



**RAPPORT COMPLÉMENTAIRE
de Mme OLLIVIER,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

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**

Le présent rapport vient compléter le précédent après le retour de la consultation de la direction générale du travail et comporte notamment des développements relatifs aux débats parlementaires ayant précédé l'adoption de l'article L. 2141-5-1 du code du travail. **Il est commun aux dossiers 2211677 et 2211676.**

1. Un mécanisme inspiré du mécanisme de garantie d'évolution salariale pour les femmes en congé de maternité

L'article L.2141-5-1 s'inspire très largement de l'article L. 1225-26, alinéa 1er, du code du travail qui prévoit un mécanisme de garantie d'évolution salariale pour les femmes en congé de maternité dans les termes suivants : « *En l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant des garanties d'évolution de la rémunération des salariées pendant le congé de maternité et à la suite de ce congé*

au moins aussi favorables que celles mentionnées dans le présent article, cette rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, est majorée, à la suite de ce congé, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise. »

Il existe un dispositif similaire pour les salariés en congé d'adoption, prévu par l'article L. 1225-44 du code du travail¹.

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 comporte des précisions sur les modalités d'application de la garantie salariale à la suite d'un congé de maternité ou d'adoption s'agissant notamment :

- du moment où doit intervenir le rattrapage salarial : *« quand la personne salariée revient de congé de maternité ou d'adoption, il convient de rechercher si des augmentations de rémunération ont été décidées ou versées pendant son absence (...). 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 »,*

- des éléments de rémunération à prendre en compte : *« par rémunération, il faut entendre le salaire de base, les avantages en nature et en espèces et tout accessoire de salaire payé directement ou indirectement par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier. Les mesures de participation, d'intéressement ou de distribution d'actions gratuites ou d'options sur actions ne sont pas comprises. Il convient notamment de prendre en compte toute augmentation objective, pérenne ou exceptionnelle dont la personne salariée aurait pu bénéficier si elle était restée à son poste de travail.*

Sont exclues de la base de calcul : - les augmentations liées à une promotion entraînant un changement de catégorie ; - les primes liées à une sujétion particulière qui ne concerne pas la personne salariée (salissures, travail de nuit, du dimanche...) ; - les primes exceptionnelles liées à la personne salariée (mariage, ancienneté, médaille du travail...).

Les salariés de la même catégorie n'ayant pas eu d'augmentation sont inclus dans le calcul de la moyenne des augmentations à appliquer.

Il convient donc de : - décomposer la rémunération des salariés de la catégorie professionnelle concernée, y compris la rémunération de la personne salariée de retour de congé maternité ou d'adoption ; - identifier les augmentations individuelles et/ou collectives appliquées à chacun des éléments de la rémunération (salaires de base et éléments variables) ; - calculer la moyenne de ces augmentations pour chacun des éléments ; - appliquer chaque taux moyen aux éléments correspondants de la rémunération de la personne salariée concernée. »,

- de la notion de salariés de même catégorie : *« 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 : - **il y a lieu de comprendre par salarié de la même catégorie les salariés relevant du même coefficient dans la classification applicable à***

¹*« En l'absence d'accord collectif de branche ou d'entreprise déterminant des garanties d'évolution de la rémunération des salariés, pendant le congé d'adoption et à la suite de ce congé, au moins aussi favorables que celles mentionnées dans le présent article, cette rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, est majorée, à la suite de ce congé, des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues pendant la durée de ce congé par les salariés relevant de la même catégorie professionnelle ou, à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles dans l'entreprise. »*

***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 prendre en compte la catégorie socioprofessionnelle du salarié en congé de maternité ou d'adoption (ouvriers, employés, professions intermédiaires, cadres) ; - s'il n'y a pas au moins 2 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.

Enfin, la loi fixe un plancher minimum d'augmentation à appliquer, cependant il est toujours possible d'accorder à la salariée concernée, en fonction de ses mérites, une augmentation supérieure. »

La mise en place d'un dispositif de garantie d'évolution salariale au profit des délégués syndicaux et des représentants du personnel est justifiée par la volonté du législateur d'encourager les salariés à participer au dialogue social en luttant contre les discriminations subies en matière de rémunération et en palliant les difficultés d'évaluation par l'employeur d'un salarié peu présent à son poste de travail en raison de l'exercice de son mandat.

Ce dispositif complète les dispositions des articles L.1132-1 et L. 2141-5 du code du travail qui prohibent les discriminations en matière de rémunération en raison, notamment, des activités syndicales ou de l'exercice d'un mandat électif.

