



**AVIS de Mme LAULOM,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 2221 du 20 décembre 2023 (B) – Chambre sociale

Pourvois n° 22-11.676 et 22-11.677

Décision attaquée : Cour d'appel de Limoges du 26 avril 2021

**le syndicat départemental Force ouvrière des organismes sociaux de
la Haute-Vienne**

C/

la caisse d'assurance retraite et de la santé au travail Centre Ouest

La chambre sociale de la Cour de cassation est saisie de deux pourvois qui posent la question des conditions de mise en oeuvre de l'article L. 2141-5-1 du code du travail.

L'article L. 2141-5-1 du code du travail a été introduit par la loi n° 2015-954 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi afin d'éviter que les représentants du personnel ne subissent des discriminations dans leur carrière et leur rémunération. L'article crée une garantie de rémunération sur le modèle de celle existante pour les salariées en congé de maternité¹.

Selon l'article L. 2141-5-1 du code du travail, "*En l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant des garanties d'évolution de la rémunération des salariés mentionnés aux 1° à 7° de l'article L. 2411-1 et aux articles L. 2142-1-1*

¹ Voir l'article L. 1225-26 alinéa 1^{er} du code du travail, issu de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes. Voir également l'article L. 1225-44 du code du travail, relatif au congé d'adoption.

et L. 2411-2 au moins aussi favorables que celles mentionnées au présent article, ces salariés, lorsque le nombre d'heures de délégation dont ils disposent sur l'année dépasse 30 % de la durée de travail fixée dans leur contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement, bénéficient d'une évolution de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, au moins égale, sur l'ensemble de la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut de tels salariés, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues dans l'entreprise”.

Saisie d'une QPC relative à cet article, la chambre a considéré que : *“l'article L. 2141-5-1 du code du travail, dont les dispositions ne sont applicables qu'en l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise plus favorable, tend à favoriser le dialogue social par la présence de représentants syndicaux et de représentants du personnel au sein des entreprises et ainsi à assurer l'effectivité de l'exercice de la liberté syndicale et du droit des travailleurs à participer à la détermination collective des conditions de travail, découlant des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en garantissant aux salariés protégés qui disposent d'un nombre d'heures de délégation dépassant sur l'année 30 % de leur durée du travail, pendant la durée de leur mandat, une évolution de rémunération au moins égale aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut de tels salariés, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues dans l'entreprise, sans porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, à la liberté contractuelle et au droit de propriété de l'employeur”².*

Les représentants concernés sont:

- les délégués syndicaux et les représentants de sections syndicales,
- les membres élus à la délégation du personnel du comité social et économique et les représentants de proximité,
- les représentants syndicaux au comité social et économique,
- les membres de la délégation du personnel du comité social et économique interentreprises,
- les membres du groupe spécial de négociation, les membres du comité d'entreprise européen et les représentants au comité de la société européenne

Sauf accord, la durée de leur mandat est de quatre ans.

L'application de cet article soulève deux questions d'interprétation relatives à:

- **la périodicité de l'examen auquel l'employeur doit procéder: les représentants des salariés doivent-ils voir leur salaire revaloriser annuellement, à l'expiration des mandats ou selon une autre périodicité?**
- **la constitution du panel de comparaison :**

² Soc. 10 octobre 2023, pourvoi n° 23-13.261, FS-B.

- **Comment définir la notion de catégorie professionnelle au sens de cet article?**
- **Comment apprécier l'ancienneté des salariés devant être inclus dans le panel?**

La direction générale du travail a été consultée sur ces deux questions.

Afin de répondre aux demandes, elle a effectué des recherches sur la base Légifrance pour analyser les accords collectifs portant sur l'article L. 2141-5-1 du code du travail. La DGT souligne que la liste des accords repérés (17 conventions collectives et 357 accords d'entreprise) ne peut être considérée comme exhaustive compte tenu des limites du requêtage. La DGT a retenu et analysé 9 accords d'entreprise et 2 conventions collectives, qui donnent un aperçu des pratiques des entreprises.

La DGT a également consulté la base de données du système d'inspection du travail au sein duquel ont été trouvés de nombreux courriers d'observations et une procédure pénale d'agents de contrôle relatifs à ce sujet. La DGT ne peut attester du caractère exhaustif de cette liste. En effet, certains courriers peuvent ne pas avoir été enregistrés dans ce système d'information, ou alors il est impossible de les retrouver, car l'article L. 2141-5-1 n'a pas été mentionné dans le système.

