

// le dossier pratique

Entretien d'évaluation : les points de vigilance

Outil de management devenu incontournable, l'entretien d'évaluation constitue un moment de dialogue privilégié entre les salariés et leurs managers pour faire le bilan de l'année écoulée. Bien que souvent redouté par ces derniers, il peut avoir un effet positif en matière de prévention des RPS dès lors qu'il est fondé sur des critères précis et mesurables (*Dares analyse n° 003 du 9 janvier 2015*).

Mais en pratique, l'exercice n'est pas dénué de chausse-trappes, comme l'atteste l'important contentieux. D'où l'importance d'en maîtriser les règles.

1 Mettre en place des entretiens d'évaluation

LE DROIT D'ÉVALUER LES SALARIÉS

La jurisprudence a eu à plusieurs reprises l'occasion de légitimer la pratique des entretiens d'évaluation, en considérant que l'appréciation des aptitudes professionnelles et de l'adaptation à l'emploi est inhérente au pouvoir patronal. Selon la formule de la Cour de cassation, l'employeur tient de son **pouvoir de direction** né du contrat de travail le **droit d'évaluer** le travail de ses salariés et d'apprécier leurs capacités professionnelles (*Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368*).

LES ENTRETIENS D'ÉVALUATION SONT-ILS OBLIGATOIRES ?

Contrairement à l'entretien professionnel (*v. encadré page 3*), **aucune disposition légale** n'impose à l'employeur de recevoir périodiquement le salarié dans le cadre d'un entretien d'évaluation. L'évaluation peut être donc être réalisée de façon unilatérale, sans entretien avec le salarié.

Toutefois, certaines **conventions collectives** imposent de tels entretiens. C'est notamment le cas de la convention collective nationale de la banque (*art. 36*), ou de celle des agences de voyages et de tourisme (*art. 30*).

L'employeur ne peut se soustraire à cette obligation conventionnelle, sauf à se rendre coupable de violation des dispositions conventionnelles et à devoir indemniser les salariés (*Cass. soc., 24 mars 2010, n° 08-*

41.544 : pour la Haute juridiction, l'employeur ne pouvait refuser le passage du salarié à un niveau hiérarchique supérieur dès lors qu'il n'avait pas tenu l'entretien d'évaluation imposé par la CCN des agences de voyages et de tourisme).

À NOTER L'évaluation permet aussi à l'employeur de respecter son obligation générale d'adaptation des salariés à leur poste de travail (*C. trav., art. L. 6321-1*).

TOUS LES SALARIÉS SONT-ILS CONCERNÉS ?

Dès lors que l'entreprise organise des entretiens d'évaluation, tous les salariés doivent en bénéficier. Le fait de **priver un salarié** d'entretien d'évaluation peut laisser présumer l'existence d'une **discrimination** (*Cass. soc., 4 mai 2011, n° 09-70.702*; *Cass. soc., 31 mars 2009, n° 07-45.522*).

Qu'en est-il des **représentants du personnel** ou délégués syndicaux ? La jurisprudence

UN SALARIÉ PEUT-IL REFUSER D'ÊTRE ÉVALUÉ ?

Non, et un tel **refus** peut être considéré comme **fautif**, car l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer le travail de ses salariés (*Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.368*). Si un salarié refuse de se rendre à un entretien d'évaluation, l'employeur peut donc *a priori* le sanctionner pour insubordination. Mais avant d'envisager une telle mesure, il est conseillé d'ouvrir le dialogue avec le salarié pour comprendre les raisons de son refus.

est claire sur ce point : ne pas évaluer un représentant du personnel constitue une **discrimination**, l'absence d'entretien annuel d'évaluation affectant l'évolution de carrière de l'intéressé et parfois son coefficient de rémunération (*Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 10-15.792; *Cass. soc.*, 19 janvier 2011, n° 09-70.076).

Dans tous les cas, le salarié privé d'entretien d'évaluation peut demander **réparation** au titre de la perte de chance d'une évolution de carrière ou d'une possibilité de promotion professionnelle due au défaut d'entretien (*Cass. soc.*, 10 février 2010, n° 08-45.465).

FAUT-IL CONSULTER LE COMITÉ D'ENTREPRISE ET LE CHSCT ?

