

Entretien d'évaluation : nouvelles règles

Décider de mettre en place un système d'évaluation des performances dans l'entreprise n'a rien de bien original. Et pourtant, cette démarche répandue et simple en apparence peut se révéler, aujourd'hui, source de difficultés insoupçonnées...

L'entreprise doit plus que jamais maîtriser les arcanes de la consultation des différentes institutions représentatives du personnel si elle ne veut pas risquer, avant même d'avoir commencé l'évaluation, des condamnations en tous genres désastreuses pour son image et son climat social... Encore faut-il pour cela anticiper les évolutions de la jurisprudence. Pas si facile ! C'est ce qu'a appris, à ses dépens, une entreprise poursuivie en référé devant le Tribunal de grande instance de Paris... C'est finalement la Cour de cassation qui a tranché, le 28 novembre 2007 ⁽¹⁾, en innovant.

Arrêt du 28 novembre 2007

Evaluation des performances : un droit de l'employeur

Pour ceux qui en doutaient encore, l'employeur est en droit d'évaluer les salariés. C'est ce qu'a clairement affirmé la Cour de cassation en 2002. Dans une enquête récente ⁽²⁾, 80 % des DRH déclarent que l'entretien est leur outil favori d'évaluation des performances dans l'entreprise.

Moment d'échange et de dialogue, l'entretien d'évaluation peut aussi se révéler être l'instant privilégié d'expression des désaccords entre le collaborateur et son supérieur hiérarchique : désaccord sur le bilan des objectifs réalisés pendant l'année écoulée, sur la fixation des objectifs à atteindre dans l'année à venir ou encore sur la rémunération.

Si l'exercice lui-même n'est pas nouveau, on ne s'étonnera pas, en revanche, qu'il soulève aujourd'hui des questions au regard de la protection de la vie privée ou encore de la santé au travail.

Une illustration récente nous en est donnée dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 novembre 2007.

Evaluation tournant au cauchemar avant d'avoir commencé...

Pour comprendre les termes du débat, rappelons que le Code du travail impose à l'employeur d'informer et de consulter le comité d'entreprise sur « les moyens et les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés » ⁽³⁾. A ce titre, au moins, il était classiquement la seule institution représentative du personnel saisie préalablement ■ ■ ■



Par Sandrine Durieu
Avocat, Cabinet Fidal
Nantes

(1) Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964. (2) Baromètre RH - 2007 Liaisons sociales - CSC - Entreprise & Personnel. (3) C. trav., art. L. 2323-32.

à l'introduction d'un système d'entretiens d'évaluation dans l'entreprise.

Consulté dans ce cadre, un comité d'entreprise a pourtant refusé d'émettre un avis, exigeant au préalable que l'employeur consulte le CHSCT et fasse une déclaration auprès de la CNIL.

Considérant sa consultation irrégulière, le comité d'entreprise (ainsi que plusieurs organisations syndicales) a, par ailleurs, saisi en référé le Président du Tribunal de grande instance de Paris qui l'a suivi dans ses arguments. L'entreprise déboutée a alors saisi la Cour d'appel de Paris en faisant valoir, d'une part, que le support de l'entretien ne constituait pas un fichier à déclarer à la CNIL et, d'autre part, qu'il n'y avait pas lieu de consulter le CHSCT, l'institution n'ayant vocation à intervenir qu'en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail, ce qui n'était pas le cas s'agissant de l'instauration d'entretiens d'évaluation.

Et pourtant... la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir décidé qu'en tant qu'institution chargée de contribuer à la protection de la santé des salariés, le CHSCT devait également être consulté car « *les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail* ».

La Cour a également précisé que l'exigence de déclaration auprès de la CNIL se justifiait s'il était établi que les données personnelles recueillies au cours des entretiens étaient destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé, ce qui, au cas particulier, n'était pas le cas.

Principaux acteurs

L'étendue de l'obligation de l'employeur à l'égard des différents acteurs impliqués est variable selon la nature de l'entretien, des

données recueillies et de leur traitement. L'arrêt de la Cour est l'occasion de faire le point sur les rôles et droits respectifs de chacun de ces acteurs.

CNIL

Si, aux termes de son article 2, la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 ⁽⁴⁾ s'applique « *aux traitements automatisés de données à caractère personnel ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers* » ⁽⁵⁾, seuls les **traitements automatisés de données à caractère personnel** font l'objet d'une obligation déclarative préalable auprès de la CNIL en vertu de l'article 22 de la loi précitée. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 28 novembre 2007 ⁽⁶⁾.