L'analyse de plusieurs courriers retenus indique comment les acteurs sociaux dans les entreprises se sont emparés concrètement de la question. La DGT en a tenu compte pour répondre aux questions soulevées.

Les réponses et l'analyse de la DGT sont intégrées à cet avis.

1. Quelle périodicité pour la garantie salariale ?

Le législateur n'a pas défini le moment et/ou la périodicité à laquelle doit intervenir le rattrapage salarial organisé par l'article L. 2141-5-1 du code du travail, celui-ci se contentant d'indiquer que les représentants des travailleurs doivent bénéficier d'une évolution de rémunération au moins égale, "*sur l'ensemble de la durée de leur mandat*", aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles.

Les travaux parlementaires, analysés par le rapport complémentaire, ne permettent pas de répondre précisément à cette question. L'objectif du dispositif est de répondre à une "*crise des vocations dans l'exercice des mandats*", en garantissant une évolution salariale et professionnelle et de prévenir les discriminations³. L'exposé des motifs de la loi indique plus précisément au sujet de la garantie salariale qu'elle " *vise à lutter contre la pénalisation des représentants du personnel et syndicaux en matière de rémunération. Il [article 4 du projet de loi] instaure un mécanisme qui garantit au salarié de bénéficier, au cours de son mandat électif ou syndical, d'une augmentation au moins égale à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par des salariés relevant de la même*

³ Voir l'exposé des motifs de la loi du 17 août 2015 en 1^{ère} lecture devant l'Assemblée nationale.

catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable"⁴, ce qui pourrait plutôt aller dans le sens d'une réévaluation salariale régulière en cours de mandat. Mais l'étude d'impact décrit cette même garantie comme s'appliquant "sur l'ensemble de la durée de leur mandat".

Le rapport de Mme Prosaccia, fait au nom de la commission des affaires sociales au Sénat, s'interroge sur l'effectivité d'une garantie salariale qui n'interviendrait qu'en fin de mandat et compare ce mécanisme à celui dont il s'inspire, la garantie salariale en fin de congé maternité: "*En principe, un congé de maternité est d'une durée de seize semaines, tandis qu'un congé d'adoption est de dix semaines. Durant cette période, l'évolution salariale dans une entreprise ou le décrochage que peut connaître la rémunération d'une salariée ayant pris son congé de maternité sont nécessairement d'une ampleur limitée. En revanche, un salarié détient un mandat pendant au moins deux (CHSCT) ou quatre ans (DP, CE, délégué syndical), et peut les cumuler et rester représentant du personnel pendant plusieurs décennies. Quelle est l'effectivité de la garantie salariale offerte par le présent article dans ce cas-là ? Sera-t-il possible dans toutes les entreprises de reconstituer l'évolution générale des rémunérations et la moyenne des augmentations individuelles consenties sur une longue période ? Si le mandat d'un salarié prend fin avec son départ à la retraite et qu'il est alors constaté que son évolution salariale a été moins favorable que celle de ses collègues, il devra se tourner vers le juge qui peut lui accorder des dommages et intérêts. Comment sera évalué le préjudice ? Faudra-t-il placer le salarié dans la situation où il se serait trouvé s'il n'avait pas subi de discrimination, tout en tenant compte des délais de prescription?*"

Consultée, la Direction Générale du Travail a indiqué : "**L'article L. 2141-5-1 du code du travail ne précise pas la date à laquelle l'employeur est tenu de procéder au versement de la garantie de rémunération. Il est indiqué que le bénéfice de l'évolution de rémunération est au moins égal, sur l'ensemble de la durée de leur mandat, aux augmentations générales et à la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant cette période par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle. Cette rédaction laisse selon nous supposer que l'examen de cette garantie devrait avoir lieu à l'échéance des mandats**".

