

→ DISCRIMINATION SYNDICALE

263-2 Entretiens d'évaluation : mieux vaut éviter toute mention de l'activité syndicale

Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, pourvoi n° 08-40.988, arrêt n° 1578 FS-P+B

Combinée avec l'absence de promotion individuelle, la référence, dans les fiches d'évaluation, aux activités syndicales et à leur répercussion sur l'exécution du travail, caractérise une discrimination prohibée.

LES FAITS

Travaillant dans une banque, un agent administratif a été élu conseiller prud'homal en 1987 puis a été réélu à chacune des élections suivantes. Il a, par ailleurs, été élu délégué du personnel et membre du conseil de discipline. N'ayant jamais bénéficié de la moindre promotion individuelle à partir du moment où il a été élu au conseil de prud'hommes, il intente une action pour demander réparation de la discrimination dont il estime avoir fait l'objet.

LES DEMANDES ET ARGUMENTATIONS

La Cour d'appel de Pau le déboute de sa demande. Pour elle, la discrimination n'est pas flagrante. Elle relève d'abord que le salarié n'a jamais manifesté son souhait d'avoir une promotion. Elle estime ensuite que la mention, dans les fiches résumant les entretiens d'évaluation des activités syndicales et prud'homales et des absences qu'elles engendrent, ne suffit pas à laisser présumer une discrimination syndicale.

LA DÉCISION, SON ANALYSE ET SA PORTÉE

L'arrêt de la cour d'appel est cassé : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié n'avait bénéficié d'aucune promotion individuelle depuis 1987 et que ses fiches d'évaluation au titre des années 1990, 1996, 1998, 1999 et 2000, au vu desquelles la direction arrêtaient ses choix de promotions, faisaient référence à ses activités prud'homales et syndicales et aux perturbations qu'elles entraînaient dans la gestion de son emploi du temps, ce dont il se déduisait que ces éléments laissaient supposer l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé.* »

→ Même un simple constat est discriminant

Si l'on regarde les faits de plus près, on constate que les supérieurs hiérarchiques du salarié n'avaient pas commis l'erreur grossière de lui reprocher ses activités syndicales et prud'homales. Ils se heurtaient comme toutes les personnes encadrant ceux qu'on appelle « *les grands élus* », à la difficulté d'évaluer le travail de quelqu'un qu'on ne peut pas comparer à ses collègues car il est beaucoup moins présent.

Les mentions incriminées étaient par exemple :

– « *compte tenu des heures de délégation prud'hommes, X n'occupant le poste qu'à 50 ou 70 %, n'a pas pris en charge toutes les activités du poste* » ;

– « *RAS si ce n'est nécessaire disponibilité pour exécution mandat prud'homal* ».

On se retrouve à peu de choses près dans la même situation que celle d'une affaire jugée il y a trois ans (Cass. soc., 17 oct. 2006, no 05-40.393, JSL 11 déc. 2006, n° 201-2) où l'appréciation suivante : « *M. L. n'est pas motivé pour la vente, de par ses nombreuses activités syndicales. Sa présence irrégulière ne permet pas un management correct et une implication satisfaisante de sa part* », avait été jugée discriminatoire.

Reformulant l'article L. 412-2 devenu l'article L. 2141-1 du Code du travail, la Cour de cassation avait déclaré qu'il revient à interdire de prendre en considération les activités syndicales « *dans l'évaluation d'un salarié* ».

Contrairement à ce qui se passait dans la présente affaire, l'employeur, dans l'arrêt d'octobre 2006, avait été condamné alors même qu'aucune stagnation de carrière ou de salaire n'avait été constatée.

En 2009, c'est la deuxième fois que la Cour de cassation relève la corrélation entre une stagnation de carrière et

Décodez les lettres accolées aux numéros d'arrêt de la Cour de cassation

F = Formation
FS = Formation de section
FP = Formation plénière

P = Publication dans le Bulletin civil de la Cour de cassation

B = Flash dans le Bulletin d'information de la Cour de cassation

R = Mention dans le rapport de la Cour de cassation

I = Figure sur le site internet de la Cour de cassation

les mentions contenues dans les comptes-rendus d'évaluation.