Aux termes des articles 1^{er} et 3 de la norme simplifiée n° 46 ⁽⁷⁾, les traitements automatisés relatifs à l'évaluation professionnelle des salariés font l'objet d'une déclaration simplifiée. C'est ce que souligne la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 3 novembre 2006 ⁽⁸⁾.

Traitement de données à caractère personnel

La loi définit une **donnée à caractère personnel** comme « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne* ».

Elle définit un traitement de données à caractère personnel comme « *toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données,*

⁽⁴⁾ Modifiée par L. n° 2004-801, 6 août 2004. ⁽⁵⁾ « A l'exception des traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles, lorsque leur responsable remplit les conditions prévues à l'article 5 ». ⁽⁶⁾ Cass. soc., 28 nov. 2007, précité. ⁽⁷⁾ Adoptée par la CNIL le 13 janvier 2005, modifiée le 17 novembre 2005. ⁽⁸⁾ CA Paris, 14^e ch., sect. B, 3 nov. 2006, n° 06/06935.

quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

Elle définit enfin un fichier de données à caractère personnel comme « *tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés* ».

Traitement automatisé

La notion de traitement automatisé n'est pas définie par la loi.

Il convient de relever que la convention du Conseil de l'Europe ⁽⁹⁾ stipule que la notion de « *traitement automatisé* » « *s'entend des opérations suivantes effectuées en totalité ou en partie à l'aide de procédés automatisés : enregistrement des données, application à ces données d'opérations logiques et/ou arithmétiques, leur modification, effacement, extraction ou diffusion* ».

Le rapport explicatif de la convention indique ⁽¹⁰⁾ : « *En raison de l'évolution rapide de la technologie du traitement des données, il a été jugé opportun de donner du "traitement automatisé" une définition assez générale et susceptible d'une interprétation flexible.* »

Par ailleurs, dans son avis en date du 15 mars 2007 sur l'interprétation (notamment) de la notion de traitement automatisé, le T-PD ⁽¹¹⁾ affirme que « *la notion de traitement automatisé doit être interprétée comme comprenant la notion de collecte réalisée en vue d'un traitement automatisé.* »

Il est précisé que « *cette interprétation s'applique quelle que soit la façon dont la collecte est réalisée : la collecte peut être réalisée par des moyens auto-*

matiques ou manuellement, le point essentiel étant que des opérations de traitement automatisé soient appliquées aux données ».

Compte tenu de ce qui précède, il convient de retenir une acception large de la notion de traitement automatisé qui s'applique à des données :

- quelles que soient les modalités de leur collecte (automatique ou manuel) ;
- subissant, même partiellement, un traitement automatisé tel que défini par la convention 108 du Conseil de l'Europe.

On relèvera que le simple enregistrement de données à l'aide d'un procédé automatisé entre dans le champ de la définition retenue du « *traitement automatisé* ».

CHSCT

L'article L. 4612-8 du Code du travail prévoit que « *le CHSCT est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail...* ».

Dans l'arrêt précité, la Cour a décidé que la mise en œuvre d'entretiens d'évaluation constitue un aménagement important entrant dans le champ d'application de l'article L. 236-2, alinéa 7 du Code du travail ⁽¹²⁾. A la lecture de cet arrêt, **toute mise en place d'un entretien annuel d'évaluation supposera une consultation préalable du CHSCT.**

Cette jurisprudence pose la question de la consultation du CHSCT pour les entretiens déjà en place. La consultation du CHSCT étant nécessairement préalable à la décision, on pourrait considérer qu'il ne soit pas conforme à l'esprit des textes de procéder à une consultation sur un dispositif déjà existant. En tout état de cause, la consultation devra intervenir en cas de modification des modalités de l'éva- ■ ■ ■

⁽⁹⁾ Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel en date du 28 janvier 1981, art. 2, c. ⁽¹⁰⁾ Paragraphe 31 du rapport. ⁽¹¹⁾ Le comité consultatif de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (T-PD). ⁽¹²⁾ Recodifié en C. trav., art. L. 4612-8.

luation et ce, naturellement, préalablement auxdites modifications.

Compte tenu de la jurisprudence précitée et de l'objet de l'institution, le CHSCT devra examiner les incidences de ces entretiens sur la santé des salariés.

Comité d'entreprise

En application de l'article L. 2323-32, alinéa 2, du Code du travail, le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci. Il en va de même pour tous les dispositifs permettant un contrôle de l'activité des salariés, mais il ne s'agit plus alors d'une simple information mais d'une consultation⁽¹³⁾. Contrairement au CHSCT, et conformément à l'esprit de l'article précité, le comité d'entreprise ne se prononcera pas sur l'impact de l'évaluation sur la santé des salariés mais sur les conséquences des entretiens en termes de conditions de travail, d'évolution de carrière et de salaire.

