

# De la valorisation de l'expérience à l'appréciation puis l'évaluation des compétences des titulaires de mandats représentatifs : les enjeux d'un glissement sémantique

Par Cécile NICOD, Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon-2  
– CERCRID, UMR 5137

## PLAN

### I. Le contrôle du dispositif conventionnel de valorisation de l'expérience

- A. L'examen des conditions de négociation de l'accord
- B. Le contrôle des outils : référentiel des compétences et supports d'évaluation

### II. Le regard porté sur l'activité de représentation lors de la mise en œuvre du dispositif

- A. L'évaluation par l'employeur, en association avec l'organisation syndicale
- B. Le regard de l'employeur sur la formation des représentants

L'accord BPCE du 28 janvier 2016 fût l'un des premiers à se saisir de la question des conditions dans lesquelles peut être envisagée la valorisation des compétences des salariés investis de mandats représentatifs dans l'entreprise (1). Considéré comme un possible modèle (2), il n'y a rien d'étonnant à ce que la décision de la Cour de cassation se prononçant sur sa validité soit destinée à la plus large publication et qu'elle suscite déjà maintes analyses (3). La question survient dans un contexte particulièrement sensible : le nombre de mandats susceptibles d'être confiés aux salariés de l'entreprise engagés dans des missions de représentation se réduit, conséquence de la substitution des comités sociaux économiques aux anciennes instances élues. Se profile aussi un nécessaire et conséquent renouvellement des titulaires des mandats, en raison de la limitation à trois du nombre de mandats successifs au CSE (4) et de la contrainte tenant à l'exigence d'une représentation équilibrée entre hommes et femmes lors des élections (5). Le contexte est ainsi de nature à donner un éclairage à la fois nouveau et plus vif sur la question des voies possibles de la reconnaissance, au-delà du cercle syndical, des activités de représentation du personnel et des syndicats, de ce qu'elles apportent comme compétences professionnelles. En filigrane enfin, la question des discriminations, son effet repoussoir dans l'engagement syndical et la crainte qu'elle suscite aussi chez ceux qui peuvent en être tenus responsables (6).

Dès lors, la reconnaissance de la valeur de l'engagement et la prise en considération de ce qu'il peut produire renvoient à deux types d'enjeux.

Elles pourront, même si les sensibilités syndicales sont très variables sur le sujet (7), constituer, pour le syndicat et pour le salarié investi dans ces

(1) Dans le prolongement de la loi du 20 août 2008 qui a rendu obligatoire, dans les entreprises de plus de 300 salariés et au titre de la GPEC, la négociation sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions (C. trav., art. L.2242-20, 6°), suivie par la loi *Rebsamen* n°2015-994 du 17 août 2015, qui a prévu, à l'article L.2141-5, la possibilité de mettre en place, par accord collectif, un dispositif de valorisation des parcours professionnels des élus et titulaires de mandats syndicaux. La loi *Rebsamen* a aussi prévu l'organisation d'un entretien de fin de mandat, destiné à recenser les compétences acquises et envisager les modalités de valorisation (C. trav., art. L.2141-5, al. 4) et a mis en place un dispositif de garantie de l'évolution de la rémunération des salariés disposant d'un nombre d'heures de délégation supérieur ou égal à 30 % de la durée du travail applicable dans l'entreprise (C. trav., art. L.2141-5-1).

(2) L'accord est déjà évoqué par Nicole Maggi-Germain, « La reconnaissance des compétences liées au mandat », *Dr. Soc.* 2018, p.32 et analysé par Emmanuelle Chabbert, Frédéric Rey. *La valorisation des acquis de l'expérience syndicale*. [Rapport de recherche] Conservatoire national des arts et métiers – CNAM ; Institut de recherches économiques et sociales (IRES). 2019. hal-02086962, spéc. p.84 et pp.200 et s.

(3) Cass. Soc. 9 octobre 2019, n°18-13.539, FS-PBRI. RDT 2019, p.797, n. L. Jubert ; *Bull. Joly Travail*, n°11/2019, p.33, n. G. Auzero ; *JCP S* 2019, n°1321, n. J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP G* 2019, n°1118, obs. N. Dedessus-Le-Moustier ; *SSL* 2019, n°1881, obs. F. Champeaux ; *Dalloz étudiant*, actualités 21 octobre 2019, obs. F. Guiomard ; *Dalloz actualités* 24 octobre 2019, n. V. Llieva ; *D.* 2019, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *Gaz. Pal.* 2019, n°361, p.35, obs. C. Berlaud. V. également J.-D. Simonpoli, I. Meftah et M. Roussel, « Faut-il craindre que l'employeur devienne juge des compétences professionnelles acquises dans le cadre d'un mandat de représentation ? », *RDT* 2020, controverse, p.10.

(4) C. trav., art. L.2314-33.

(5) C. trav., art. L.2314-30.