"En effet, l'examen de cette garantie doit faire partie des éléments discutés lors de l'anticipation du retour du salarié à un poste de travail. Au même titre que doivent être recensées les compétences acquises au cours du mandat et précisées les modalités de valorisation de l'expériences acquises, comme le prévoit explicitement dans le cadre de l'entretien de fin de carrière l'article L. 2141-5 du code du travail, il est nécessaire d'anticiper les éventuels besoins de formation, mais également d'examiner la rémunération du salarié, et à cette occasion d'examiner la garantie prévue à l'article L. 2141-5-1, qui suit donc directement l'article précité".

L'analyse des accords à laquelle a procédé la DGT révèle une diversité des pratiques, certains accords effectuant les calculs à l'issue de chaque mandature

⁴ Dans le même sens le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat décrit le mécanisme de garantie salariale comme un "*mécanisme leur garantissant sur la durée de leur mandat, une évolution salariale similaire à celle de leurs collègues dont la situation professionnelle est comparable ou, à défaut, à celle de l'ensemble des salariés de l'entreprise*".

d'autres opérant les augmentations avec une périodicité qui peut être annuelle ou bisannuelle.

L'article L. 1225-26 du code du travail, dont s'inspire l'article L. 2141-5-1 du code du travail est, lui, explicite dans la mesure où il indique que la majoration salariale doit intervenir "à la suite de ce congé". La circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes précise, mais il s'agit d'une application littérale de l'article L. 1225-26 du code du travail, que "*le rattrapage salarial est dû à compter du retour de la personne salariée dans l'entreprise après son congé de maternité ou d'adoption et doit être versé à la suite de ce congé. Lorsque la personne salariée concernée enchaîne un congé de maternité puis un congé parental d'éducation, ce n'est qu'à son retour dans l'entreprise que le rattrapage salarial pourra être appliqué. Seules les augmentations intervenues pendant le congé de maternité ou d'adoption sont prises en compte, et non celles intervenues pendant le congé parental*".

Néanmoins, s'il est indéniable que l'article L. 1225-26 du code du travail présente d'importantes similarités avec l'article L. 2141-5 du code du travail, la transposition du modèle de l'article L. 1225-26 du code du travail présente des limites qui tiennent à la différence d'un congé maternité et l'exercice de mandats de représentants du personnel. Le congé maternité, qui est seul visé par l'article L. 1225-26 du code du travail, emporte une suspension du contrat de travail et sa durée est limitée dans le temps. En revanche, les représentants ne voient pas, eux, leurs contrats suspendus et, surtout, la durée de leurs mandats peut aller jusqu'à quatre ans et plus si des renouvellements, fréquents dans la pratique, interviennent. C'est la raison pour laquelle d'ailleurs, le législateur a également prévu différents mécanismes qui doivent permettre aux salariés de valoriser professionnellement les compétences acquises dans l'exercice de leurs mandats. A cet égard, le parallèle effectué par la DGT entre ces mécanismes, qui doivent permettre aux salariés représentants des travailleurs de ne pas subir de retard de carrière, et la garantie salariale peut être discuté. Si le retour sur expérience n'a de sens qu'à l'issue des mandats, on peut concevoir que la garantie salariale s'applique tout au long de l'exercice du mandat, dans la mesure où le salarié poursuit son activité professionnelle dans l'entreprise.

Si l'on considère que le dispositif de garantie salariale a pour objectif premier de prévenir les discriminations salariales, on peut également considérer qu'il conviendrait de privilégier une revalorisation salariale tout au long du mandat et non uniquement à l'issue du mandat.

Il n'en demeure pas moins qu'il est difficile pour le juge, en l'absence de toute indication du législateur, de définir la périodicité (annuelle, bi-annuelle?) que l'employeur doit respecter pour ce rattrapage salarial. Par ailleurs, comme nous l'avons indiqué, l'analyse du contenu des accords collectifs conclus sur cette question ne fait pas apparaître une solution unique.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la position de la DGT nous semble pouvoir être suivie, sachant que les accords collectifs pourront définir une autre périodicité. Il convient de préciser en revanche que c'est bien à l'issue de chaque mandat que devra intervenir la garantie salariale.

2. Le panel de comparaison

Le montant de la garantie salariale, instituée par l'article L. 2141-5-1, est calculé en comparant la situation du représentant du personnel à celles de salariés, non investis de mandats représentatifs, qui sont dans une situation comparable à celle du représentant du personnel. La définition du panel de comparaison est donc essentielle, sachant que la situation des entreprises sera très variée selon la taille de l'entreprise, son secteur d'activité, etc...