Il résulte de ces dispositions que le **comité d'entreprise doit être consulté sur toute décision de mise en place d'un entretien annuel d'évaluation**.

L'arrêt de la Cour d'appel rendu le 3 novembre 2006 nous précise que le comité est en droit de refuser d'émettre un avis sur ce thème tant qu'il n'a pas reçu communication de celui du CHSCT.

Enfin, il résulte de cette décision qu'à défaut de communication de ces informations, le comité d'entreprise est fondé à saisir en référé le président du tribunal de grande instance en cessation d'un trouble manifestement illicite.

La sanction de ce non-respect réside, aux termes de cet arrêt, dans l'interdiction sous astreinte pour l'employeur de mettre en appli-

cation le projet d'entretien annuel d'évaluation des salariés tant que ces formalités ne sont pas accomplies.

Salariés

Aux termes de l'article L. 1222-3 du Code du travail, le salarié est informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle utilisées.

Cette information préalable peut intervenir sous une forme individuelle ou collective (par exemple, dans cette dernière hypothèse, par voie d'affichage dans un lieu accessible à tous). La Cour de cassation a décidé que la méconnaissance par l'employeur de son obligation d'informer préalablement les salariés des techniques et méthodes d'évaluation qu'il met en œuvre à leur égard peut justifier l'allocation de dommages-intérêts⁽¹⁴⁾.

Confidentialité des résultats

Les résultats des entretiens d'évaluation doivent rester confidentiels⁽¹⁵⁾. Cette confidentialité est parfois opposée au salarié qui souhaite accéder à son dossier en invoquant la loi Informatique et libertés.

Lors de sa séance plénière du 8 mars 2007, la CNIL a considéré que les valeurs de « *classement annuel* » (« *ranking* ») et de « *potentiel* » sont des données communicables au salarié concerné dès lors qu'elles ont été prises en compte pour décider entre autres de son augmentation de salaire, de sa promotion ou de son affectation.

Elle réaffirme donc le principe selon lequel un collaborateur doit pouvoir accéder à des données de gestion des ressources humaines qui ont servi à prendre une décision à son égard.

Conformément à l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, le salarié peut

(13) C. trav., art. L. 2323-32, al. 3. (14) Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-40.656. (15) C. trav., art. L. 1222-3.

dans ce cas également demander une copie du document comportant ces données d'évaluation, ainsi que la signification des codes ou des valeurs qui lui sont appliqués.

La CNIL rejoint l'analyse de l'Administration qui souligne que l'article L. 121-7 ⁽¹⁶⁾ fait peser sur l'employeur une obligation de transparence en matière de recrutement et d'évaluation professionnelle :

« La loi introduit par ailleurs, au bénéfice des candidats et des salariés, un principe de confidentialité des résultats obtenus. Cette obligation est applicable quels que soient les tests et méthodes ou techniques utilisés. Il est clair qu'il s'agit d'une confidentialité à l'égard des tiers qui n'est pas opposable aux intéressés : ceux-ci peuvent avoir accès, sur leur demande, aux résultats » ⁽¹⁷⁾.



En résumé, il convient donc de procéder dans l'ordre suivant :

1. Déclaration auprès de la CNIL si les données recueillies font l'objet d'un traitement automatisé ;
2. Consultation du CHSCT ;
3. Consultation du comité d'entreprise.
L'avis émis par le CHSCT et la copie de la déclaration à la CNIL (le cas échéant) doivent être préalablement remis au CE ;
4. Information préalable (écrite selon nous) des salariés (par voie d'affichage ou sous forme individuelle). ♦

	Déclaration préalable auprès de la CNIL		Information / Consultation des IRP		Information individuelle
	Traitement automatisé des données personnelles	Traitement non-automatisé des données personnelles	Comité d'entreprise	Comité d'hygiène et de sécurité	
Entretien sans évaluation	OUI	NON	OUI	NON	NON
Entretien avec évaluation officialisée	OUI	NON	OUI	OUI	OUI

⁽¹⁶⁾ Recod. C. trav., art. L. 1222-32. ⁽¹⁷⁾ Circ. DMT n° 93-10, 15 mars 1993, BOMT n° 93-10, 5 juin 1993, p. 39 ; Comm. CNIL 13 avr. 2007.

SCHEMA RECAPITULATIF DE LA PROCEDURE DE MISE EN ŒUVRE D'ENTRETIENS D'ÉVALUATION