(6) V.-A. Chappe, J.-M. Denis, C. Guillaume, S. Pochic, « *La fin des discriminations syndicales ? Luites judiciaires et pratiques négociées* », Éd. du Croquant, 2019.

(7) V. E. Chabbert et F. Rey, *Rapport de recherche précité*, pp.59 et s.

mandats, une forme de retour de l'engagement pour le collectif par l'attention portée à ce qu'il apporte aussi à chacun. Elles seront aussi pour l'employeur, à supposer qu'il échappe à l'écueil de l'interdiction qui lui est faite de prendre en compte l'activité syndicale pour arrêter ses décisions, un possible rempart contre le reproche d'une discrimination.

C'est là qu'intervient l'accord collectif, clé de voûte du dispositif. En effet, selon l'article L. 2141-5 du Code du travail, si l'employeur ne peut seul « *prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions* », un accord collectif « *détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives* » et « *prend en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle* ». Encore faut-il que le dispositif conventionnel ne conduise pas lui-même à une discrimination et qu'il respecte la liberté syndicale. Tels étaient les reproches adressés à

l'encontre d'une partie de l'accord BPCE par la CGT (8), au motif qu'il permet à l'employeur de prendre en compte les résultats d'une évaluation qu'il conduit sur « *la façon dont le représentant du personnel exerce ses mandats pour arrêter ses décisions le concernant en matière de formation, d'avancement ou de rémunération* ». Ces griefs ont été rejetés par la Cour de cassation dans l'arrêt du 9 octobre 2019.

Ce rejet intervient après que la Cour de cassation ait rappelé que l'accord collectif, quand bien même il serait valablement négocié et conclu, ne peut être en soi garant du respect des exigences constitutionnelles de liberté syndicale et de l'interdiction des discriminations. Celles-ci doivent également être garanties dans le processus conventionnel de valorisation, sur lequel le juge est invité à exercer son contrôle (I). Mais c'est aussi la démarche suscitée par l'application de l'accord qui interroge. Sa mise en œuvre conduit, en effet, à porter un regard particulier sur l'activité du représentant, visant à « valoriser », à « apprécier », voire « évaluer » la manière dont il exerce son mandat (II).

## I. Le contrôle du dispositif conventionnel de valorisation de l'expérience

L'accord collectif est l'outil désigné par le Code du travail pour organiser les conditions d'une possible valorisation de l'expérience acquise au titre du mandat. Toute autre action positive de l'employeur serait contraire au premier alinéa de l'article L.2141-5. En effet, les dispositions impératives de l'article L.2141-5 ne concernent que l'obligation de répondre à la demande du représentant d'un entretien de début de mandat et à celle de procéder, lorsque l'entretien professionnel coïncide avec la fin du mandat, au recensement des compétences acquises en vue de leur valorisation (9). À la faveur d'un mouvement constant, conforté par les ordonnances du 22 septembre 2017 (10), le champ du négociable s'étend ainsi à un nouvel objet, directement lié à l'obligation de négocier « *le déroulement*

*de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions* » (11), l'une des thématiques prévues dans le cadre de la négociation sur la gestion des emplois et des parcours professionnels.

L'accord collectif, conclu dans l'entreprise ou le groupe par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives majoritaires, devient alors objet possible de contentieux, révélateur des sensibilités syndicales diverses sur le sujet. Dans la réponse qu'elle apporte aux critiques, la Cour de cassation porte tant son attention sur les conditions de négociation de l'accord (A) que sur l'outillage visant l'appréciation des compétences déployées par les représentants (B).

(8) Cet accord de groupe, dont le champ d'application à sa signature en 2016 comprend 138 structures employeur, a été signé par la CFDT, l'UNSA et la CFE-CGC. Contestant partiellement l'accord, la CGT agit contre la société BPCE et les organisations signataires de l'accord aux fins de voir déclaré illégal l'article 3.1.1 de l'accord mettant en place les entretiens d'appréciation des compétences et d'évaluation professionnelle.

(9) La loi du 17 août 2015 a également prévu une garantie de l'évolution de la rémunération des salariés titulaires de mandats de représentation dans l'entreprise ou le groupe (C. trav., art. L.2141-5).

(10) Le champ du négociable s'est notamment étendu aux attributions du CSE (art. L. 2312-19 et s. ; L. 2312-55 et s.), à l'organisation des négociations obligatoires dans la branche (L. 2241-4 et s.), dans l'entreprise (L. 2242-10 et s.) et même à l'existence de certaines instances représentatives du personnel, les représentants de proximité supposant un accord collectif (art. L. 2313-7).

(11) Négociation obligatoire tous les 3 ans donc, dans les entreprises et groupes d'entreprises de plus de 300 salariés et les groupes d'entreprise de dimension communautaire (C. trav., art. L.1242-20, 6°).