Selon l'article L. 2141-5-1 du code du travail, deux critères doivent être pris en compte pour définir le panel de comparaison : les salariés doivent relever de "la même catégorie professionnelle" et leur ancienneté doit être comparable. L'article L. 2141-5-1 intègre une souplesse indispensable dans la constitution du panel : l'ancienneté ne doit pas être identique mais "comparable" et, à défaut de tels salariés (relevant de la même catégorie professionnelle et à l'ancienneté comparable), il conviendra de prendre en compte la moyenne des augmentations individuelles perçues dans l'entreprise.

La notion de catégorie professionnelle est utilisée dans différents cadres par le code du travail. On la retrouve dans les textes relatifs aux élections professionnelles, pour la constitution des collèges électoraux ou, en matière de licenciement économique, comme critère d'ordre des licenciements. Le critère de la classification professionnelle est également un des critères pris en compte dans les panels de comparaisons établis afin de démontrer l'existence de discriminations, notamment syndicales, ou encore pour établir le respect du principe d'égalité de traitement. La notion, qui n'est pas définie par le législateur, fait parfois l'objet de précisions jurisprudentielles mais qui sont dépendantes de son contexte d'utilisation. Ainsi, "*les critères d'ordre des licenciements s'appliquent à l'ensemble des salariés relevant d'une même catégorie professionnelle; qu'appartiennent à une même catégorie professionnelle les salariés qui exercent dans l'entreprise des activités de même nature supposant une formation professionnelle commune, sans qu'il soit nécessaire que les salariés exercent des fonctions identiques*"⁵.

C'est donc au regard de l'objet de l'article L. 2141-5-1 du code du travail qu'il convient d'appréhender la notion de catégorie professionnelle et, à cet égard, comme l'indique la DGT, un parallèle doit être fait avec l'article L. 2225-26 du code du travail. Il est ici tout à fait pertinent, car il s'agit effectivement d'accorder à ces salariés, qui ne peuvent pas être évalués mais qui ne doivent pas subir de préjudice salarial du fait de leur situation, une valorisation salariale au plus près de ce qu'aurait été leur situation s'ils avaient consacré leur temps à la réalisation de leur travail.

Pour la DGT, il convient donc de se référer à la circulaire du 19 avril 2007 concernant l'application de la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes qui précise: "*Le législateur ne définit pas la notion de catégorie professionnelle. La détermination de cette notion est fonction de la taille et de la structure de l'entreprise. Ainsi:*

⁵ Voir par exemple, Soc., 10 juillet 2019, pourvoi n° 18-10.218.

- il y a lieu de comprendre par salarié de la même catégorie les salariés relevant du même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi (une subdivision supplémentaire par métiers est possible lorsque les coefficients comprennent des emplois au contenu différent);

- Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas au moins deux personnes répondant à ces conditions (outre la personne salariée concernée), il conviendrait de prendre en compte les salariés relevant du même niveau dans la classification;

- Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas au moins deux personnes de même niveau, il conviendrait de retenir la catégorie socioprofessionnelle du ou de la salariée en congé de maternité ou d'adoption (ouvriers, employés, professions intermédiaires, cadres);

- S'il n'y a pas au moins deux salariés de la même catégorie ainsi entendue, il y a lieu de se référer à la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise.

La détermination des salariés relevant de la même catégorie s'effectue à la date de départ en congé de maternité ou d'adoption du salarié concerné”.

La DGT reprend la solution préconisée par la circulaire: “Par conséquent, les salariés de la même catégorie professionnelle sont ceux qui relèvent du même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi”. Elle note également que c'est cette solution qui est préconisée par les agents de contrôle de l'inspection du travail. Les accords collectifs analysés montrent également une assez grande variété de situation.

Concernant l'ancienneté comparable, la DGT indique:

“S'agissant de la notion d'ancienneté comparable, elle ne fait l'objet d'aucune définition par le code du travail. Dès lors, il serait possible, en raisonnant par analogie, de se référer à la jurisprudence relative à la détermination des panels de comparaison (ou méthode triangulaire) dans les dossiers de discrimination, dans lesquels il est pris en compte des anciennetés N-1/N+1 ou N-2/N+2 (voire en l'élargissant, si le panel constitué ne permet pas la comparaison).

