

1° CONTRAT DE TRAVAIL – Evolution de carrière – Droit du salarié (non) – Différence de traitement – Examen.

2° PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL – Discrimination – Rémunération – Part variable – Incidence des heures de délégation – Versement d'un montant moyen de rémunération.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 6 juillet 2010

L. contre Caisse d'épargne Bretagne Pays de Loire (pourvoi n° 09-41.354)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en décembre 1977, Mme L. 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'employée 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 L. 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 L. 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 L. 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 L. n'avait pas été victime d'une discrimination dans l'évolution de sa carrière en raison de ses activités syndicales ;

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 L. 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 L. 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 L. 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 L. 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.

(Mme Collomp, prés. - M. Béraud, rapp. - M. Lalande, av. gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, av.)

Note.

La discrimination syndicale est décidément un thème inépuisable de jurisprudence, qui réserve encore des questionnements, des avancées, mais aussi des écueils. Cet arrêt (PBR) du 6 juillet 2010 n'est malheureusement pas porteur que de bonnes nouvelles.

1. Commençons d'abord par le positif, et donc par la fin de cet arrêt qui s'intéresse à l'impact des mandats sur la rémunération variable des salariés représentants du personnel.

Dans le second moyen, il est question d'une prime allouée en fonction du nombre d'entretiens commerciaux réalisés par les salariés. Un objectif qui pénalise nécessairement le salarié représentant du personnel qui doit consacrer une partie de son temps à l'exercice de ses mandats (réunions et heures de délégation) et consacre donc mécaniquement moins de temps à la prospection commerciale que ses collègues.

C'est donc un critère discriminatoire – apparemment écrit la Cour, intrinsèquement a-t-on envie d'ajouter... Il incombe donc à l'employeur de démontrer qu'il a adapté les objectifs de la salariée représentante du personnel en considération du temps qu'elle peut consacrer à son poste, et donc déduction faite du temps consacré à ses mandats.

La Cour de cassation censure donc la Cour d'appel qui exigeait des justifications auprès de la salariée, lui reprochant de ne pas fournir les déclarations permettant le calcul de la prime : comme l'exige l'équilibre du schéma probatoire propre à la discrimination, c'est avant tout à l'employeur de répondre devant le juge des aménagements qu'il devait apporter au système de prime sur objectifs pour neutraliser ce critère discriminant ; le débat sur la justification par le salarié des éléments servant au calcul de la prime est secondaire au regard de cette question préalable et principale.

Dans le troisième moyen, la prime (celle de l'année suivante) est accordée en fonction des produits financiers vendus. L'employeur indique qu'il a (cette fois) réduit le portefeuille de clients pour tenir compte du temps consacré aux mandats. La Cour d'appel relève pour autant qu'il ne démontre pas que les objectifs ont eux aussi été réduits et condamne cette fois l'employeur qui n'apporte pas les justifications nécessaires permettant de combattre la présomption de discrimination.

La cassation s'impose en revanche car la Cour d'appel ne fait pas droit à la totalité de la demande de la salariée qui réclamait que sa prime soit ajustée sur le montant moyen de celles reçues par ses collègues.

Sans viser le principe de réparation intégrale, qui n'est pourtant pas loin, mais en rappelant déjà que les mandats représentatifs ne peuvent conduire à aucune incidence défavorable sur la rémunération des représentants du personnel, la Chambre sociale casse la décision des juges d'appel par une motivation qui propose toutefois une autre méthode de calcul que celle *a priori* appliquée par la salariée pour présenter sa demande.

La salariée calculait son rappel de prime par comparaison globale entre la moyenne des primes de ses collègues et sa propre prime ; la Cour de cassation suggère un calcul plus affiné et en deux phases, dissociant le temps consacré par le représentant du personnel à ses mandats du temps qu'il peut consacrer à ses activités professionnelles – ce qui implique bien entendu une évaluation précise, année par année, des heures de délégation et des temps de réunion et déplacements en réunion dans le cadre des mandats pour déterminer un pourcentage de temps « productif » et un pourcentage de temps mobilisé par les mandats (variable d'une année sur l'autre) :

– pour la rémunération variable appliquée au temps consacré aux mandats, le représentant du personnel doit recevoir « 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 » : c'est la méthode de la comparaison à la moyenne des salariés placés dans une situation identique ou comparable (méthode retenue

par la salariée discriminée, mais ramenée au seul temps non productif) ; on reprend là, à l'égard de la rémunération variable, la méthode appliquée le plus souvent à l'égard du salaire de base, pour à la fois démontrer le retard accumulé par le salarié discriminé et évaluer son préjudice.

– « pour la part correspondant à son temps de production, une somme calculée sur la base d'objectifs réduits à la mesure de ce temps » : le mécanisme de la rémunération variable en fonction de résultats personnels est ici préservé mais les objectifs doivent être proportionnés au temps que le salarié peut consacrer à son poste de travail et à ses missions (reprise du principe dégagé dans le second moyen).

L'exercice n'est pas si simple sur le terrain : définir la base des objectifs pour un temps plein afin de recalculer des objectifs adaptés au temps laissé libre par les mandats peut s'avérer bien compliqué en présence d'objectifs commerciaux variant d'un secteur à un autre, ou d'un portefeuille client à un autre, selon leurs potentiels. La loyauté s'impose : à défaut, les dés sont pipés...

