

● **Édito** *rial*

Vous avez dit évaluation ?

Ce troisième numéro de « Cadres et Droit » est consacré en grande partie aux processus d'évaluation, sujet particulièrement sensible pour nos catégories, par leurs conséquences sur la rémunération, la carrière, voire l'emploi ou la santé. Comme souvent, le patronat a détourné à son avantage une aspiration naturelle des travailleurs, la reconnaissance de leurs efforts et de leurs résultats, et transformé l'évaluation en procédés de normalisation et de sélection. Procédés souvent brutaux, sous un habillage de méthodes pseudo-scientifiques et d'un jargon importé d'Outre-Atlantique. Face à ces dérives, l'action juridique a permis le développement d'une jurisprudence abondante, renforçant l'encadrement de ces pratiques. Mais celle-ci ne peut suffire : l'évaluation est d'abord une question revendicative, très liée à toutes les autres. La critique des méthodes utilisées par le patronat est inséparable de notre bataille pour la reconnaissance des qualifications et d'un droit au déroulement de carrière. Elle pose aussi des questions essentielles : le sens du travail, l'éthique professionnelle, les rapports de l'individu au collectif de travail... Compte tenu de la situation qui sévit dans la plupart des entreprises, le terme « évaluation » a pris une connotation négative et nos expériences sont d'abord celles de luttes revendicatives et judiciaires visant à faire déclarer

● ANALYSES

Évaluation, une copie patronale à revoir

● VEILLE JURISPRUDENTIELLE

L'évaluation face aux juges

Visitez le site de PRUDIS-CGT

Ce site ouvert à toutes et à tous s'adresse aux conseillers prud'hommes, mais les autres militants intéressés par le droit du travail y feront aussi de belles découvertes.

- Actualité des formations et documentation proposées par PRUDIS-CGT.
- Formation en ligne par vidéo, fiches et quiz d'auto-évaluation (11 thèmes déjà disponibles).
- La procédure prud'homale en pratique (derniers articles mis en ligne : que faire si on vous pose une QPC ? Le danger des procédures de mise en état imposées dans certains conseils).
- Des fiches thématiques (par exemple, « Objectifs et insuffisance de résultat »).

Et bien d'autres choses...

A bientôt donc sur <http://prudis-cgt.net>

illicites, donc à suspendre ou annuler, des procédés particulièrement destructeurs. Mais l'Ugict-CGT, organisation syndicale tournée vers la construction de perspectives de progrès, ne renonce pas à imposer des critères et des méthodes d'évaluation basées sur les besoins des salariés. Nous en faisons même un élément clé d'un management alternatif. Nul doute que le 16^{ème} congrès de l'Ugict-CGT sera l'occasion d'approfondir le sujet et nous espérons que ce bulletin y aura contribué. Cet édito sera aussi l'occasion de remercier celles et ceux qui ont bien voulu nous faire connaître leur intérêt pour « Cadres et Droit » ; et de rappeler que vos critiques, informations ou suggestions seront toujours les bienvenues.

● ÉLECTIONS PAR CORRESPONDANCE ET VOTE INTERNET : NOUVELLES REGLES

L'exemple du renouvellement des conseils d'administration des caisses de retraite complémentaire AGIRC

Evaluation, une copie patronale à revoir

Depuis 20 ans, les entretiens individuels d'appréciation du personnel se développent dans la plupart des entreprises privées. Ils entrent dans la fonction publique. Ce qui n'était au départ qu'une spécialité de quelques entreprises américaines, est devenu un exercice courant pour tous les cadres et s'étend à l'ensemble des salariés.

Les évaluations : un marché lucratif

Affiché au départ comme une «opportunité d'échange privilégié» entre le salarié et sa hiérarchie, l'entretien individuel devient un outil pivot du management. Un véritable marché est né pour quelques sociétés de conseil qui tendent à imposer un système d'évaluation des «performances» individuelles et collectives des salariés. Les mêmes cabinets conseillent une multitude d'entreprises à travers le monde. C'est ainsi que les mêmes méthodes et programmes de formation sont dispensés. La métaphore de la bataille d'Angleterre contre la Luftwaffe est prodiguée d'Axa à La Poste, pour rappeler aux salariés qu'ils doivent consentir des efforts importants pour faire face à la concurrence. Le langage paradoxal est fréquent dans les discours patronaux. Le marché devient ici l'ennemi n°1 contre lequel il faut se souder. Le deuil du métier fait partie des sacrifices.