## A. L'examen des conditions de négociation de l'accord

L'accord a été valablement conclu. Alors même que cela n'était pas discuté, les juges rappellent, dans les faits, qu'il a été signé par des organisations syndicales majoritaires représentant 60 % des votes exprimés par les salariés aux dernières élections. L'indication peut paraître strictement factuelle, mais au travers de cette référence chiffrée, qui excède assez largement le seuil requis, transparait le poids tout particulier qui est celui de l'accord collectif, dont on exige désormais qu'il soit toujours majoritaire ou, à défaut, conforté par l'approbation de la majorité des salariés (12). Certes, comme les juges le rappellent, cette légitimité élective ne saurait balayer une possible discrimination d'origine conventionnelle et prendre la mesure exacte de ce qu'elle pèse réellement au moment de l'appréciation du contenu de l'accord est difficile. On pressent toutefois qu'elle n'est pas indifférente.

Semblant également prévenir toute discussion sur les conditions de la négociation, lesquelles n'étaient pourtant pas mises en cause par le pourvoi, la Cour de cassation relève, par motifs adoptés, que la négociation avait permis la prise en compte de plusieurs « suggestions » des organisations syndicales, dans le but d'appuyer le constat d'une réelle et authentique négociation. Mais le terme « suggestions » interpelle, tant il est évocateur d'une négociation consensuelle, très éloignée d'une posture revendicative des agents de la négociation collective. L'objet si particulier des échanges y est sans doute pour beaucoup, mais l'on ne peut s'empêcher de faire un rapprochement avec une représentation de ce qui est souvent aujourd'hui présenté comme le modèle idéal des relations entre ceux qui portent dans l'échange les intérêts des salariés et ceux qui défendent les intérêts patronaux. Le terme « suggestion » s'accommode bien d'une relation de « confiance mutuelle » (13), basée sur le dialogue et la compréhension partagée des attentes dans la négociation (14). Il ne s'agit plus alors de revendiquer face à l'autre, ni même de « proposer » (15), mais simplement de « suggérer », terme qui renvoie

davantage à l'idée de consultation, ou encore de concertation, qu'à celle de négociation (16).

## B. Le contrôle des outils : référentiel des compétences et supports d'évaluation

Apprécier les compétences suppose, en premier lieu, de les identifier pour, ensuite, les confronter à la pratique des représentants. L'accord BPCE détaille le processus tout en renvoyant à des supports que l'employeur élaborera par la suite.

L'identification des compétences passe par l'élaboration d'un référentiel qui détaille, au regard du contenu des missions liées aux différents mandats, un ensemble de compétences. Dans l'accord, ce référentiel est « élaboré par l'employeur, après négociation avec les organisations syndicales dans l'entreprise », formule sibylline dont on se demande si elle signifie que celui-ci a été négocié. *A priori* non, puisque la négociation en a été le préalable et que l'accord renvoie la construction du référentiel à un temps ultérieur. Le référentiel, ainsi que les supports d'appréciation, ont été préparés unilatéralement par la direction. Tel était l'un des reproches formulés par les requérants. Sans s'attarder sur cet élément, il leur est répondu, d'une part, que le juge doit exercer un contrôle sur le contenu du référentiel, afin de vérifier son caractère « objectif et pertinent », et, d'autre part, que les dispositions prohibant les discriminations syndicales s'appliquent, y compris au moment de l'appréciation effective des compétences.

Mêlant références au principe d'égalité de traitement et à l'interdiction des discriminations, la nature du contrôle judiciaire n'est pas des plus limpides (17). On est également surpris que le contrôle exercé sur le contenu de l'accord élude la question de l'élaboration des supports d'évaluation. Comme l'avait relevé l'avocat général, l'accord prévoit que les supports sont, préalablement à leur mise en œuvre, « partagés avec les organisations syndicales signataires de l'accord ». Pas de négociation, ni de définition commune donc, et cette absence de coproduction était l'une des raisons de l'avis favorable à la cassation rendu par l'avocat général. On relèvera

(12) Même si on soulignera encore que cette majorité n'en n'est pas nécessairement une, puisqu'elle ne s'apprécie que sur les suffrages exprimés en faveur d'une organisation syndicale représentative et non sur l'ensemble des suffrages valablement exprimés (C. trav., art. L. 2232-1).

(13) Voir l'art. L. 2222-3-1 issu de la loi du 8 août 2016, permettant la négociation d'accords de méthode sur la négociation.

(14) Au besoin par le recours à des formations dispensées en commun aux uns et aux autres, telles que créées par la loi du 8 août 2016 (C. trav., art. L. 2212-1).

(15) Les propositions et contre-propositions signaient en 1996 l'existence d'une négociation régulière. Cass. Soc. 9 juillet 1996, n°95-13.010, Bull. civ. V n°269, p.189 : « après avoir

relevé que la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues, la cour d'appel a exactement décidé que la négociation avait été régulièrement menée ».