Dans une affaire où il était constaté que le coefficient d'un ouvrier n'avait pas évolué depuis sa désignation comme délégué syndical, douze ans plus tôt, qu'il était le seul de sa catégorie à être dans cette situation, et qu'il résultait de ses fiches d'évaluation qu'il avait été pénalisé en fonction de ses absences liées à son activité syndicale jugée « *trop constante et incisive* », elle a considéré que le salarié avait présenté des éléments laissant supposer une discrimination syndicale (Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 06-45.369, n° 913 FS-P+B). Mais dans ce dernier cas, on pouvait noter une appréciation négative dans l'expression employée.

→ L'évaluation des grands élus : la quadrature du cercle

La Cour de cassation enfonce donc le clou : il ne faut pas faire état des mandats représentatifs durant les entretiens d'évaluation. Cette consigne négative est limpide, on sait ce qu'il ne faut pas faire. Ce qui moins clair, c'est de savoir comment évaluer les représentants du

personnel quand ce sont de « *grands élus* ». rappelons qu'on appelle ainsi les salariés qui disposent d'un crédit d'heures de délégation représentant plus de 50 % de leur temps de travail.

Exonérer les grands élus de la procédure d'évaluation en vigueur dans l'entreprise ? Il n'en est pas question, ce serait discriminatoire. Mettre en place un système d'avancement propre aux représentants du personnel, ça l'est aussi (Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 02-47.433). Passer par la négociation collective ? Cela n'a jamais permis de contourner la loi sur l'égalité de traitement et la non-discrimination, on vient de le voir récemment (Cass. soc., 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, JSL 260-2).

Dans l'attente d'une législation qui donnerait une solution comme on en a trouvé une pour éviter la discrimination en raison de la grossesse, on ne peut donner aux entreprises qu'un conseil : faire passer aux représentants du personnel l'entretien individuel d'évaluation, même s'il est sans objet, ne faire aucune allusion écrite au mandat et donner régulièrement aux intéressés une promotion et/ou une augmentation. ◀

Marie Hautefort

Texte de l'arrêt (extraits)

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

Statuant sur le pourvoi formé par M. François-Xavier Lacaze,

contre l'arrêt rendu le 21 janvier 2008 par la cour d'appel de Pau (chambre sociale), dans le litige l'opposant à la caisse régionale de crédit agricole mutuel Pyrénées Gascogne, défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

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

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Lacaze de ses demandes tendant au paiement de la somme de 150 000 euros en réparation d'une discrimination syndicale (...)

ET AUX MOTIFS ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS QU'il appartient au salarié d'alléguer et de prouver des faits, qui au moins en apparence peuvent laisser croire à une discrimination ; que l'employeur doit démontrer que le traitement n'est pas discriminatoire, en rapportant la preuve que des motifs, autre que l'appartenance syndicale pour l'espèce, justifient la différence litigieuse ; qu'en l'espèce, M. Lacaze François-Xavier produit un historique de carrière permettant de constater une évolution de celle-ci par l'augmentation de ses points d'ancienneté à partir de la mise en place de la nouvelle ventilation des points sur la rémunération des agents selon l'accord de transposition du 4 novembre 1987 ; que par la

suite, M. Lacaze a bénéficié d'une augmentation régulière de son total de points d'évaluation, ayant pour incidence une augmentation régulière de sa rémunération ; qu'il a obtenu un premier mandat électif en décembre 1987, en qualité de conseiller prud'hommes au Conseil de Prud'hommes d'Auch, puis un second en qualité de délégué du personnel suppléant et siégeant au Conseil de Discipline de l'entreprise le 20 mai 1988 ; qu'à cette même époque, il faisait l'objet d'une nouvelle classification d'emploi liée à l'application de l'accord de transposition déjà cité passant d'employé de bureau à agent administratif des techniques bancaires, coefficient 255 catégorie C 1^{re} classe par décision de l'employeur du 30 juin 1988 ; que le seul élément de comparaison produit par le demandeur s'agissant d'un collègue est inexploitable, faute de précisions sur la date d'embauche de ce salarié référent et son niveau d'étude ; que de plus, la comparaison des tableaux de ventilation de chacun permet d'établir que le coefficient de base entre les deux salariés n'est pas identique, M. Lacaze ayant un coefficient de 320 points inférieur à celui du salarié référent, de 325 points et exerçant dans un autre service ; que M. Lacaze François-Xavier ne produit aucun autre élément de comparaison permettant d'établir une différence de traitement entre ses collègues et lui, concernant l'évolution de sa carrière ; que seul un graphique de comparaison est déposé, sans qu'aucune pièce ne permette de vérifier sa conformité à la réalité ; que de plus, ce tableau le dessert car il montre que la carrière de M. Lacaze n'était déjà pas celle qu'il souhaitait dès 1983, alors même qu'il n'était pas encore élu à