Performances : des salariés contraints de prendre tous les risques

L'évaluation des «performances» mesure le degré de réussite des objectifs, sous forme de taux qui détermine le montant d'une prime variable en fonction des résultats. Depuis la suppression des augmentations annuelles, les cadres voient leurs revenus baisser. Ils jugent avec pessimisme leurs perspectives d'évolution et n'ont souvent d'autres choix que d'opter pour le système des primes afin de maintenir leur pouvoir d'achat. Les directions leur fixent des objectifs et se désengagent des

moyens et des modes opératoires à mettre en œuvre pour les atteindre. Le contrôle exercé par l'employeur se déplace vers une appréciation des résultats relatifs à ces objectifs. Profitant des capacités d'autonomie des cadres et de leur aspiration à exercer leurs responsabilités, l'employeur tente de faire de la réalisation des objectifs une obligation dont le cadre serait comptable. Cela revient à transférer le risque de l'entreprise sur le salarié et à lui faire supporter les conséquences d'un mauvais résultat. C'est le principe même de la relation salariale qui en est modifié.

La montée en puissance des critères comportementaux

Ces nouvelles méthodes d'évaluation sont articulées à des référentiels des métiers, des compétences ainsi qu'à des outils informatiques qui assurent la traçabilité des résultats. Des critères comportementaux ont été introduits. «Agir avec courage, ce n'est pas seulement prendre des décisions, c'est aussi suivre les politiques de la société, mettre en œuvre les décisions prises, comprendre et partager la vision à long terme d'Airbus, tout en assurant que nos actions et méthodes de travail sont alignées avec cette vision», affirme Monsieur Bregier, le Pdg de la société. En croisant le niveau d'atteinte des objectifs avec la conformité aux valeurs et aux comportements requis, il est possible de relativiser la performance, et de sanctionner une personne ayant d'excellents résultats !

Des quotas fixés à l'avance

Parallèlement, une nouvelle méthode est apparue. Elle consiste à

attribuer une note aux salariés en les comparant et en les classant les uns par rapport aux autres. Le jugement ne porte pas tant sur les résultats professionnels que sur le classement par comparaison des personnes ! Le salarié se voit attribuer un niveau. Le classement détermine une accélération de carrière, le niveau de la part salariale variable, les sanctions et l'exclusion... Le pire, c'est que certaines directions définissent à l'avance les quotas de salariés par niveaux de performance, et recommandent aux managers d'attribuer un certain nombre de mauvaises notations. Jack Wech, qui a été le patron de General Electric pendant 20 ans, a été l'un des premiers à formaliser la nécessité d'éliminer ceux qui sont classés parmi les moins «performants». «Montez dans la hiérarchie ou partez!». La direction d'Airbus a voulu mettre en place ce classement forcé des salariés répartis en 20% de «top performers», 70% de «conformes aux attentes» et 10% de «faibles performers». Toutes les formes du totalitarisme sont ici présentes ! Pour ceux qui subissent de tels systèmes, le pire en matière d'évaluation est atteint, et le rejet est total.

L'Ugict combat ces formes d'évaluations

Toutes les formes d'évaluation basées sur des principes de discrimination, d'inégalité de traitement, ou comportant des critères comportementaux totalement subjectifs ont des effets hautement nocifs et doivent être combattus énergiquement. L'Ugict les condamne fermement et préconise pour cela d'utiliser toute la palette des moyens : rapports de force, batailles

juridiques, recherches de convergences entre évaluateurs et évalués.

Le travail c'est la santé !