(16) La négociation de cet accord a bénéficié de l'appui de l'association Dialogues, présidée par J.-D. Simonpoli. V. notamment avec G. Gateau, « Accompagner la dynamique du Dialogue Social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques », Rapport à la ministre du Travail, février 2018 ; v. aussi RDT 2020, controverse, p. 10.

(17) V. à ce sujet les développements de Lucie Jobert, RDT 2019, p. 797, préc.

aussi que le partage ne s'opère qu'avec les syndicats signataires. Certes, il est habituel que la non-signature d'un accord prive une organisation syndicale de l'association aux dispositifs de suivi dudit accord, mais, ici, l'objet de l'accord rend l'exclusion problématique. En effet, l'accord sera par la suite mis en œuvre non pas à l'égard des salariés de l'entreprise, représentés par chacune des organisations syndicales implantées dans l'entreprise, mais à l'égard de l'ensemble des représentants, élus ou désignés, indépendamment de leur adhésion syndicale, peu important que la participation de ceux-ci ne soit pas obligatoire. L'exclusion de certaines organisations du partage préalable des voies par lesquelles l'appréciation pourra être portée sur l'activité de ceux à qui elle a donné mandat ou qu'elle a présentés lors des élections interroge. En ce qu'il aménage les conditions de valorisation de l'activité de ceux qui s'y consacrent, le dispositif devient l'une des voies par lesquelles se déploie le droit des salariés à la participation. Loin d'un simple suivi de la mise en œuvre et des effets de l'accord, dont on comprendrait qu'il soit réservé aux seuls signataires, l'objet si singulier de ces dispositifs conventionnels se combine mal avec la mise à l'écart de certaines organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (18).

Enfin, le principe même de l'élaboration dans l'entreprise, par l'employeur, de fiches type pour chaque mandat résulte d'un choix discutable. Outre le fait que ce type de référentiel existe déjà au travers des certifications mises en place par l'AFPA et référencées au RNCP (19), le risque est grand d'une forme de standardisation des mandats (20). Le Code du travail repose sur la détermination d'attributions, l'octroi de pouvoirs et de droits, il prévoit des moyens pour en appuyer la mise en œuvre, pose des bornes à l'action collective (21), mais laisse ouvert le choix des voies par lesquelles elle se réalise, et, par-là, le champ libre à différentes manières de faire, propres à chacun et aussi propres à chaque organisation syndicale. L'accord BPCE laisse, au contraire, la place à l'expression par l'employeur de sa vision de l'exercice du mandat, lorsqu'il prévoit que l'entretien de prise de mandat (22) est « *l'opportunité d'évoquer le rôle du salarié représentant du personnel au sein de l'entreprise, auprès de sa hiérarchie, de ses collègues et de la direction des ressources humaines* » (23).

Plus largement, le dispositif interroge sur la nature du regard porté sur l'activité associée à un mandat de représentation dans l'entreprise.

## II. Le regard porté sur l'activité de représentation lors de la mise en œuvre du dispositif

La valorisation de l'expérience repose sur l'appréciation concrète des compétences, ce qui conduit à ce qu'un regard particulier soit porté sur l'exercice même du mandat par le représentant en vue de confronter les pratiques, et même sa pratique propre, au référentiel prédéterminé. À qui revient cette tâche ? Par quel processus se réalise-t-elle et à quelles fins ? L'arrêt du 9 octobre 2019 indique qu'un accord peut permettre « *l'appréciation par l'employeur, en association avec l'organisation syndicale, des compétences mises en œuvre dans l'exercice du mandat* », mais sans préciser, toutefois, les modalités de cette association, qui ne saurait bien évidemment

résulter de la seule signature de l'accord (A). L'accord BPCE ouvre enfin sur la question de la formation des représentants, soumise elle aussi au regard de l'employeur (B).

### A. L'évaluation par l'employeur, en association avec l'organisation syndicale

Dans l'accord BPCE, cette tâche d'appréciation des compétences revient à l'employeur. La tonalité est d'ailleurs donnée dès le préambule : « *l'exercice d'un mandat de représentant du personnel... s'inscrit dans le cadre du fonctionnement de l'entreprise et doit, à ce*

(18) On pourrait même soutenir qu'il devrait également associer celles qui n'ont pas établi leur représentativité, la loi ménageant la possibilité de désigner un représentant de la section syndicale, titulaire donc d'un mandat conférant des pouvoirs et attributions (C. trav., art. L. 2142-1-1), l'accord visant l'ensemble des mandats élus ou désignatifs.

(19) Sous l'impulsion de la loi du 17 août 2015, art. L. 6112-4 du Code du travail ; v. l'arrêt du 18 juin 2018 portant création de la certification relative aux compétences acquises dans l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical, JORF n° 0145 du 26 juin 2018. Dispositifs de valorisation qui mettent en jeu des questions de valeurs, Ines Meftah, « La carrière des salariés titulaires de mandats », RDT 2019, p. 234.