■ Obligation d'informer et de consulter préalablement le CE et le CHSCT

Le comité d'entreprise doit être **informé et consulté**, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les **moyens** ou les techniques permettant un **contrôle** de l'activité des salariés (*C. trav.*, art. L. 2323-47, abrogé au 1^{er} janvier 2018). La jurisprudence en déduit qu'« un système de contrôle et d'évaluation individuel des salariés ne peut être instauré qu'après information et consultation du comité d'entreprise » (*Cass. soc.*, 12 juillet 2010, n° 09-66.339). Cette consultation doit permettre au CE de donner son avis sur la pertinence et la proportionnalité entre les moyens utilisés et le but recherché.

Par ailleurs, le projet de mise en place d'un dispositif d'entretiens annuel d'évaluation doit être soumis à la **consultation** du CHSCT en raison des conséquences qu'il peut entraîner pour la **santé physique et mentale** des salariés. La Cour de cassation a ainsi jugé obligatoire la consultation du CHSCT en cas de projet d'évaluation au moyen d'entretiens individuels qui peuvent avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération, dès lors que les modalités et enjeux de ce dispositif sont de nature à générer une **pression psychologique** entraînant des répercussions sur les conditions de travail (*Cass. soc.*, 28 novembre 2007, n° 06-21.964).

Dans le même sens, la cour d'appel de Rouen (*CA Rouen*, ch. de proximité, 19 octobre 2010, n° 09-5096) a considéré

que l'introduction d'un nouveau système d'évaluation individuelle des salariés justifie la consultation préalable du CHSCT et le recours à un **expert agréé** car elle constitue une décision d'**aménagement important** modifiant les conditions de travail ou l'organisation de celui-ci au sens des articles L. 4612-8 (devenu L. 4612-8-1, abrogé au 1^{er} janvier 2018) et L. 4614-12 2° du Code du travail (abrogé au 1^{er} janvier 2018).

Le **défaut de consultation** est un **délit d'entrave**. De plus, il constitue un trouble manifestement illicite justifiant la **suspension** du dispositif (*Cass. soc.*, 10 avril 2008, n° 06-45.741). En revanche, il ne permet pas à l'instance non consultée ou aux syndicats de demander la **destruction des évaluations** déjà réalisées. En effet, cette action constitue « un droit exclusivement attaché à la personne des salariés » (*Cass. soc.*, 14 décembre 2015, n° 14-17.152).

■ Dans quel ordre ces consultations doivent-elles être effectuées ?

La consultation du CHSCT doit être **préalable** à celle du CE de façon à ce que ce dernier dispose de l'avis du CHSCT au moment où le projet lui est présenté. Le CE peut parfaitement se prévaloir en justice de l'irrégularité de la consultation du CHSCT, cette irrégularité rejailissant sur la validité de sa propre consultation (*v. Cass. soc.*, 4 juillet 2012, n° 11-19.678).

À NOTER Le comité social et économique (CSE), créé par l'une des ordonnances Macron du 22 septembre 2017 (n° 2017-1386) et destiné à remplacer les DP, le CE et le CHSCT au plus tard le 1^{er} janvier 2020, devra être **informé et consulté** préalablement à la décision de mise en œuvre, dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés (*C. trav.*, art. L. 2312-38, à venir; *v. le dossier juridique* n° 181/2017 du 9 octobre 2017). Selon nous, comme c'est le cas actuellement pour le CE et le CHSCT, cette consultation n'aura pas à être réitérée chaque année. En revanche, en cas de **changement significatif** des méthodes d'évaluation, l'employeur devra de nouveau informer et consulter le CSE.

■ Quid en cas d'avis négatif du CE et/ou du CHSCT ?

Lorsque le CE et/ou le CHSCT rendent un avis négatif sur la mise en place d'entretiens d'évaluation, l'employeur n'est **pas tenu de suspendre son projet**. Selon nous, tel sera également le cas lorsque le CSE rendra un avis négatif sur la mise en place d'un dispositif d'entretiens d'évaluation.

Mais l'employeur doit alors prendre conscience du risque auquel il s'expose. En effet, si un salarié est victime d'un accident du travail, par exemple une dépression nerveuse à la suite d'un entretien d'évaluation, la **faute inexcusable** de l'employeur pourrait être retenue dans la mesure où il avait été averti par les représentants du personnel du danger de la méthode d'évaluation choisie.