Chacun sait aujourd'hui que ces méthodes blessent, parfois tuent, démotivent et sont contre-productives. Toutes les enquêtes menées depuis quinze ans auprès des salariés cadres, ingénieurs et techniciens, démontrent qu'un véritable malaise se développe dans l'entreprise. L'insatisfaction, la démotivation et l'indignation des salariés grandissent. Les salariés dénoncent le management par la performance, les classements qui induisent une mise en concurrence permanente des salariés, la hausse des pressions et de la charge de travail. Les systèmes de notation qui poussent à être le/la meilleur(e), reposent sur une apologie de l'élitisme qui prône le dépassement permanent de soi, avec les limites que nous constatons : burn-out, dépression, licenciements de ceux qui sont mal notés. De fait, les pratiques d'individualisation des rémunérations

**Toutes les
enquêtes menées
depuis quinze ans
auprès des salariés
cadres, ingénieurs
et techniciens,
démontrent qu'un
véritable malaise se
développe dans
l'entreprise.**

font pression sur le niveau des salaires et ont renforcé les écarts entre les revenus des cadres dirigeants et l'ensemble du salariat, cadres compris. Dans ce contexte de réduction des effectifs, de forte modération salariale, d'autonomie sous contrôle, de rythmes de travail et de délais imposés, ces méthodes individualisant la relation salariale, favorisent la dévalorisation de soi et l'épuisement du personnel. Elles détruisent la confiance entre les salariés et la convivialité dans le travail. Elles font parties des principaux facteurs de stress, lequel est jugé par les médecins à un niveau extrêmement élevé.

La critique des stratégies d'entreprise à court terme

Les méthodes d'évaluation individuelle fondées sur la mesure des performances à court terme débouchent sur la perte de sens du travail. Des décisions prises à court-terme, sans délibération ni concertation avec les différents services concernés, entraînent des changements d'orientations permanents. Faire-faire des choses en dépit du bon sens, entraîne une perte de sens et d'utilité du travail. «*La moitié des cadres estiment que les nouvelles orientations et organisations du travail dictées par une gestion à court terme, entrent en contradiction avec leur éthique personnelle⁽¹⁾ dans l'exercice de leur métier. Ils sont nombreux à penser que les choix stratégiques de leur entreprise ou de leur administration ne vont pas dans le bon sens. Ce point est particulièrement soulevé par les femmes, les jeunes de moins de 35 ans et les salariés de la fonction publique*». Le déni de «*la dispute professionnelle*» est à l'origine d'un véritable dilemme ressenti de manière assez générale aujourd'hui par l'ensemble du salariat, celui de «*la qualité empêchée⁽²⁾*». Par exemple, dans les hôpitaux, les personnels de santé sont pris dans des injonctions contradictoires entre la qualité des soins et la réduction des effectifs.

La hausse de la charge de travail

L'absence de réflexion commune sur les objectifs et les moyens alloués permet ainsi d'alourdir la charge de travail de chacun. Les problèmes de sur-activité des cadres sont donc à relier à l'individualisation des objectifs. Les fondements théoriques sur lesquels s'appuient ces méthodes relèvent du scientisme et ne reposent sur

Les systèmes de notation qui poussent à être le/la meilleur(e), reposent sur une apologie de l'élitisme qui prône le dépassement permanent de soi, avec les limites que nous constatons : burn-out, dépression, licenciements de ceux qui sont mal notés.

aucune rationalité. Leurs effets, pourtant, sont bien réels. L'Ugict met en débat la nécessité de promouvoir une autre évaluation. Il s'agit d'expliquer, d'argumenter sur le sens des évaluations et de proposer d'autres formes d'évaluation qui ne se confondent pas avec celles qui sont pratiquées actuellement par le patronat.

D'importantes bagarres juridiques à mener

Les syndicats CGT d'Airbus et l'Ugict-CGT ont saisi le Tribunal de Grande Instance de Toulouse pour demander au Tribunal de :

- ⇒ constater que les institutions représentatives du personnel n'ont pas été informées ni consultées valablement sur les processus d'évaluation des salariés cadres résultant de l'application de l'outil «*Performance et Développement*» ;
- ⇒ dire que les critères comportementaux «*The Airbus Way*» intégrés dans l'outil P&D sont illicites ;
- ⇒ dire que la fixation de quotas de salariés par niveaux de performance est illicite...

L'audience d'appel sur cette affaire a été fixée au 15 juin 2011. Nous y reviendrons dans un prochain numéro de «*Cadres et Droit*». D'ici là, n'hésitez pas à nous remonter vos commentaires sur le sujet et vos initiatives sur le terrain. Vous trouverez dans l'article suivant, «*L'évaluation face aux juges*», l'analyse juridique et les actions déjà gagnées dans cette bataille face aux stratégies patronales.