(20) L'enjeu étant alors de parvenir à valoriser, sans pour autant canaliser, les différentes formes d'engagement : N. Maggi-Germain, « La reconnaissance des compétences liées au mandat », Dr. Soc. 2018, p. 32.

(21) L'action étant notamment bornée non seulement par l'objet du mandat, mais aussi par la nécessité de respecter la loi de 1881 sur la liberté de la presse.

(22) Prévu par l'art. L. 2141-5, al. 3 du Code du travail et destiné, selon ce texte, à évoquer avec le représentant « *les modalités pratiques d'exercice de son mandat au sein de l'entreprise au regard de son emploi* ».

(23) Art. 2.2 de l'accord.

titre, être assimilé à une activité professionnelle ». Qui pourrait, dès lors, être mieux placé que l'employeur pour apprécier ces compétences professionnelles ? Pourtant, les salariés investis de mandats ont un métier, et ce métier ne se confond pas avec l'exercice du mandat, celui-ci s'inscrivant dans un engagement au sein et pour le collectif (24).

S'agissant de la mise en œuvre concrète, l'accord distingue selon le temps consacré à l'exercice du mandat : en deçà de 30 % du temps de travail, le représentant sollicite l'entretien auprès de la DRH ; entre 30 et 60 % du temps, la DRH est à l'initiative et conduit l'entretien, l'organisation syndicale ayant pu apporter préalablement son regard ; au-delà de 60 %, la DRH organise l'entretien, le conduit, mais sous le « regard croisé » du représentant du personnel et de l'organisation syndicale.

Au final, même si l'entretien n'est jamais obligatoire, il se déroule toujours avec la direction des ressources humaines, souvent à son initiative, et la participation de l'organisation syndicale est loin d'être acquise. Inexistante pour les mandats mobilisant moins de 30 % du temps, elle se renforce ensuite, mais sans qu'elle soit associée à l'entretien, exception faite des mandats de plus de 60 %. Y compris dans ce dernier cas, il est toutefois précisé que la conduite de l'entretien revient à la direction des ressources humaines. Les conditions de « l'association de l'organisation syndicale » évoquée dans l'arrêt du 9 octobre 2019 donnent à voir qu'en définitive, l'appréciation des compétences est réalisée par l'employeur seul. Le syndicat ne peut qu'adresser des observations préalables ou être présent à l'entretien dans certaines hypothèses seulement.

Enfin, on est frappé, à la lecture de l'accord, par l'importance des précautions sémantiques prises. L'accord distingue, mais tout en les mêlant, « appréciation des compétences » et « évaluation professionnelle », les deux relevant des « dispositifs d'entretiens des représentants du personnel », distincts des dispositifs d'entretiens professionnels communs à l'ensemble des salariés. Deux entretiens sont alors prévus. Un entretien avec la direction des ressources humaines sur le mandat, moment de « l'appréciation des compétences », et un autre, avec le manager de proximité, sur le métier, moment « d'évaluation professionnelle ». Deux temps, deux objets distincts : dans la sémantique de l'accord, une ligne se dessine. N'est pas envisagée une « évaluation » des compétences

liées à l'exercice du mandat, mais une simple « appréciation » dans une perspective de valorisation. Si les termes restent bien tenus par ceux qui ont accompagné la négociation de l'accord (25), on constate que, dans les documents supports établis pour sa mise en œuvre, un glissement s'opère vers « l'évaluation » de l'exercice du mandat. En application de l'accord, l'employeur a établi ce qu'il a lui-même dénommé « supports d'évaluation » pour l'appréciation des compétences, sur lesquels doivent figurer les noms de « l'évaluateur » et de « l'évalué ».

La valorisation de l'expérience envisagée dans l'accord requiert alors l'évaluation des conditions dans lesquelles le mandat est mis en œuvre au quotidien, lors des réunions des instances, lors des échanges avec les salariés, dans l'expression de positionnements syndicaux, voire « pluri-syndicaux ». Peut aussi être évaluée la capacité à être porte-parole de positions concertées entre organisations syndicales. Dans l'arrêt rendu par la cour d'appel (26), il est fait état d'un référentiel (allégé à la demande des organisations syndicales), dans lequel figure, entre autres critères, la capacité à « faire preuve d'écoute active du salarié ». Faut-il entendre ici que le regard de l'employeur peut aller jusqu'à se porter sur la manière dont le représentant échange avec les salariés ? Ou alors s'agit-il, « regard croisé » oblige, de celui de l'organisation syndicale ? Dans un cas comme dans l'autre, la difficulté est évidente et l'ensemble dessine un modèle qui place le représentant en situation de voir régulièrement sa manière de faire, sa manière d'être « appréciée », voire « évaluée », qui plus est au plan individuel, alors qu'elle s'inscrit dans une action par essence collective. Décidément, le regard porté par l'employeur, dans ces conditions, sur la manière dont prend corps, dans l'entreprise, l'exercice de la liberté syndicale et du droit des travailleurs à la participation à la détermination collective des conditions de travail, est troublant. Les éléments retenus par la Cour de cassation pour exclure toute atteinte (comme l'association du syndicat à la détermination des critères dont l'objectivité et la pertinence sont vérifiables) ne convainquent pas lorsqu'ils sont confrontés au résultat produit par la mise en œuvre de l'accord en question. On voit mal comment la liberté syndicale peut s'accommoder du « regard évaluant » de l'employeur sur des critères qu'il a lui-même fixés, ce regard fût-il possiblement « croisé ». Difficile de ne pas y voir une forme d'ingérence dans les affaires du syndicat.