des fonctions syndicales ou prud'homales ; qu'en outre, selon les dispositions des articles 11 et 33 de la convention collective nationale du Crédit Agricole postérieures à 1987, la mobilité professionnelle est effectuée à la suite d'une offre d'emploi de l'organisme d'accueil, la priorité étant donnée aux demandes motivées par une nécessité familiale ; qu'il en ressort que la mobilité professionnelle d'un salarié au sein du Crédit Agricole nécessite une candidature de sa part aux postes vacants, dont la diffusion est organisée par l'employeur ; que M. Lacaze Xavier-François n'a postulé à aucun poste depuis le mois d'avril 1983, soit antérieurement à l'exercice de tout mandat électif ou syndical ; qu'il ne justifie pas de la création ou de l'octroi à un autre collègue du poste de technicien animateur d'Unité, lors de sa mutation géographique sur l'agence de Serres-Castet En 1999 ; qu'il ne peut donc se prévaloir de l'absence de bénéfice du poste ; qu'ainsi, son évolution de carrière s'est donc déroulée sans promotion particulière mais avec des changements d'affectation et le bénéfice de tous les éléments de rémunération liés à l'ancienneté ou l'obtention ponctuelle de gratifications (médaille d'honneur agricole en 1994) ; que s'agissant de l'irrégularité de la notation, elle ne constitue pas un élément de discrimination sauf à démontrer le préjudice subi par le salarié seul concerné par cette irrégularité ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; que les notations ont été régulières pendant plusieurs années, excepté entre 1987 et 1992 ; qu'elles se sont déroulées tous les deux ans 1 puis par l'instauration du bilan individuel tous les ans à compter de 1995 ; que

la mention de ses activités syndicales est conforme aux dispositions de l'article 5-1-2 A de la convention susvisée, afin de concilier l'exercice du mandat et la tenue de l'emploi ; que ces dernières font état des qualités professionnelles de M. Lacaze dans l'exercice de ses fonctions, et ne dissimulent pas la supériorité de ses qualifications en rapport aux fonctions exercées ; que toutefois, cette inadéquation est générale à la plupart des collaborateurs du service recouvrement judiciaire, ainsi qu'il ressort du compte-rendu de réunion du 10 mai 1995 ; que ses compétences professionnelles ont été reconnues par le Crédit Agricole lui ayant confié, tout au long de sa carrière, le traitement de dossiers complexes et aux enjeux financiers importants pour l'établissement bancaire, ce qui est incompatible avec l'allégation d'isolement et d'inactivité formulée par M. Lacaze ; que s'agissant de la demande de congés pour l'année 2002, M. Lacaze a formulé une demande de report de ses congés acquis en 2001 sur l'année 2003 ; que sa demande intervient le 9 septembre 2002 alors qu'un procès verbal de réunion de comité d'entreprise tenue le 12 septembre est diffusé le 25 septembre et répond par la négative à sa demande ; que seul le report des congés acquis en 2002 est autorisé sur l'année suivante, la possibilité restant ouverte d'abonder le compte épargne temps de chaque salarié ; que dès lors M. Lacaze sollicitant le report de ses congés acquis en 2001 sur l'année 2003, ne peut se prévaloir de compte rendu de réunion pour contester la décision négative de son employeur à son égard ; que ce refus de principe a été maintenu lors de la réunion d'instance du personnel du 27/11/2003 en son paragraphe 7 ; que la réponse à la question de savoir si un report de congés acquis en 2002 était possible sur l'année 2004, il a été rappelé la règle plus favorable en application au sein du Crédit Agricole permettant le report des droits non pris en fin d'année sur l'exercice suivant ; Qu'aucun élément probant ne vient étayer le contenu déclaré par M. Lacaze concernant son entretien avec son supérieur hiérarchique en 1994 et la proposition de poste à la hauteur de ses compétences en contrepartie de son abandon de ses fonctions de conseiller prud'hommes ; que faute de démonstration tant sur l'existence de faits discriminants que sur un lien avec ses fonctions prud'homales, M. Lacaze sera rejeté en cette prétention.