FAUT-IL INFORMER LES SALARIÉS ?

À la suite de l'information-consultation des représentants du personnel, l'employeur doit **informer** les salariés des **méthodes et techniques d'évaluation** professionnelle qui les concernent préalablement à leur mise en œuvre (*C. trav.*, art. L. 1222-3). Il doit aussi les informer du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, des conséquences d'un défaut de réponse, ainsi que des

DÉCLARATION À LA CNIL

Lorsque les données collectées lors de l'entretien d'évaluation sont destinées à être enregistrées dans un **fichier informatique**, l'employeur doit préalablement faire une **déclaration à la Cnil**. Une procédure simplifiée est prévue (**norme simplifiée n° 46**) : il suffit à l'employeur d'adresser à la Cnil un formulaire d'engagement de conformité de son dispositif à la norme qu'elle a édictée pour les traitements automatisés relatifs à l'évaluation professionnelle des salariés. Ce n'est que si le dispositif s'écarte des conditions posées dans cette norme que l'employeur doit effectuer une **déclaration normale** (*L. n° 78-17, 6 janvier 1978; Délib. Cnil, n° 2005-002 du 13 janvier 2005*). L'employeur est dispensé de déclaration s'il a désigné un **correspondant informatique et libertés** dans l'entreprise. L'absence de déclaration auprès de la Cnil, y compris par négligence, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de **300 000 € d'amende** (*C. pén.*, art. 226-16). De plus, un salarié ne peut être sanctionné pour avoir refusé de se soumettre à un dispositif de traitement automatisé de données personnelles non déclaré (*Cass. soc.*, 6 avril 2004, n° 01-45.227) à la Cnil.

destinataires des informations recueillies (*fiche pratique de la Cnil, 11 mai 2011*).

Comment procéder à cette information ? En l'absence de précision de la loi, et sauf stipulation de la convention collective, l'**information** des salariés peut intervenir sous une forme **individuelle ou collective**, par exemple, par voie d'affichage dans un lieu accessible à tous (*Circ. DRT 93-10 du 15 mars 1993*).

À NOTER La méconnaissance par l'employeur de son obligation d'informer préalablement les salariés des techniques et méthodes d'évaluation qu'il met en œuvre peut justifier sa condamnation à des dommages-intérêts (*Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-40.656; Cass. soc., 11 avril 2008, n° 06-45.804*).

2 Organiser l'entretien

CONVOCAION DU SALARIÉ À L'ENTRETIEN

La loi et la jurisprudence n'imposent **aucun formalisme**. L'employeur peut donc convoquer oralement le salarié. Reste que, pour des questions de preuve, il est recommandé de procéder par écrit, par exemple, via l'envoi d'un courrier électronique.

La **convocation** doit intervenir **suffisamment tôt** pour permettre au manager comme au salarié de préparer l'entretien.

LE SALARIÉ PEUT-IL ÊTRE ASSISTÉ PAR UNE IRP LORS DE L'ENTRETIEN ?

La chambre criminelle de la Cour de cassation a répondu par la négative (*Cass. crim., 11 février 2003, n° 01-88.014*: assistance du salarié par un délégué du personnel). En effet, cela n'entre **pas dans les missions des représentants du personnel**. L'assistance du salarié lors d'un entretien avec l'employeur n'est prévue qu'en cas d'entretien préalable à un licenciement.

2 Procéder à l'évaluation des salariés

TOUTES LES MÉTHODES D'ÉVALUATION SONT-ELLES PERMISES ?

► Des critères précis, objectifs et pertinents

L'employeur peut mettre en place la méthode d'évaluation qui lui convient. Toutefois, les méthodes ou techniques d'évaluation des salariés doivent être **pertinentes** au regard de la finalité poursuivie (*C. trav., art. L. 1222-3, al. 3*).

La Cour de cassation exige, en outre, que l'évaluation des salariés se fonde sur des **critères précis et objectifs** (*Cass. soc., 14 décembre 2015, n° 14-17.152*).

Dans le même sens, la **Cnil** a indiqué que l'appréciation des aptitudes professionnelles doit se faire sur la base de « **critères objectifs** et présentant un **lien direct et nécessaire** avec l'emploi occupé » (*Délib. Cnil n° 2005-002 du 13 janvier 2005*).