Votre rapporteure n'a pas trouvé d'arrêt motivé de la chambre portant sur l'application de l'article L. 2141-5-1.²

2. Les travaux parlementaires

L'exposé des motifs de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi en 1^{ère} lecture devant l'Assemblée nationale évoque l'objectif selon lequel « *les salariés doivent être encouragés à participer [au dialogue social] et à s'engager dans les instances représentatives du personnel ; à cette fin, ils ne doivent pas être pénalisés dans leur carrière professionnelle par leur engagement. Ces orientations constituent la ligne directrice du premier grand volet de ce projet de loi consacré à la modernisation et au renforcement du dialogue social au sein de l'entreprise* ».

Il poursuit, s'agissant du chapitre II visant à « *accorder de nouveaux droits aux représentants des salariés et à améliorer la reconnaissance et la qualité de leurs parcours* » :

² La chambre a rendu un arrêt portant sur les dispositions de l'article L. 1225-26, énonçant qu'elles étaient d'ordre public : « *il ne peut être dérogé à ces dispositions d'ordre public qui mettent en oeuvre les exigences découlant de l'article 2 § 7, 2^{ème} alinéa de la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 devenu l'article 15 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail* », Soc., 14 février 2018, pourvoi n° 16-25.323, Bull. 2018, V, n° 20

« L'engagement syndical ou dans les mandats est confronté aujourd'hui à une « crise des vocations » qui l'affaiblit à tous les niveaux. En témoignent le phénomène de carence d'instances représentatives du personnel dans de nombreuses entreprises, la moyenne d'âge croissante des représentants du personnel, ainsi que la pratique répandue du cumul de mandats, faute trop souvent pour les représentants en place de trouver des successeurs.

L'engagement syndical ou dans un mandat de représentant du personnel est aujourd'hui trop souvent perçu par les salariés comme une source de discrimination ou, à tout le moins, un frein à la carrière. Des études concordantes confirment ce ressenti, ainsi que la persistance d'inégalités de rémunération et d'évolution professionnelle qui pénalisent certains représentants du personnel. Même lorsqu'il n'y a pas discrimination, l'exercice de fonctions syndicales est rarement valorisé au plan professionnel alors qu'il implique souvent la prise de responsabilité, l'exercice de compétences notamment relationnelles et le développement d'une expertise.

(...)

Les dispositions contenues dans la deuxième section traduisent l'ambition de protéger les représentants du personnel contre les discriminations sous toutes leurs formes et de valoriser leur expérience, y compris dans le cadre de leurs parcours professionnels. Les valeurs d'égalité, d'engagement et de solidarité sont au cœur des mesures envisagées. (...)

L'article 4 vise à lutter contre la pénalisation des représentants du personnel et syndicaux en matière de rémunération. Il 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 catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable. Cette mesure concernera tous les représentants du personnel dont les heures de délégation dépassent 30 % de leur temps de travail. »

L'étude d'impact, analysant la « crise des vocations » pour l'exercice des mandats de représentant du personnel, vise comme frein à l'engagement la crainte d'éventuels candidats d'être pénalisés dans leur carrière. Constatant l'insuffisance des instruments positifs pour lutter contre ce phénomène (notamment, la protection légale des représentants du personnel et l'interdiction des discriminations syndicales) et la volonté commune des signataires (MEDEF, CFTD, CGPME, CFE-CGC, CFTC, CGT, FO et l'UPA) de la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité et le développement du dialogue social de mettre en œuvre des mesures plus positives, visant notamment à « *garantir la mise en œuvre de l'égalité de traitement (en matière de rémunération, d'accès à la formation, de déroulement de carrière...) entre les détenteurs d'un mandat représentatif et les autres salariés de l'entreprise* » et à « *prendre en compte l'expérience acquise dans l'exercice d'un mandat dans le déroulement de carrière de l'intéressé* », l'étude d'impact indique :

« le projet de loi poursuit les objectifs suivants :

- renforcer les dispositifs concrets permettant de valoriser l'engagement des salariés dans des fonctions de représentation en élargissant les possibilités d'entretiens de carrière avec l'employeur et en créant un dispositif de certification des compétences et de VAE s'inscrivant dans le cadre général de la formation professionnelle ;

- lutter contre la pénalisation des représentants du personnel et syndicaux en matière de rémunération en instaurant un mécanisme de garantie d'augmentation de salaires similaire à ceux de leurs collègues non engagés dans des fonctions de représentants. »

Au titre des dispositifs retenus pour la poursuite de ces objectifs, l'étude d'impact mentionne les entretiens professionnels en début et fin de mandat, la mise en place d'un dispositif national de valorisation des compétences acquises et « une garantie de non-discrimination syndicale pour les représentants du personnel ».