(24) Engagement au service de l'intérêt collectif, qui se combine désormais avec le déroulement individuel de carrière. Sur la tension générée par la combinaison de ces différents intérêts, v. N. Maggi-Germain, Dr. Soc. 2018, p. 32, préc.

(25) Jean-Dominique Simonpoli, Président de l'association Dialogue ayant accompagné la négociation de l'accord, n'évoque que l'appréciation pour la valorisation, jamais l'évaluation, RDT 2020, p. 10, préc.

(26) CA Paris, 11 janvier 2018, n° 16/22.712.

Enfin, et même si la question n'est pas discutée dans cet arrêt, l'accord surprend par l'ouverture qu'il opère sur les conditions de formation des représentants.

## B. Le regard de l'employeur sur la formation des représentants

La formation est envisagée dans l'accord dans une perspective d'accompagnement des représentants dans l'exercice de leur mandat. L'accord énumère une série de thématiques constituant le socle de base nécessaire à l'exercice d'un mandat. De son côté, la direction des ressources humaines s'engage à communiquer des contenus pédagogiques pouvant contribuer à l'acquisition de ces connaissances. Mais l'accord porte aussi engagement des organisations syndicales et des représentants « à communiquer à la direction des ressources humaines le programme des formations syndicales suivies par le représentant pour permettre d'identifier les connaissances complémentaires acquises par le représentant du personnel au titre de l'exercice de son mandat ». Le regard de l'employeur se porte alors sur l'objet même des formations suivies par le représentant, alors que celui-ci est uniquement tenu par le Code du travail de justifier de son absence au titre du congé qu'il mobilise (27).

On pourrait pourtant considérer que l'objet de la formation relève exclusivement de la liberté syndicale, qui suppose celle, pour un syndicat, de définir les moyens et voies de l'accompagnement de ses militants, sans qu'il soit possible d'exiger du représentant, même conventionnellement, un retour d'information vers l'employeur sur ce qui a été déployé

au titre de sa formation. La formation de ses militants ne devrait-elle pas figurer parmi les objets relevant de la seule appréciation du syndicat ? On pourra objecter que le dispositif s'inscrit ici dans une perspective d'identification de thématiques pertinentes en vue de renforcer la compétence du représentant dans son activité et de permettre une meilleure valorisation de son expérience. On pourra ajouter aussi qu'il importe que le représentant puisse faire état des actions qu'il a pu suivre et faire valoir ce qu'elles ont pu apporter. Mais qu'il en soit fait un objet possible de dialogue avec l'employeur met en lumière les tensions fortes à l'œuvre ici. Ces tensions rejaillissent sur le rapport du représentant à sa pratique, telle qu'elle pourra être appréciée tant par l'employeur que par son syndicat, dans une posture peu habituelle (28). Elles résultent aussi de l'ouverture faite à l'expression d'attentes particulières de l'employeur sur le sujet, qui pourront prendre la forme ouverte de suggestions ou invitations à se former sur telle ou telle question. Et enfin, comme le processus sera réitéré tout au long du mandat, il s'agit de suggestions ou invitations à l'aune desquelles la prochaine appréciation des compétences du représentant pourra se réaliser.

Il est tôt aujourd'hui pour prendre la mesure des effets induits par un dispositif de ce type, qu'il s'agisse de la lutte contre les discriminations ou de ce qu'il peut induire sur la manière dont les représentants investissent leur mandat. Pour autant, les écueils sont tels qu'il ne fait guère de doute que la plus grande prudence doit être de mise en la matière.

Cécile Nicod

(27) Qu'il s'agisse de la formation économique, sociale et syndicale (C. trav., art. L.2145-1), de la formation économique des nouveaux élus titulaires au CSE (C. trav., art. L.2315-63) ou de la formation en santé, sécurité et conditions de travail (C. trav., art. L.2315-18).

(28) S'il consent à participer à cette évaluation appréciative des compétences, ce qui ne va pas de soi tant elle s'inscrit mal dans la pratique des organisations syndicales. Il ressort de l'étude menée par Emmanuelle Chabbert et Frédéric Rey que tel n'est bien souvent pas le cas, rapport préc.