Un système d'évaluation fondé sur des critères flous, « qui ne permettent pas de savoir si ce sont des compé-

COMMENT ARTICULER L'ENTRETIEN D'ÉVALUATION ET L'ENTRETIEN PROFESSIONNEL ?

La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 a institué un entretien professionnel périodique destiné à favoriser les perspectives d'évolution des salariés, notamment en termes de qualifications et d'emploi (*C. trav., art. L. 6315-1; v. le dossier pratique -Form.- n° 86/2016 du 11 mai 2016*). Cet entretien s'impose à tous les employeurs, quel que soit l'effectif, et bénéficie à tous les salariés, quelle que soit la nature de leur contrat (CDI, CDD, temps plein, temps partiel, etc.). Il doit avoir lieu au minimum tous les deux ans et après de longues périodes d'absence telles qu'un congé de maternité, d'adoption, un congé parental d'éducation, ou encore à l'issue d'un mandat syndical. De plus, tous les six ans, il doit être l'occasion d'un état des lieux récapitulatif du parcours professionnel du salarié. L'objet exclusif de l'entretien professionnel est d'évaluer l'employabilité du salarié, de favoriser l'évolution de son parcours professionnel et de mettre en place une réflexion sur ses futurs projets en la matière. Comme le précise l'article L.6315-1, cet entretien ne porte pas sur l'évaluation du travail du salarié. Ainsi, contrairement à l'entretien d'évaluation, il ne doit pas être question des performances du salarié, de ses objectifs à atteindre ou encore de son comportement.

En pratique, comment distinguer ces deux entretiens ? Dans la plupart des entreprises, ces deux entretiens sont organisés à des dates et périodes de l'année différentes, mais il peut arriver que le salarié soit convoqué aux deux entretiens dans le cadre d'un même rendez-vous. La jurisprudence sera peut-être amenée à se prononcer sur ce point mais, à l'évidence, il est important de pouvoir prouver que les deux entretiens ont été menés, non pas de manière concomitante mais consécutive (deux invitations, segmentation du rendez-vous en deux temps, marqués par une pause, élaboration de deux comptes-rendus écrits distincts, etc.).

tences et des objectifs concrets qui sont jugés ou des comportements qui sont évalués, avec le risque de subjectivité », a été jugé illicite par le TGI de Nanterre (*5 septembre 2008, n° 08-05737*).

À NOTER Si l'utilisation de formulaire type, tel que des grilles d'évaluation, permet d'harmoniser les entretiens d'évaluation dans l'entreprise, il est en revanche important d'adapter les critères utilisés selon les postes. Il est également recommandé de recourir à des niveaux d'appréciation, sous la forme de trois à quatre lettres ou chiffres, qui doivent au préalable être expliqués aux salariés.

► Quid du ranking ?

Des juges du fond ont déduit de ces principes que le ranking – système inspiré du modèle américain qui consiste à **classer** les **salariés** en différentes catégories en fonction de leurs **performances** professionnelles et à fixer l'augmentation des salaires en relation avec ce classement – est **licite**, dès lors qu'il repose sur des **éléments objectifs** et **non discriminatoires**, qu'il est fondé sur des **critères préétablis**, objectifs, connus et contrôlables, et qu'il n'a pas un caractère disciplinaire (*CA Grenoble, ch. soc., 13 novembre 2002, n° 02/02794 Hewlett Packard*).

Il en va autrement du système de « **ranking par quotas** ». Ce système d'évaluation consiste à classer les salariés en différentes catégories en fonction de leurs performances professionnelles, tout en **imposant** à l'évaluateur de respecter impérativement, pour chaque catégorie, un **pourcentage prédéterminé de salariés à affecter**. La Cour de cassation condamne une telle méthode d'évaluation reposant sur la création de groupes affectés

de quotas préétablis que les évaluateurs sont tenus de respecter. Les aptitudes du salarié n'ont en effet pas à être minimisées ou surévaluées pour remplir des quotas préétablis. La Haute juridiction semble toutefois **admettre** les quotas présentés à **titre purement indicatif** dès lors que l'évaluation reste fondée sur une appréciation objective des compétences et du travail des salariés (*Cass. soc.*, 27 mars 2013, n° 11-26.539; v. l'actualité n° 16319 du 4 avril 2013).