Ce dernier dispositif est décrit dans les termes suivants :

« Cette mesure crée **un dispositif de garantie de non-discrimination salariale** à l'égard des titulaires de mandats. Ce dispositif s'inspire très largement de la garantie de maintien de salaire prévue pour les femmes en congé de maternité (article L. 1225-26). Il prévoit que les salariés concernés bénéficient d'une évolution de rémunération au moins égale, **sur l'ensemble de la durée de leur mandat**, à l'évolution moyenne des rémunérations perçues pendant cette période par les salariés de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable ou, à défaut, de l'ensemble des salariés de l'entreprise.

Plusieurs aspects méritent d'être soulignés :

- le dispositif concerne dans son principe toutes les entreprises qui comptent au moins un salarié protégé ;

- la garantie concerne l'ensemble des représentants du personnel, élus ou désignés dans l'entreprise, dont les heures de délégation annuelles représentent au moins 30% de la durée de travail fixée dans leur contrat de travail ou, à défaut, de la durée applicable dans l'établissement ;

- cette garantie s'applique sans limite de durée en cas de mandats successifs ;

- l'assiette de la garantie est la notion de rémunération telle que définie par l'article L. 3321-3 du code du travail, à l'instar de ce qui est prévu pour la garantie de salaires pour les femmes en congé de maternité. Cette définition exclut les gratifications, les libéralités ou les indemnités données par l'employeur. Toutefois, comme pour le dispositif pour les femmes en congé de maternité, le projet de loi prévoit qu'un accord collectif peut comporter des dispositions plus favorables. »

Lors de son audition devant la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, M. Rebsamen, ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, décrit le dispositif en cause dans les termes suivants :

« Quatrième et dernier objectif : reconnaître, valoriser et favoriser l'engagement des salariés dans l'entreprise.

Les inégalités salariales dont sont victimes certains représentants du personnel, notamment syndicaux, ne sont pas acceptables. Elles sont cependant une réalité : elles nuisent à l'engagement, notamment des plus jeunes. Le projet de loi prévoit donc un mécanisme de non-discrimination salariale, qui concernera tous les représentants du personnel dont les heures de délégation occupent 30 % ou plus du temps de travail. Il prévoit également de développer les conditions d'une meilleure articulation entre engagement syndical et vie professionnelle. Un entretien de prise de fonctions, au début du mandat, et un entretien de repositionnement professionnel, à l'issue du mandat, seront institués.

Le projet de loi prévoit en outre un dispositif de valorisation des compétences acquises au travers de l'exercice d'un mandat, qui permettra à tous ceux qui s'engagent de voir leur expérience au service des autres salariés valorisée.

(...)

Voilà pour la partie du texte qui porte sur le dialogue social. Il faut le mesurer, ce sera une réforme profonde qui transformera durablement les relations de travail dans les entreprises, au bénéfice des salariés, de l'efficacité des entreprises et de la croissance dont notre pays a tant besoin ».

A l'issue des travaux de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, **le rapport fait par M. Sirugue**, député, présente l'article 4 dans les termes suivants :

« Comme rappelé dans le commentaire de l'article 2, selon une étude de l'École d'économie de Paris, parue en juin 2014, la rémunération des salariés exerçant des responsabilités syndicales est inférieure de 10 % de celle des salariés non-syndiqués. En effet, même en faisant fi de possibles comportements discriminatoires, il est fréquent que les salariés exerçant des responsabilités ne se voient pas accorder d'augmentations individuelles car on leur préfère dans l'entreprise ceux qui exercent leur activité à plein temps et sur lesquels le lien de subordination est permanent.

L'article 4 vise à garantir une évolution de rémunération pour les représentants du personnel et les responsables syndicaux ayant bénéficié d'heures de délégation supérieures à 30 % de leur temps de travail annuel au moins égale, pendant la durée du mandat, à l'évolution moyenne des rémunérations perçues par les salariés de la même catégorie professionnelle et dont l'ancienneté est comparable à celle du salarié concerné ou à défaut, de la moyenne des augmentations individuelles s'il n'y a pas eu d'accord de branche plus favorable.

Les dispositions proposées s'inspirent largement de l'article L. 1225-26 (...). »

A l'issue des travaux des diverses commissions, le texte a fait l'objet d'une nouvelle discussion en séance publique à l'Assemblée nationale.