### Annexe :

## REPRÉSENTATION DU PERSONNEL Mandats représentatifs ou syndicaux – Prise en compte dans l'évolution professionnelle de l'expérience acquise – Accord prévu à l'art. L. 2141-5 – 1/ Modalités et portée de l'accord – 2/ Atteinte au principe de la liberté syndicale (non).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 9 octobre 2019

FSPBA-CGT et autres contre société BPCE et autres (p. n° 18-13.529 FSPBRI)

1. Donne acte à la Confédération générale du travail de son intervention.

Faits et procédure

2. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 11 janvier 2018), un accord « sur le parcours professionnel des représentants du personnel au sein du groupe BPCE » a été conclu le 28 janvier 2016 entre la société BPCE

et les organisations syndicales CFDT, UNSA et CFE-CGC représentant 60 % des salariés.

3. Parmi les mesures prévues pour l'accompagnement lors de l'exercice d'un mandat figure un entretien d'appréciation des compétences et d'évaluation professionnelle.

4. La fédération CGT des syndicats du personnel

de la banque et de l'assurance (FSPBA-CGT) et le syndicat CGT des personnels de Natixis et ses filiales ont fait assigner la société BPCE et les organisations syndicales signataires ainsi que le syndicat FO devant le tribunal de grande instance afin que l'article 3.1.1 de l'accord mettant en place cet entretien soit déclaré illégal.

Examen du moyen

Énoncé du moyen

5. Le syndicat FSPBA-CGT et le syndicat CGT des personnels de Natixis et ses filiales font grief à l'arrêt de les débouter de leurs demandes d'annulation et d'inopposabilité de l'article 3.1.1 de l'accord du 28 janvier 2016 ainsi que de tous actes d'application, de rappeler, en tant que de besoin, que l'accord collectif susmentionné du 28 janvier 2016 était applicable dans son intégralité et de les débouter de l'ensemble de leurs autres demandes formées à l'encontre de la société BPCE, alors :

1°/ qu' « il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de formation professionnelle, d'avancement ou de rémunération ; qu'en conséquence, 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 ; qu'en l'espèce, l'accord sur le parcours professionnel des représentants du personnel au sein du groupe BPCE prévoit la tenue d'un entretien d'appréciation des compétences et d'évaluation professionnelle ayant pour objet de procéder à une évaluation des compétences mobilisées au titre de l'exercice de leurs mandats par les représentants du personnel ; que, selon les constatations de la cour d'appel, cette évaluation, dont les résultats sont intégrés dans le cadre de la gestion de carrière et du parcours professionnel des représentants du personnels, peut conduire l'employeur à définir, avec le salarié concerné, des axes de progrès avec élaboration éventuelle d'un plan de progrès pouvant comporter des actions de formation ou d'accompagnement ; qu'il s'en déduit qu'en application des stipulations conventionnelles en cause, l'employeur peut être amené à prendre en considération l'évaluation qu'il fait de la façon dont le représentant du personnel concerné exerce ses mandats pour arrêter ses décisions le concernant en matière de formation, d'avancement ou de rémunération ; qu'en considérant néanmoins que le dispositif résultant de l'accord entre BPCE et les organisations syndicales était conforme aux dispositions légales dès lors que l'appréciation des compétences mobilisées dans le cadre du mandat du représentant du personnel reposait sur des éléments précis et objectifs faisant l'objet d'une méthodologie excluant toute discrimination, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L.2141-5 et L.2141-8 du code du travail » ;

2°/ que « les dispositions de l'article L.2141-5 en vertu desquelles il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de formation professionnelle, d'avancement ou de rémunération, sont d'ordre public ; qu'en conséquence, il ne peut y être dérogé par voie d'accord collectif, sauf accord visant à assurer la neutralité ou la valorisation de ces activités, ni avec l'accord du salarié ; qu'en l'espèce, pour considérer que le dispositif résultant de l'accord entre BPCE et les organisations syndicales était conforme aux dispositions légales, la cour d'appel a notamment relevé, d'une part, que ce dispositif était l'aboutissement d'un long processus de négociation et que son adoption avait été approuvée par des syndicats représentant plus de 60 % des salariés du groupe BPCE et, d'autre part, qu'il présentait un caractère facultatif, le salarié ayant le libre choix de participer à l'entretien d'appréciation des compétences et d'évaluation professionnelle prévu par les stipulations conventionnelles litigieuses ; qu'en statuant par ces motifs inopérants quand il ressortait de ses constatations que le dispositif ainsi mis en place conduisait l'employeur à prendre en considération l'évaluation qu'il fait de la façon dont le représentant du personnel concerné exerce ses mandats pour arrêter ses décisions en matière de formation, d'avancement ou de rémunération de ce salarié, la cour d'appel a violé les dispositions des articles L.2141-5 et L.2141-8 du code du travail » ;