TROIS QUESTIONS À...

Julie Lamadon, avocate associée au sein du cabinet NORMA Avocats

Comment en pratique évaluer un représentant du personnel ?

L'exercice d'un mandat syndical et/ou électoral participe de l'activité professionnelle et n'est pas de nature à empêcher l'évaluation du travail du représentant du personnel, mais il faut être vigilant à ne pas adopter de pratiques discriminatoires. L'article L. 2141-5 al. 3 du Code du travail prévoit l'organisation d'un entretien en début de mandat, à la demande du représentant du personnel, afin d'évoquer les modalités pratiques d'exercice du mandat dans l'entreprise au regard de son emploi. Il peut alors être fait état des modalités de l'évaluation. Il peut être également convenu d'organiser des entretiens intermédiaires, à la demande du salarié qui souhaiterait aborder la question de son mandat au regard de son travail. Ces entretiens mettraient en présence le salarié, éventuellement accompagné, et son supérieur hiérarchique, accompagné du DRH.

Pour des représentants qui seraient entièrement détachés sur leurs mandats, l'évaluation de leur activité professionnelle n'est, de fait, plus possible. En revanche, ils ne sauraient être exclus d'un processus d'évaluation, orienté vers leur évolution professionnelle, qui s'apprécie en fonction des compétences acquises et mises en œuvre dans le cadre de l'exercice du mandat. Afin de garantir la neutralité dans cette évaluation spécifique de compétences, il faut s'appuyer sur des outils tels que la VAE, les bilans de compétences, le compte personnel de formation, etc. L'interlocuteur principal du salarié devra prioritairement être un DRH, et non le supérieur hiérarchique. Dans le cas des « représentants 100% », cet entretien s'apparente donc plus à un entretien professionnel, qu'il serait alors opportun de réaliser annuellement.

Comment peut-on alors tirer des conséquences en termes d'augmentation individuelle de salaire ?

Il est conseillé de construire une grille spécifique et objective d'analyse. Mais il est alors recommandé d'obtenir l'adhésion entière des représentants du personnel dès le début du mandat. Soulignons bien qu'il ne s'agit pas d'apprécier la qualité de l'action représentative du représentant du personnel, mais bien ses compétences techniques. À défaut, la question des augmentations individuelles de salaire des « représentants 100% » reste déconnectée de toute évaluation et se rattacherait par exemple à une moyenne des augmentations des salariés de situation comparable.

Comment mettre en place ces pratiques ?

Le moyen le plus sûr est la signature d'un accord collectif spécifique, déterminant les mesures à mettre en œuvre pour concilier vie professionnelle et carrière syndicale (*C. trav.*, art. L. 2141-5, al. 2) ou de les intégrer dans un accord GPEC (*C. trav.*, art. L. 2242-2 et L. 2242-20). À défaut d'accord collectif, l'adhésion individuelle du représentant du personnel aux mesures d'évaluation s'avère préférable. Dans tous les cas, il s'agira d'être particulièrement attentif à la question des suites de « l'évaluation » : une reconnaissance d'acquisition de compétences nouvelles ne se traduit pas nécessairement, à la sortie du mandat, par une possibilité de promotion ou de changement de poste en interne.

► Et les critères comportementaux ?

Pour l'évaluation des salariés, les critères comportementaux sont à manier avec précaution. Ils sont en effet **admis** par les juges du fond mais avec de sérieuses **restrictions**.

La Cour d'appel de Toulouse a ainsi estimé que, « si, pour apprécier les aptitudes professionnelles d'un cadre dont l'activité n'est pas toujours quantifiable (animation de projet, direction d'équipes, etc.), des critères reposant sur le comportement ne sont **pas a priori illicites**, encore faut-il qu'ils soient **exclusivement professionnels** et suffisamment **précis** pour permettre au salarié de l'intégrer dans une activité concrète et à l'évaluateur de l'apprécier avec la plus grande objectivité possible ».

Il faut, en revanche, bannir des critères « dont la **connotation morale** rejaillit sur la **sphère personnelle** », et qui « sont trop **imprécis** pour établir une relation directe suffisante avec une activité professionnelle identifiable » et qui « nécessitent une appréciation trop subjective de la part de l'évaluateur ». Le critère « agir avec courage » a ainsi été jugé trop subjectif (*CA Toulouse*, 21 septembre 2011, n° 11/00604).