Le ministre du travail a de nouveau présenté le texte et spécialement, l'article 4, dans les termes suivants :

« Le quatrième objectif consiste à reconnaître, valoriser et favoriser l'engagement de ceux qui font vivre le dialogue social dans l'entreprise. Il s'agit d'apporter une réponse concrète aux salariés exerçant des mandats lourds et consacrant une grande partie de leur temps de travail à des fonctions électives ou syndicales. L'engagement de certains au service des autres ne doit pas constituer un frein à leur carrière et doit au contraire être reconnu, favorisé et valorisé. Les salariés ne doivent pas être pénalisés en raison d'une moindre présence à leur poste de travail. C'est pourquoi le projet de loi prévoit un mécanisme garantissant aux élus dont le mandat exige un volume horaire important une progression salariale identique à celle de leurs collègues. Il ne s'agit ni de l'octroi d'un privilège à ces élus ni de la suspicion qu'ils font l'objet d'une discrimination massive de la part des employeurs, mais comme ils sont moins présents à leur poste de travail, leur supérieur leur accorde moins souvent des augmentations individuelles, sans parler des cas de discrimination manifeste. Nous réparons ainsi une injustice. »

A l'occasion de son audition devant le Sénat, le ministre du travail résume ainsi le mécanisme de l'article 4 : « le texte valorise l'engagement syndical, qui ne saurait être un frein à la carrière. Il prévoit pour les personnes exerçant un mandat lourd **une garantie de maintien de salaire**, un entretien de fin de mandat pour mieux anticiper la suite de la carrière, et pour tous les titulaires d'un mandat, un système de valorisation des compétences acquises dans l'exercice de leurs fonctions. »

Le rapport de Mme Procaccia, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, indique :

« Article 4 (art. L. 2141-5 [nouveau] du code du travail)

Garantie de non-discrimination salariale en faveur des représentants du personnel (...)

Calqué sur les garanties offertes aux salariés de retour d'un congé de maternité (art. L. 1225-26) ou d'adoption (art. L. 1225-44), cet article vise à remédier à un phénomène empiriquement reconnu, subjectivement ressenti dans de nombreuses entreprises mais qui jusqu'à présent n'a fait l'objet que de peu d'études statistiques : les discriminations salariales, directes ou indirectes, dont sont victimes les salariés titulaires d'un mandat de représentation de leurs collègues dans l'entreprise.

Des travaux récents permettent de mieux cerner l'importance de ces discriminations. Comme le souligne l'étude d'impact annexée au projet de loi, l'économiste Thomas Breda, afin de « mettre fin à une absence totale d'études économiques quantitatives sur le sujet », a publié un article dans la Revue économique sur la situation des délégués syndicaux. Il met en lumière, à partir de la base de données de la Dares, l'existence d'un différentiel salarial de 10 % entre les salariés non-syndiqués et les délégués syndicaux, au détriment de ces derniers. Il émet l'hypothèse, en s'appuyant sur plusieurs facteurs, comme l'ancienneté dans l'emploi et le ressenti, par son titulaire, de l'effet d'un mandat sur sa carrière, qu'il s'agit là d'une « pénalité salariale » constitutive d'une discrimination et qui décourage l'engagement syndical.

Alors que le document d'orientation adressé par le Gouvernement aux partenaires sociaux était silencieux sur ce point, le projet d'accord du Medef et de l'UPA prévoyait, à son article 23, un mécanisme de garantie d'évolution de la rémunération

des représentants du personnel. Il proposait que l'évolution de leur rémunération soit « au moins équivalente » à celle des salariés à la situation professionnelle comparable. Toutefois, il imposait une restriction forte à cette règle, puisqu'il plafonnait son application dans le temps à deux mandats maximum.

Seul un accord d'entreprise ou de branche aurait pu l'étendre au-delà de ce seuil. Ce n'est pas le choix fait par le Gouvernement. Au contraire, l'étude d'impact annexée au projet de loi précise bien que cet article 4 s'applique « sans limite de durée en cas de mandats successifs ».

La transposition telle quelle d'une disposition imaginée pour les congés de maternité et d'adoption aux mandats de représentation du personnel suscite toutefois chez votre rapporteur plusieurs interrogations.

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 ?