3°/ que « le principe de liberté syndicale implique l'indépendance des syndicats dans l'exercice de leurs activités et leur protection contre tout acte d'ingérence de l'employeur dans leur fonctionnement et leur administration ; qu'en l'espèce, il ressort des constatations de la cour d'appel que l'évaluation des compétences mobilisées au titre de l'exercice des mandats prévue par les stipulations conventionnelles litigieuses est réalisée par le directeur des ressources humaines, sur la base de supports d'évaluation et d'appréciation élaborés par la direction, ce dernier appréciant notamment, au vu de l'évaluation ainsi réalisée, si une formation ou un accompagnement du représentant du personnel évalué est nécessaire ; qu'il s'en déduit que le dispositif d'appréciation des compétences mis en place en application de ces dispositions conduit l'employeur à évaluer la qualité de l'activité syndicale des représentants du personnel et leurs besoins en formation dans ce cadre ; qu'en retenant néanmoins que ce dispositif excluait toute atteinte à la liberté syndicale dès lors que l'évaluation était menée « sous le regard croisé » de l'organisation syndicale à laquelle appartient le salarié évalué, que le processus mis en place exclut toute appréciation discrétionnaire de la part de l'employeur et qu'il a été « validé », à l'issue d'une phase d'expérimentation par les organisations syndicales ayant signé l'accord, la cour d'appel a

violé les dispositions de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble celles de l'article 3 de la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et de l'article 2 de la convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective. »

Réponse de la Cour

6. En application des termes de l'article L.2141-5 du code du travail, il est interdit 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.

Un accord détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie personnelle, la vie professionnelle et les fonctions syndicales et électives, en veillant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes. Cet accord prend en compte l'expérience acquise, dans le cadre de l'exercice de mandats, par les représentants du personnel désignés ou élus dans leur évolution professionnelle.

Au début de son mandat, le représentant du personnel titulaire, le délégué syndical ou le titulaire d'un mandat syndical bénéficie, à sa demande, d'un entretien individuel avec son employeur portant sur les modalités pratiques d'exercice de son mandat au sein de l'entreprise au regard de son emploi. Il peut se faire accompagner par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. Cet entretien ne se substitue pas à l'entretien professionnel mentionné à l'article L.6315-1.

Lorsque l'entretien professionnel est réalisé au terme d'un mandat de représentant du personnel titulaire ou d'un mandat syndical et que le titulaire du mandat dispose d'heures de délégation sur l'année représentant au moins 30 % de la durée de travail fixée dans son contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement, l'entretien permet de procéder au recensement des compétences acquises au cours du mandat et de préciser les modalités de valorisation de l'expérience acquise.

7. Il résulte de ces dispositions que, pour la prise en compte dans son évolution professionnelle de l'expérience acquise par le salarié dans l'exercice de ses mandats représentatifs ou syndicaux, un accord collectif peut prévoir un dispositif, facultatif pour l'intéressé, permettant une appréciation par l'employeur, en association avec l'organisation syndicale, des compétences mises en œuvre dans l'exercice du mandat, susceptible de donner lieu à

une offre de formation et dont l'analyse est destinée à être intégrée dans l'évolution de carrière du salarié.

8. Par ailleurs, l'accord collectif qui prévoit, dans le cadre des dispositions visant à faciliter l'exercice de mandats syndicaux ou représentatifs par la valorisation des compétences mises en œuvre par les salariés dans l'exercice de ces mandats, l'élaboration par l'employeur, après négociation avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, d'un référentiel dont l'objet est d'identifier ces compétences ainsi que leur degré d'acquisition dans le but de les intégrer au parcours professionnel du salarié et dont le juge a vérifié le caractère objectif et pertinent, ne porte pas atteinte au principe de la liberté syndicale, l'employeur étant tenu en tout état de cause dans la mise en œuvre de l'accord au respect des prescriptions des articles L.1132-1 et L.2141-5, alinéa 1, du code du travail.

9. La cour d'appel qui, constatant par motifs propres qu'après constitution d'un groupe de travail, la négociation, qui comprenait une phase d'expérimentation, sur la mise en place pour les représentants du personnel d'un entretien d'appréciation des compétences et d'évaluation professionnelle avait permis la prise en compte de plusieurs suggestions des organisations syndicales, que l'appréciation des compétences était menée selon un processus en plusieurs étapes sous le regard croisé de l'organisation syndicale du salarié et d'un représentant de l'employeur devant avoir participé aux instances dans lesquelles le salarié exerce son mandat, que les critères d'appréciation étaient objectifs et vérifiables et, par motifs adoptés, le caractère transversal entre les métiers et le mandat des compétences contenues dans le référentiel, a retenu que l'appréciation des compétences mises en œuvre dans le cadre du mandat du représentant du personnel reposait sur des éléments précis et objectifs qui font l'objet d'une méthodologie excluant toute discrimination ou atteinte à la liberté syndicale, a fait une exacte application des textes et principe précités.

10. Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

(M. Cathala, prés. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, av.)