En revanche, des critères tels que l'ouverture vers l'extérieur, la clairvoyance, l'imagination, la capacité à fédérer et l'expertise ont été jugés légitimes par la Cour d'appel de Versailles. Ces compétences entrent parfaitement dans le cadre de l'évaluation professionnelle « au sens strict du terme », dans la mesure où elles sont développées en relation avec le travail effectué. Le fait que celles-ci soient détaillées, et donc rendues vérifiables, a emporté ici la conviction des juges (*CA Versailles*, 6^e ch., 2 octobre 2012, n° 12/00276).

► Des critères et méthodes compatibles avec la préservation de la santé des salariés

Les juges veillent à ce que la méthode retenue ne vienne pas accentuer les **risques psychosociaux** au sein de l'entreprise. La pratique des entretiens d'évaluation est en effet susceptible d'avoir des répercussions sur la santé au travail. C'est ainsi qu'une **dépression nerveuse soudaine**, reconnue comme ayant une relation de cause à effet avec un entretien d'évaluation, a été qualifiée d'**accident du travail** (*Cass. soc.*, 1^{er} juillet 2003, n° 02-30.576; v. aussi : *Cass. soc.*, 29 novembre 2006, n° 04-47.302).

L'impact de la méthode d'évaluation sur la santé des salariés est donc un élément retenu par les juges pour valider ou au contraire invalider les méthodes d'évaluation. A ainsi été jugé valide un système de « **benchmark** », consistant à évaluer continuellement la performance de ses commerciaux par une comparaison permanente de leurs résultats, dès lors qu'il n'était **pas source de souffrance collective** pour les salariés. Des garde-fous avaient en effet été mis en place par l'employeur : les **résultats** de chacun des **salariés** n'étaient **pas consultables par les autres**, mais seulement par le salarié concerné et son manager ; des **formations** spécifiques avaient été mises en place à l'attention des managers et des postes aménagés pour les salariés qui ne souhaitent plus exercer de fonctions commerciales (*CA Lyon*, 21 février 2014, n° 12/06988).

À NOTER L'évaluation peut être jugée constitutive d'un harcèlement moral. Ainsi, une évaluation professionnelle, auparavant satisfaisante, devenue ensuite défavorable, a été, ajoutée à d'autres éléments, reconnue comme un facteur de harcèlement (*Cass. soc.*, 19 janvier 2011, n° 09-68.009).

■ Qu'en est-il d'un système d'autoévaluation ?

La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question. Mais dans un arrêt du 19 décembre 2014 (CA Versailles, 6^e ch., 19 décembre 2014, n° 13-03952; v. l'actualité n° 16758 du 23 janvier 2015), la Cour d'appel de Versailles a validé un dispositif fondé sur l'autoévaluation du salarié, au motif « qu'**aucune disposition** régissant la matière **ne proscri**t l'implication du salarié dans son évaluation, par sa propre appréciation des résultats qu'il a atteints et des conditions dans lesquelles il est parvenu à ces résultats ». Les juges d'appel ont relevé que ce dispositif n'était pas incompatible avec les dispositions conventionnelles imposant la tenue d'un entretien et l'établissement d'un écrit, la procédure mise en place par l'employeur prévoyant, préalablement à l'entretien, une évaluation écrite par le salarié lui-même puis par son responsable. La cour a ainsi infirmé le jugement du Tribunal de grande instance (TGI) de Nanterre ayant estimé que le système d'autoévaluation ne pouvait constituer une information en lien direct et nécessaire avec l'évaluation des aptitudes professionnelles du salarié en ce que « le regard qu'il est obligé de porter sur lui-même n'est non seulement pas une information sur ses aptitudes professionnelles proprement dit, mais en sus ne présente avec elles qu'un lien indirect, en l'occurrence totalement oblique » (TGI Nanterre, 12 septembre 2013 n° 11/12781).

CAS PARTICULIER DE L'ÉVALUATION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL OU SYNDICAUX

■ Peut-on instituer un système d'évaluation spécifique ?

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, l'employeur ne pouvait pas instaurer un système d'évaluation propre aux représentants du personnel, la Cour de cassation considérant que la mise en place d'un tel système faisait de l'appartenance syndicale un critère d'application d'un régime différent de celui des autres salariés et caractérisait ainsi une discrimination (Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-42.066).