En effet, depuis la loi du 14 juin 2013, l'action en paiement du salaire se prescrit par trois ans, contre cinq ans auparavant. Tout élu du personnel qui estime subir une inégalité de traitement salarial due à son mandat doit donc saisir le conseil de prud'hommes dans ce délai. Il doit également être tenu compte de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a récemment jugé que l'existence d'une discrimination syndicale ne peut se déduire d'une simple différence de traitement avec les salariés appartenant à une même catégorie professionnelle, qui « n'implique pas une identité de situation », mais doit reposer sur l'examen des fonctions effectivement exercées. Cela soulève d'importantes difficultés pratiques comme juridiques, sans parvenir à agir de manière préventive, ou même pendant le déroulement du mandat, afin de mettre un terme à une éventuelle inégalité de traitement salarial au détriment de l'élu du personnel.

Sur proposition de son rapporteur, votre commission est revenue au texte initial du projet de loi en faisant reposer le mécanisme prévu à cet article sur l'évolution moyenne des rémunérations, soit des salariés comparables soit, à défaut, de l'entreprise, plutôt que sur les augmentations générales et la moyenne des augmentations individuelles, ces dernières étant le reflet du pouvoir de direction de l'employeur pour récompenser les résultats obtenus par chaque salarié (amendement COM-28). »

Après une nouvelle lecture devant le Sénat, **le rapport fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat** indique :

« L'article 4 du projet de loi vise à lutter contre les discriminations salariales dont peuvent être victimes les représentants des salariés dans l'entreprise. Il met en place, en faveur des élus du personnel et des délégués syndicaux dont le crédit d'heures de délégation représente au moins 30 % de leur durée de travail, 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. »

L'Assemblée nationale avait modifié les modalités de calcul de cette garantie, afin qu'elle soit fonction des « augmentations générales et de la moyenne des augmentations individuelles » perçues par les salariés et non, comme dans le projet de loi initial, de la seule « évolution moyenne des rémunérations perçues ».

Sur proposition de son rapporteur, votre commission avait rétabli la rédaction d'origine du texte. En effet, les augmentations individuelles sont accordées par l'employeur à ses salariés en vertu de son pouvoir de direction et en fonction de leurs résultats. L'évolution moyenne des rémunérations, quant à elle, constitue un indicateur objectif, qui fait disparaître tout biais lié à la performance individuelle des salariés. »

La commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale n'a pas suivi la position du Sénat sur ce point et est revenue à la formulation qu'elle avait adoptée en première lecture.

Aux termes de l'exposé sommaire de l'amendement adopté revenant à la formulation adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale :

« Sur proposition de son rapporteur, la commission des affaires sociales est revenue au texte initial du projet de loi en faisant reposer le mécanisme prévu à cet article sur l'évolution moyenne des rémunérations, soit des salariés comparables soit, à défaut, de l'entreprise, plutôt que sur les augmentations générales et la moyenne des augmentations individuelles. »

Le Sénat a estimé, en effet, que les augmentations individuelles sont le reflet du pouvoir de direction de l'employeur pour récompenser les résultats obtenus par chaque salarié.

Le rapporteur estime que si les augmentations individuelles sont le reflet du pouvoir de direction de l'employeur, elles sont octroyées en priorité aux salariés présents sur leur poste de travail et qu'il est nécessaire d'en faire bénéficier également les salariés qui prennent des responsabilités de représentation ou syndicales à l'image de ce qui se passe pour les femmes en congé maternité.

Il est donc proposé de rétablir l'article dans sa rédaction issue du vote en première lecture par l'Assemblée nationale. »

Le texte a ensuite été discuté en séance publique, et notamment l'article 4 :

« Mme la présidente. La parole est à M. Guillaume Chevrollier, sur l'article.

M. Guillaume Chevrollier. L'article 4 a trait à l'évolution de la rémunération des représentants du personnel et cherche à leur éviter toute discrimination salariale. On peut certes partager ce but louable, mais les discussions sur cet article sont un bon exemple de ce que nos concitoyens nous reprochent, à savoir de trop légiférer, au nom de cette hystérie normative des temps modernes qui les exaspère.

Cet article est un carcan de plus que nous imposons aux entreprises en ne leur laissant pas la liberté de fixer la rémunération de certains de leurs salariés. Nous en sommes à détailler le pourcentage d'heures de délégation entrant en ligne de compte, à calculer la moyenne sur laquelle baser les rémunérations... Imaginez l'impression que donnent ces discussions aux chefs d'entreprise, qui croient y voir le peu de considération qu'on leur porte ! Prendre de pareilles mesures, rendre automatique l'évolution salariale des représentants du personnel, c'est avouer qu'on ne leur fait pas confiance.

Que les délégués bénéficient de protections, c'est normal. D'ailleurs, elles existent déjà. Mais qu'ils bénéficient d'augmentations automatiques, cela paraît incongru. Une augmentation se mérite. Elle doit être la reconnaissance du travail bien fait et non un droit acquis.