ALORS QUE, le simple fait pour un salarié de voir sa carrière stagner à compter de sa désignation en qualité de délégué syndical constitue un fait susceptible de faire présumer une discrimination syndicale ; que la Cour d'appel qui a considéré que les changements de classifications opérés en 1988 et en 1997 ne constituaient pas des rétrogradations, mais qui n'a relevé que des avancements statutaires à

compter de l'engagement syndical du salarié, qui faisait antérieurement l'objet de promotions importantes, n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui s'en déduisaient au regard de l'article L. 1132-1 du Code du travail ;

A TOUT LE MOINS, en affirmant que le salarié ne produisait aucun élément établissant que d'autres salariés de l'entreprise auraient bénéficié de conditions de carrière plus favorables, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, violant ainsi les dispositions de l'article précité.

ALORS D'AUTRE PART QUE le fait pour un salarié de ne pas manifester la volonté de progresser n'exclut pas l'existence d'une discrimination syndicale ; que la cour d'appel qui, pour refuser de faire droit à la demande du salarié, a relevé qu'il n'avait pas expressément formulé la demande d'une promotion a violé les dispositions précitées ;

ALORS SURTOUT QUE les dispositions conventionnelles visées par la cour d'appel n'imposaient pas que le salarié manifeste la volonté claire et non équivoque de progresser dans sa carrière ; qu'en affirmant que le salarié ne rapporte la preuve d'une telle volonté, la cour d'appel a ajouté une condition d'application que la convention collective ne prévoit pas ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 33 de la Convention collective litigieuse ainsi que l'article 1134 du Code civil (...)

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 4 juin 2009, où étaient présents : Mme Collomp, président, Mme Darret-Courgeon, conseiller référendaire rapporteur, MM. Bailly, Chauviré, Blatman, Marzi, Béraud, conseillers, Mmes Grivel, Pecaut-Rivolier, conseillers référendaires, M. Aldigé, avocat général, Mme Ferré, greffier de chambre ;

Sur le premier moyen, pris en ses première et septième branches :

Vu l'article L. 1134-1 du Code du travail ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Lacaze a été engagé le 1^{er} décembre 1973 par la caisse régionale de crédit agricole mutuel du Gers en qualité d'agent administratif ; qu'il a été élu conseiller prud'hommes le 9 décembre 1987 puis réélu à chacune des élections suivantes ; qu'il a par ailleurs été élu délégué du personnel CFDT et membre du conseil de discipline le 2 juin 1989 ; que se prévalant d'une discrimination syndicale dans le déroulement de sa carrière et s'estimant victime d'un harcèlement moral, il a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour débouter le salarié de ses demandes au titre d'une discrimination syndicale, l'arrêt retient que le salarié ne démontre pas sa volonté d'une promotion

professionnelle et que la mention dans ses entretiens individuels d'évaluation de ses activités prud'homales et syndicales et des absences qu'elles engendrent n'est pas de nature à laisser supposer, en elle-même, l'existence d'une discrimination syndicale à son encontre ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le salarié n'avait bénéficié d'aucune promotion individuelle depuis 1987 et que ses fiches d'évaluation au titre des années 1990, 1996, 1998, 1999 et 2000, au vu desquelles la direction arrêtaient ses choix de promotions, faisaient référence à ses activités prud'homales et syndicales et aux perturbations qu'elles entraînaient dans la gestion de son emploi du temps, ce dont il se déduisait que ces éléments laissaient supposer l'existence d'une discrimination syndicale, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen :

Vu l'article 625 du Code de procédure civile ;

Attendu que la cassation de l'arrêt sur le premier moyen entraîne, par voie de conséquence, la cassation de l'arrêt en ce qu'il a écarté l'existence d'un harcèlement moral ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes de dommages et intérêts en réparation d'une discrimination syndicale et d'un harcèlement moral, l'arrêt rendu le 21 janvier 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Pau ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Condamne la caisse régionale de crédit agricole mutuel Pyrénées Gascogne ;

Vu l'article 700 du Code de procédure civile, condamne la caisse régionale de crédit agricole mutuel Pyrénées Gascogne à payer à M. Lacaze la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du premier juillet deux mille neuf.

Sur le rapport de Mme Darret-Courgeon, conseiller référendaire, les observations de la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat de M. Lacaze, de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la caisse régionale de crédit agricole mutuel Pyrénées Gascogne, les conclusions de M. Aldigé, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Mme COLLOMP, président.