Depuis l'intervention de la loi du 20 août 2008, complétée par la loi Rebsamen du 17 août 2015, cette solution n'est plus applicable. La loi impose en effet de déterminer par **accord collectif** les **mesures** à mettre en œuvre pour **concilier** la **vie professionnelle** et les **fonctions syndicales** et **électives**, et pour prendre, dans l'**évolution professionnelle** des représentants du personnel désignés ou élus, l'expérience qu'ils ont acquise dans le cadre de leurs mandats (C. trav., art. L. 2141-5). Par ailleurs, à défaut d'accord d'entreprise portant sur la négociation obligatoire sur la GPEC ou en cas de non-respect de ses stipulations (C. trav., art. L. 2242-2), dans les entreprises ou groupes d'**au moins 300 salariés**, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprise de dimension communautaire comportant au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés en France, la **négociation triennale** sur la GPEC doit aborder la question du **déroulement de carrière** des salariés exerçant des responsabilités syndicales et celle de l'exercice de leurs fonctions (C. trav., art. L. 2242-20). Dans le cadre de ces accords, il est donc tout à fait possible, voire recommandé, de prévoir des **modalités spécifiques** pour les **entretiens d'évaluation** des titulaires de mandats syndicaux ou électifs.

C'est le cas d'un certain nombre d'accords de branche et d'entreprise, qui prévoient notamment l'organisation

d'entretiens selon une périodicité particulière ou la présence lors de l'entretien d'un interlocuteur syndical (pour des exemples, v. le dossier « Négociation sur les moyens syndicaux et les carrières syndicales », dossier convention collective -Syndicats- n° 156/2016 du 1^{er} septembre 2016).

Voir aussi le point de vue de maître Julie Lamadon, dans l'encadré ci-avant.

■ Peut-on faire référence au mandat ?

L'évaluation professionnelle des représentants du personnel et des représentants syndicaux peut s'avérer problématique lorsque, du fait de l'exercice de leur mandat, ils n'assurent que peu, voire plus du tout, leurs fonctions professionnelles.

Pour autant, il faut absolument **éviter**, au cours de l'entretien et dans le compte-rendu de l'évaluation, de **faire état des mandats** représentatifs ou syndicaux de l'intéressé, au regard par exemple des conséquences que cela peut avoir sur son emploi du temps. En effet, **sauf** application d'un **accord collectif** sur le déroulement de la **carrière syndicale** visant à assurer la neutralité du mandat en la matière ou à le valoriser, l'activité syndicale ne peut pas être prise en considération dans l'évaluation professionnelle d'un salarié (Cass. soc., 23 mars 2011, n° 09-72.733).

La **mention** de la qualité de représentant du personnel dans les fiches d'évaluation, ajoutée à d'autres éléments, laisse **présumer** l'existence d'une **discrimination** syndicale (Cass. soc., 15 février 2006, n° 04-41.667).

Même sans connotation péjorative, la simple mention d'une **disponibilité réduite** du salarié du fait de ses fonctions syndicales suffit à faire présumer l'existence d'une discrimination (Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-16.656, à propos d'une fiche d'évaluation indiquant qu'un délégué ne pouvait exercer certaines activités « en raison du temps partiel résultant de l'exercice de ses nombreux mandats »; Cass. soc., 20 février 2013, n° 10-30.028, à propos des fiches d'évaluation d'une salariée dont l'évolution de carrière se situait bien en deçà de la progression de rémunération enregistrée par la moyenne des salariés, faisant référence aux activités syndicales et prud'homales d'une déléguée, dénoncées sous l'appellation « présentisme » comme entraînant une présence insuffisante au travail).

A pu être condamné pour discrimination syndicale l'employeur ayant évoqué dans l'entretien les **absences** et **perturbations** qu'engendre l'activité syndicale dans l'organisation du travail (Cass. soc., 1^{er} juillet 2009, n° 08-40.988).