En effet, la construction du panel en matière de discrimination consiste à dresser une liste nominative des salariés embauchés à la même époque et dans les mêmes conditions que le salarié discriminé. La population de référence peut ensuite être élargie, à condition toujours, de respecter ces critères: embauches concomitantes (plus ou moins deux ans) dans des conditions similaires. D'une manière générale, plus la situation d'origine des salariés du panel est similaire à celle du salarié discriminé, plus la différence de traitement sera évidente et difficile à contester. La conclusion d'un accord de branche ou d'entreprise pourrait poser un cadre à cette notion (cf. analyse des accords ci-dessous). Ainsi, lorsque le panel représente peu de salariés, il est possible d'élargir le champ de l'ancienneté. C'est ce qui a amené certains agents de contrôle à retenir un échantillon de salariés de la même catégorie professionnelle dont l'ancienneté était comprise entre 17 et 31 ans, 12 et 36 ans ou encore 10 et 20 ans. En revanche, il s'agit bien de comparer l'ancienneté dans le poste, mais sans tenir compte de l'âge, ce dernier n'étant pas un critère”.

En conclusion, la définition de la catégorie professionnelle doit pouvoir s'inspirer de la circulaire du 19 avril 2007 pour l'application de l'article L. 2141-5-1 du code du travail. Elle sert souvent de référence aux différents acteurs et cette référence peut être de nature à sécuriser l'application de l'article L. 2141-5-1 du code du travail en retenant un critère relativement clair et aisé à mettre en oeuvre. La cour d'appel a d'ailleurs noté dans sa décision que “s'agissant du panel de comparaison à prendre

en compte au regard de la catégorie professionnelle, la loi ne définit pas la notion de catégorie professionnelle et, pour sa détermination, le syndicat FO et la CARSAT Centre-Ouest se réfèrent tous deux au dispositif issu de la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale hommes/femmes et sur la circulaire d'application du 19 avril 2007 disposant qu'il y a lieu de comprendre par salarié de même catégorie "les salariés relevant du même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi avec une subdivision par métiers possible lorsque les coefficients comprennent des emplois au contenu différent".

Néanmoins, pour l'employeur il convient de prendre en compte "l'ensemble des salariés classés au même niveau et non seulement ceux relevant du même emploi, alors que le syndicat FO considère qu'il ne faut inclure dans le panel de comparaison que les personnes de même niveau occupant le même emploi". Il est vrai que la circulaire précise "qu'une subdivision supplémentaire par métiers est possible lorsque les coefficients comprennent des emplois au contenu différent". Mais il me semble cependant que c'est bien aux juges du fond d'apprécier cet élément.

Concernant le critère de l'ancienneté qui, selon les termes de l'article L. 2141-5-1 du code du travail, doit être comparable, la variété des situations et des panels de comparaison qui seront définis dans les entreprises nécessite d'adopter une approche souple de l'application de la notion et de laisser les juges du fond apprécier, comme en matière de constitution des panels de comparaison, si les salariés retenus dans le panel eu égard à leur ancienneté sont bien dans une situation comparable à celle des représentants des travailleurs.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il me semble que la cour d'appel, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, pouvait effectivement considérer:

- s'agissant de la date de prise d'effet de la garantie légale, que c'est lors du renouvellement des instances ou, en cas de départ, en cours de mandat, que le calcul et le paiement de la garantie salariale pouvait intervenir en calculant la moyenne des attributions de points sur toute la période du mandat;
- S'agissant du panel de comparaison à prendre en compte au regard de la catégorie professionnelle, que "s'agissant d'une question portant essentiellement sur l'évolution des salaires, et non seulement sur la permutableté des emplois", "le panel proposé par l'employeur, comprenant l'ensemble des salariés classés au même niveau, et pas seulement ceux relevant du même emploi, n'était pas dénué de toute pertinence";
- S'agissant de l'ancienneté comparable, que la prise en compte de l'ancienneté par tranche de cinq ans, plus en adéquation avec la durée des mandats syndicaux que celle de trois années, n'était pas dénuée de toute pertinence.

C'est la raison pour laquelle, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Je rejoins par ailleurs la proposition de rejet non spécialement motivé du pourvoi incident formulée par le rapport.

AVIS DE REJET