les conséquences à payer

L'arrêt est silencieux sur les conséquences attachées à la caractérisation d'une discrimination. En l'espèce, on ignore même les demandes formulées par la salariée.

- En matière d'évaluation, la conséquence de l'évaluation peut être :
 - positive : une augmentation ou une promotion. Si un salarié a été discriminé, il aura été injustement privé d'une augmentation ou d'une promotion. La sanction consiste à accorder au salarié sa juste qualification professionnelle, celle qu'il aurait dû avoir le salarié s'il n'avait pas été discriminé), ainsi que le rappel de salaire correspondant.
 - Négative : il peut s'agir en particulier d'un licenciement pour insuffisance professionnelle. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce : rien n'indique qu'elle a été licenciée. Néanmoins, il faut rappeler que dans ce cas la sanction est nullité du licenciement dès lors qu'il est démontré que les mauvaises évaluations du salarié invoquées au soutien de son insuffisance professionnelle résultent en réalité d'une discrimination en raison de son activité syndicale.
- En dehors de l'évaluation, la sanction consistera dans l'annulation de toute décision jugée discriminatoire, notamment toute sanction ou toute norme (en dehors des accords collectifs ayant pour objet de valoriser l'activité syndicale).
- Mais aussi : réparation du préjudice subi, voire sanction pénale.