En outre, un représentant du personnel qui remplit ou même dépasse ses objectifs sur son temps de production peut se sentir lésé d'être lié au résultat moyen de ses collègues pour la rémunération de son temps « non productif ».

Il est alors possible de soutenir que la prime doit être intégralement calculée sur les seuls résultats personnels du salarié ramenés à un équivalent temps plein : pour expliquer plus simplement, s'il faut atteindre 100 en travaillant à temps plein pour obtenir la prime maximale, et que le salarié représentant du personnel n'a que 50 % de son temps affecté à son poste, il acquiert le droit à la prime maximale dès lors qu'il réalise 50...

N'est-ce pas là la manière la plus aboutie de ramener les objectifs à juste proportion au regard du temps de production et de neutraliser totalement tout effet discriminatoire dans le mécanisme de la rémunération variable ? C'est d'ailleurs ce qui se pratique plus simplement pour les salariés à temps partiel... et qui a pu être déjà admis par les juges du fond (1).

2. Cette critique faite, il nous faut aborder un autre sujet et revenir, au début de l'arrêt, à l'examen du rejet du premier moyen. La salariée se retrouve définitivement déboutée de sa demande d'indemnisation sur le terrain de la discrimination syndicale qu'elle invoquait avoir subie dans le déroulement de sa carrière.

La Cour de cassation valide ici une position très souvent plaidée par les entreprises pour se défendre : « l'employeur n'est pas tenu d'assurer une progression de carrière ». Le raisonnement qui suit pour y donner force est particulièrement pernicieux : comme le contrat de travail ne peut être modifié sans l'accord du salarié, l'employeur ne peut se voir reprocher de ne pas avoir proposé d'évolution !

La Cour de cassation invite le juge à se limiter à contrôler que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres, et qu'il a été informé des opportunités de carrière dans les mêmes conditions que les autres. Et si le salarié ne s'est alors pas manifesté, cela conduit à présumer qu'il voulait demeurer dans son emploi ! Et qu'il ne peut plus prétendre après coup se plaindre de son sort...

Très efficace moyen offert à l'employeur pour retourner la charge de la preuve contre le salarié, en dépit des aménagements prévus par le Code du travail pour tenir compte des difficultés spécifiques de la discrimination ! Au salarié de prouver qu'il a demandé des formations ou posé sa candidature pour des postes ! L'employeur, lui, se retranchera derrière la bourse aux emplois et le plan de formation qu'il a mis en place et qui offrent l'apparence de systèmes ouverts à tous...

Quelle méconnaissance atterrante des réalités du monde du travail et des mécaniques de la discrimination ! Les demandes de formation ou les candidatures ne sont pas toujours l'objet d'une formalisation écrite, et lorsqu'elles l'ont été, c'est souvent l'employeur qui est resté en possession du seul écrit.

Le principe de l'égalité de droit dans l'accès aux formations, et donc, *de facto*, le droit à la formation, se trouve certes réaffirmé (2), mais ce nouvel arrêt l'affaiblit au regard des contraintes de la preuve, et ce, alors que l'obligation dont est débiteur l'employeur devrait rendre sans objet l'inertie du salarié, qui peut par ailleurs être sanctionné s'il met une mauvaise volonté à se former.

Par ailleurs, le salarié discriminé est découragé par avance de poser des candidatures dont il sait qu'elles seront ignorées ; nombre d'attitudes et de propos tenus oralement, et donc impossibles à prouver, sont là pour le mettre à l'écart des perspectives de formation ou de carrière.

(1) CA Rouen 4 avr. 2006, Dr. Ouv. 2006, p. 536, n. I. Taraud.

(2) Voir notamment Soc. 23 oct. 2007, Dr. Ouv. oct. 2007 p. 296, n. B. Lardy-Pélissier, principe réaffirmé récemment Soc. 2 mars

2010, Dr. Ouv. 2010 p. 537, n. A.M. ; également Soc. 28 mai 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 526, n. A.M.

En outre, le temps consacré aux mandats ne permet pas de se former comme les autres salariés, ni de surveiller les postes qui se libèrent ou de façonner les contacts et réseaux propices aux évolutions ; les mandats sont, en eux-mêmes, un frein évident à la mobilité...

Enfin, le salarié représentant du personnel consacre une énergie considérable à l'exercice de ses mandats qui le conduit à mettre entre parenthèses ses propres ambitions et sa carrière professionnelle, lui qui doit déjà se former pour ses mandats et lutter pour les exercer.

Ce ne sont que quelques lignes de brève synthèse, non exhaustive, de mécanismes pourtant bien connus, qui ne sont pas des images d'Épinal. Tout le poids de la discrimination est en jeu.

Cet arrêt est détestable de fausse candeur : le salarié n'a pas demandé à évoluer, qu'il ne s'en plaigne pas ! Et cela est assené à une salariée dont la Cour relève pourtant que « *depuis 1980, elle exerce divers mandats électifs et syndicaux pour une partie significative de son temps de travail* » et qui a pâti d'un système de rémunération variable discriminatoire. Mais enfin oui, pourquoi donc n'a-t-elle pas pensé à demander une promotion ? Manifestement c'est qu'elle ne voulait pas changer d'emploi... Quoi d'autre ?!

Mobilisons-nous pour que cet arrêt ne devienne pas une brèche ouverte dans la protection offerte aux discriminés et dans le mécanisme de la charge de la preuve.

Isabelle Taraud, *Avocate au Barreau du Val-de-Marne*