Là où l'on vous réclame de la souplesse, moins de contraintes, monsieur le ministre, vous imposez le contraire ; là où l'on vous demande d'alléger notre code du travail, vous l'alourdissez. Cet article est un exemple de plus de la déconnexion du Gouvernement du monde de l'entreprise, et un nouvel acte de défiance envers les entrepreneurs. Ce n'est pas ainsi que vous redresserez notre pays et que vous diminuerez le taux de chômage.

Mme la présidente. La parole est à Mme Jacqueline Fraysse, pour soutenir l'amendement n° 199.

Mme Jacqueline Fraysse. La jurisprudence prévoit qu'un représentant syndical ne peut pas être payé moins, dans le cadre de son mandat, qu'il ne l'aurait été dans le cadre de son emploi salarié. Ce raisonnement doit évidemment s'appliquer à l'ensemble des représentants du personnel car si un représentant était moins rémunéré que les autres salariés du fait de son activité syndicale, cela constituerait une discrimination.

Ce projet de loi propose la création d'un mécanisme préventif afin que les représentants dont les heures de délégation atteignent 30 % de la durée du travail aient la garantie d'une augmentation 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 professionnelle et dont l'ancienneté est comparable.

Cette mesure décline concrètement l'obligation des employeurs de ne pas discriminer leurs représentants du personnel, ce qui est une très bonne chose. Elle est d'ailleurs proche de la garantie d'augmentation de salaire qui est appliquée à la suite de congés d'adoption ou de congés de maternité pour éviter toute discrimination du fait de la grossesse.

Dans ce contexte, on comprend mal que le texte limite l'application de ce mécanisme aux seuls représentants qui cumulent plus de quarante-cinq heures de mandat. En effet, le risque de discrimination touche tous les élus sans distinction. Ce n'est pas le nombre d'heures qui les pénalise, c'est leur activité de syndicaliste qui les expose à une potentielle discrimination.

Il s'agit donc par cet amendement de faire appliquer un droit, celui de ne pas être discriminé, qui est valable pour tous les représentants syndicaux.

Mme la présidente. Quel est l'avis de la commission ?

M. Christophe Sirugue, rapporteur. L'objet de ce dispositif n'a rien à voir avec la lutte contre la discrimination, madame Fraysse. Il y a d'autres outils, que nous avons d'ailleurs intégrés, pour cela. Ce que nous poursuivons, c'est une mesure de justice à l'égard de celles et ceux qui, parce qu'ils exercent une activité syndicale, sont les plus éloignés de leur poste de travail. C'est cela que nous voulons corriger à travers l'article 4, en considérant que c'est à partir de ce seuil de 30 % qu'on s'éloigne de manière substantielle de son poste de travail.

La commission est donc défavorable à cet amendement, non pas sur le fond, puisque l'article mentionne les éléments relatifs aux différences salariales, auxquels nous reviendrons d'ailleurs au travers d'autres amendements, mais parce que nous traitons ici non de la lutte contre la discrimination, mais de la reconnaissance d'une justice pour ceux qui exercent ces fonctions syndicales.

Mme la présidente. Quel est l'avis du Gouvernement ?

M. François Rebsamen, ministre. Même position et même avis, madame la présidente.

Mme la présidente. La parole est à Mme Jacqueline Fraysse.

Mme Jacqueline Fraysse. Autrement dit, monsieur le rapporteur, les représentants des salariés qui exerceraient moins de 45 heures de mandat pourraient être moins bien payés, leurs salaires pourraient ne pas être alignés sur les augmentations générales et la moyenne des augmentations de celles et ceux qui n'exercent pas de mandat syndical. C'est là qu'est le problème ! Vous parlez de justice, mais la justice voudrait que tous les représentants syndicaux puissent être assurés qu'ils ne seront pas pénalisés dans leur salaire du fait de leur activité syndicale, quel que soit le temps qu'ils y consacrent. C'est un autre sujet.

Mme la présidente. La parole est à M. le rapporteur.