Il en est *a fortiori* ainsi lorsque le **mandat** est **présenté de manière négative**. C'est ainsi qu'a pu bénéficier de dommages-intérêts en raison d'une mesure discriminatoire le salarié dont le supérieur hiérarchique a mentionné, lors de son entretien professionnel annuel, qu'« il n'est **pas motivé** pour la vente de par ses nombreuses activités syndicales, et que sa **présence irrégulière** ne permet pas un management correct et une implication satisfaisante de sa part » (Cass. soc., 17 octobre 2006, n° 05-40.393 F-PB). Même solution s'agissant d'un salarié dont le compte rendu d'entretien mentionnait, au titre des « remarques sur le contexte et/ou les circonstances ayant eu une influence sur l'atteinte des objectifs », « beaucoup de pollutions extérieures générées par ses autres missions ». Au titre de « l'appréciation des aptitudes professionnelles » : « trop pollué par ses autres fonctions ». En appréciation globale, l'évaluateur concluait qu'il est très « compliqué » de travailler avec l'intéressé « car ses autres missions et son historique

perturbent le bon fonctionnement de l'équipe » (CA Versailles, 15^e ch., 13 juillet 2011, n° 10/03731).

3 Les suites de l'entretien d'évaluation

LE SALARIÉ A-T-IL ACCÈS AU COMPTE RENDU DE L'ENTRETIEN ?

Le Code du travail le dit expressément : les résultats des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle sont **confidentiels** (C. trav., art. L. 1222-3).

Pour autant, le salarié a un droit d'**accès aux comptes-rendus d'évaluation** qui le concernent. Selon la Cnil (v. fiche pratique « l'évaluation des salariés : droits et obligation de l'employeur », disponible sur www.cnil.fr), si la notation annuelle et le potentiel de carrière des salariés sont des données confidentielles au sein des entreprises, la loi « **informatique et libertés** » garantit à tout salarié le droit d'en obtenir communication dès lors que ces informations sont destinées à prendre une décision à son égard. Le salarié peut ainsi demander la **copie intégrale** des données d'évaluation qui le concernent, ainsi que la signification des codes et des valeurs utilisés.

La Cour de cassation considère que la **non-communication** de sa fiche de notation à un salarié qui en fait la demande constitue un des éléments permettant de caractériser un comportement **discriminatoire** à son encontre (Cass. soc., 23 octobre 2001, n° 99-44.215).

À NOTER Il est courant de faire signer au salarié le compte-rendu de son entretien d'évaluation. Le refus du salarié de le signer et la manifestation de son désaccord avec les appréciations qui y sont portées ne constituent pas une faute justifiant une mise à pied (CA Chambéry, 19 janvier 2010, n° 09-1180) ou un licenciement (CA Versailles, 9 octobre 2010, n° 07-3427).

LES RÉSULTATS DE L'ÉVALUATION PEUVENT-ILS FONDER UN LICENCIEMENT ?

Les résultats de l'évaluation peuvent constituer une **justification objective** des décisions de l'employeur dès lors que l'évaluation est fondée sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination prohibée (Cass. soc., 5 novembre 2009, n° 08-43.112). Il en est ainsi des décisions concernant le **salaire** et l'**évolution professionnelle**, mais aussi de **sanction** ou de licenciement. À l'évidence, un ou plusieurs comptes-rendus d'entretiens d'évaluation faisant état de lacunes ou de manquements pourraient être **produits en cas de litige** pour justifier un licenciement. Mais ils ne peuvent bien évidemment être un moyen suffisant, le licenciement devant être étayé par des faits précis, objectifs et vérifiables. À l'inverse, en présence d'un compte-rendu d'entretien positif, il sera difficile pour l'employeur de justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle (v. par exemple : Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-68.693, à propos d'un compte-rendu d'entretien, établi moins de deux mois avant le licenciement et évoquant « un vrai travail et des compétences certaines entachées par certaines libertés, rien d'irréversible »).

PENDANT COMBIEN DE TEMPS CONSERVER LES DONNÉES D'ÉVALUATION ?

Selon la Cnil, les données d'évaluation ne peuvent être conservées au-delà de la période d'emploi de la personne concernée (v. fiche pratique « l'évaluation des salariés : droits et obligation de l'employeur », disponible sur www.cnil.fr). Toutefois, il est possible de conserver ces informations plus longtemps, notamment lorsqu'il s'agit de se prémunir contre une éventuelle action en justice d'un ancien salarié. Il faut alors les stocker sur un serveur spécifique, accessible à un nombre limité de personnes et prévoir une traçabilité des opérations de consultation. ■