M. Christophe Sirugue, rapporteur. C'est un sujet de fond. Un salarié qui consacre 10 % de son temps à son activité syndicale sera donc à 90 % de son temps sur son poste de travail. Ses relations avec le chef d'entreprise et la capacité d'évaluation de ce dernier sont donc relativement normales - sauf bien sûr à ce qu'il y ait discrimination, ce qui relève d'un autre dispositif. Nous parlons ici des représentants syndicaux dont le nombre d'heures de délégation dépasse 30 % de la durée du travail, ce qui correspond en gros, dans les faits, à un mi-temps. Or lorsqu'on est

éloigné à mi-temps de son poste de travail, on risque un " décrochage ", non pas sur le fondement d'une discrimination mais tout simplement, vous le verrez au travers d'amendements qui seront défendus dans quelques instants par nos collègues de l'opposition, du fait de l'éloignement du poste de travail. Ce décrochage pourrait priver les représentants des évolutions salariales offertes aux autres salariés. Encore une fois, il faut distinguer la discrimination, que nous traitons par ailleurs, et la situation d'éloignement du poste de travail, dont nous avons considéré qu'elle commençait à être substantielle à partir de 30 % d'heures de délégation, alors qu'en deçà elle n'est pas déterminante. »

3. La consultation de la direction générale du travail

La direction générale du travail a été consultée par le parquet général à propos de l'application de ces dispositions.

S'agissant de **la notion de salarié de même catégorie**, elle reprend les critères prévus par la circulaire du 19 avril 2007 et indique que les salariés de la même catégorie sont ceux qui relèvent du même coefficient dans la classification applicable à l'entreprise pour le même type d'emploi.

Comme indiqué dans le précédent rapport (page 15), la notion de catégorie professionnelle n'est pas définie par l'article L. 2141-5-1 ni par le code du travail. Elle apparaît comme une notion à géométrie variable, selon la matière dans laquelle elle s'applique.

En matière de licenciement économique, cette notion est définie par la jurisprudence comme regroupant l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune (Soc., 13 février 1997, pourvoi n° 95-16.648, Bulletin 1997, V, n° 63 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-13.618 ; Soc., 10 juillet 2019, pourvoi n° 18-10.218). Une catégorie professionnelle regroupe des salariés exerçant des fonctions similaires ne nécessitant pas une formation complémentaire excédant l'obligation d'adaptation (Soc., 27 mai 2015, pourvoi n° 14-11.688, Bull. 2015, V, n° 103).

Cette notion est également utilisée :

- en matière d'élections professionnelles pour déterminer les collèges électoraux et établir les listes électorales. Ainsi, l'article L. 2314-11 du code du travail³ distingue le

³ « Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont élus sur des listes établies par les organisations syndicales pour chaque catégorie de personnel : - d'une part, par le collège des ouvriers et employés ; - d'autre part, par le collège des ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés.

Dans les entreprises d'au moins cinq cent un salariés, les ingénieurs, les chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés ont au moins un délégué titulaire au sein du second collège, élu dans les mêmes conditions.

En outre, dans les entreprises, quel que soit leur effectif, dont le nombre des ingénieurs, chefs de service et cadres administratifs, commerciaux ou techniques assimilés sur le plan de la classification est au moins égal à vingt-cinq au moment de la constitution ou du renouvellement de l'instance, ces catégories constituent un troisième collège.

Par dérogation aux alinéas précédents, dans les établissements ou les entreprises n'élisant qu'un membre de la délégation du personnel titulaire et un membre de la délégation du personnel suppléant, il est mis en place pour chacune de ces élections, un collège électoral unique regroupant l'ensemble des catégories professionnelles. »

collège des ouvriers et employés, le collège des techniciens et agents de maîtrise et le collège des ingénieurs, chefs de service,

- lorsqu'un accord collectif prévoit des différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes. La jurisprudence fait appel à la notion de catégorie professionnelle pour déterminer si une différence de traitement prévue par un accord collectif est présumée justifiée : *« les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »*, Soc., 10 mai 2023, pourvoi n° 21-21.673, 21-21.674, 21-21.675 ; Soc., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-16.418 ; Soc., 26 avril 2017, pourvoi n° 15-23.968, 15-23.969, 15-23.971, Bull. 2017, V, n° 70 ; Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.491 Bull. 2016, V, n° 130 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9.

Selon Mme Ducloz⁴, la notion de catégorie professionnelle pour l'application de cette présomption de justification se définit de la manière suivante : *« Pour l'instant, ses décisions ne concernent que les catégories légales telles que reconnues par la loi du 20 août 2008, **en fonction de la reconnaissance d'un collège électoral spécifique**. S'y ajoutent également, même en l'absence de décision sur ce point, les catégories soumises à une représentation par métiers, à savoir **les journalistes, le personnel navigant technique et le personnel navigant commercial**.*

L'interrogation est, en définitive, de savoir si la chambre sociale s'en tiendra à ces seules catégories professionnelles, ou si elle pourrait admettre, à terme, que constitue une catégorie professionnelle celle qui a été définie comme telle par l'accord collectif et qui s'est vue reconnaître des avantages spécifiques. Dans une telle hypothèse, le contrôle de la chambre pourrait, en définitive, porter sur le caractère artificiel de la catégorie professionnelle créée par l'accord collectif, qui ne reposerait sur aucune réalité concrète. »

Pour déterminer l'existence d'une différence de traitement, le code du travail et la jurisprudence utilisent la notion de travail égal.

On précisera que l'article L. 2141-5-1 fait référence à l'article L. 3221-3 pour définir la notion de rémunération et que l'article L. 3221-2 dispose que *« tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes. »*

Le principe « à travail égal, salaire égal » a été consacré par la Cour de cassation dans l'arrêt Ponsolle qui énonce que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, Bulletin 1996, V, n° 359).

⁴Présomption de justification : éclairages de Fanélie Ducloz, magistrat à la Cour de cassation, *Liaisons sociales Quotidien - L'actualité*, N° 17099, 10 juin 2016

L'article L. 3221-4 du code du travail, qui définit la notion de travail égal, dispose que *« sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse. »*

La seule appartenance à une même catégorie professionnelle n'implique pas une identité de situation au regard du principe à travail égal, salaire égal (Soc., 4 juin 2014, pourvoi n° 12-23.759). Toutefois, la catégorie professionnelle fait partie du faisceau d'indices utilisés pour déterminer si un salarié accomplit un travail égal à un autre.

* Soc., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-10.454, Bull. 2012, V, n° 258

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer une somme à titre de dommages-intérêts pour violation du principe à travail égal, salaire égal en ce qui concerne la qualification du salarié, alors, selon le moyen, qu'en condamnant l'employeur à payer des dommages-intérêts pour violation du principe "à travail égal salaire égal" après avoir elle-même constaté que dans la catégorie ouvrier d'entretien 2e catégorie à laquelle appartient M. [X], ouvriers sont, tout comme lui, classés à l'échelle 6 et un seul à l'échelle 7, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé le principe susvisé ;

Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a relevé qu'il appartenait à l'employeur de justifier par des raisons objectives et pertinentes l'attribution de l'échelle 7 à **un salarié de la même catégorie que M. [X]** et que l'absence de justification fournie par l'employeur créait un préjudice au salarié, qu'elle a souverainement évalué ; que le moyen n'est pas fondé ;

La DGT propose par ailleurs de se référer à la jurisprudence relative **aux panels de comparaison en matière de discrimination pour déterminer les salariés ayant une ancienneté comparable.**

On rappellera que la chambre juge que la constitution et la pertinence du panel de comparaison relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Soc., 20 oct. 2021, n° 20-11.897 ; Soc., 5 avril 2023, pourvoi n° 21-25.838).

La DGT indique enfin que la rédaction de l'article L. 2141-5-1 laisse supposer que **l'examen de la garantie doit avoir lieu à l'échéance des mandats** et ajoute que *« 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'expérience acquise, 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. »*

La DGT souligne en outre que les accords portant sur la garantie d'évolution salariale montre que la périodicité de l'examen de la rémunération du salarié diffère d'une entreprise à une autre.

On précisera que certaines dispositions du code du travail prévoient une période de référence annuelle pour fixer les droits des salariés : c'est le cas de l'indemnité de congés payés, calculée par référence à la rémunération brute totale perçue par le salarié au cours de la période de référence qui est d'une année (articles L. 3141-24 et R. 3141-4 du code du travail), des versements effectués sur les plans d'épargne d'entreprise (L. 3332-10 du code du travail), de la distribution de l'intéressement (L. 3314-8), la répartition de l'intéressement (L. 3314-6), la répartition de la réserve spéciale de participation (L. 3324-5).

Le montant de l'indemnité de licenciement est aussi calculé par référence aux salaires des douze derniers mois (R. 1234-4).

Et l'article L. 1134-5, alinéa 3, du code du travail, dispose que « les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant d'une discrimination, pendant toute sa durée ». Cette réparation inclut l'indemnité de congés payés attachée aux rappels de salaire mis à la charge de l'employeur et doit prendre en compte l'incidence de la discrimination sur la participation et l'intéressement (voir pour une cassation par voie de conséquence sur les demandes relatives à l'incidence de la discrimination sur la participation et l'intéressement : Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 14-29.301).

On rappellera enfin l'obligation pour l'employeur d'organiser des négociations annuelles sur les salaires (articles L. 2241-8 et L. 2241-9 du code du travail).