Besoin d'une autre évaluation

Toute évaluation n'est pas perverse. Ce qui est en question ce n'est pas le principe même de l'évaluation, mais le type d'évaluation. L'évaluation du travail ne se confond pas avec des questions de performance, de quotas, de bons et de mauvais promus aux futures charrettes.

Christophe Dejours⁽³⁾ explique pourquoi chacun d'entre nous a besoin d'évaluation. «*La plupart d'entre nous souhaitons être utiles. Il suffit, pour s'en convaincre, de se tourner vers les gens qui sont mis au placard... L'évaluation porte en elle, la possibilité de donner un retour à celui qui travaille sur l'utilité et la qualité de ce qu'il donne de lui-même ; de ce qu'il offre de lui-même à l'entreprise, l'organisation, l'administration. En échange de la contribution qu'il apporte à l'organisation du travail, chacun attend une rétribution. La composante de la rétribution dans sa dimension symbolique, la plus importante, est la reconnaissance. Celle-ci porte sur le faire et non sur l'être, sur le travail et non sur la personne*».

La nature réelle du travail

Pour Yves Clot⁽⁴⁾, la notion de qualité du travail est au cœur de l'évaluation des actes professionnels. Le chercheur du Cnam indique que «*la notion de qualité du travail n'est pas univoque. Elle possède des significations différentes, qui peuvent entrer en conflit entre elles : qualité de vie au travail, qualité du produit final du travail, qualité du processus du travail comme adéquation optimale entre les objectifs de l'entreprise et l'organisation du travail*». Pour laisser place à une réelle évaluation du travail, il faut pouvoir délibérer sur les lieux de travail, de la nature réelle du travail et des critères de ce qui fait la qualité de l'activité menée.

Promouvoir une autre évaluation

Le travail est collectif. Nous avons besoin de débattre collectivement de ce que veut dire «*le travail bien fait*», de faire collectivement le bilan des orientations et des moyens. Si l'on veut viser la cohésion du collectif et l'épanouissement au travail, il faut accorder une place et du temps à la délibération. Or, «*nous ne pouvons délibérer que sur ce qui dépend de nous et que nous pou-*

vons réaliser par nous-mêmes»⁽⁵⁾. Les directions doivent prendre en compte les opinions des intéressés. C'est autour de controverses, de débats, face à la discussion que l'on apprend des choses. La présence des gens de métiers, de ceux qui ont de l'expérience, des anciens capables de transmettre leurs savoirs aux jeunes générations, est précieuse. Sans la liberté d'objection, il n'est pas possible de parler du travail, d'analyser ses réussites, ses difficultés, les problèmes rencontrés, de dégager des marges de créativité nécessaires. Pour que la parole puisse exister, il faut garantir la liberté d'expression. La participation à une évaluation collective du travail doit être libre et non imposée. Les entretiens collectifs permettraient de mettre en lumière les carences des moyens avant toute discussion des objectifs individuels. Ils apporteraient une certaine transparence et vision homogène de l'objectif global d'un service. En effet, les objectifs de chaque salarié s'inscrivent dans un cadre collectif. Convoqué individuellement, chaque salarié a du mal à appréhender les moyens nécessaires qui devraient lui être alloués pour atteindre ses objectifs.

Le droit de bien travailler

Lorsque le travail demandé est contraire à l'éthique professionnelle, l'Ugict revendique «*le droit de refus*». Dit positivement, c'est le droit de bien faire son travail ! En voici une illustration parmi tant d'autres. Dans le cadre d'une campagne publicitaire, le service de communication d'une entreprise demande des statistiques sur le nombre de visites de son site Internet. Or, l'outil n'est pas au point et il manque certains logiciels qui permettraient de fournir des statistiques exactes, ce qui nécessiterait des moyens supplémentaires refusés. La personne responsable du site doit pouvoir refuser de fournir des statistiques fausses et discuter avec sa hiérarchie d'une solution plus respectueuse de la qualité de son travail, sans encourir de sanction. Pour l'Ugict, il s'agit de gagner des négociations pour que les managers et les managés aient le droit de conduire une autre évaluation centrée sur une discussion collective de l'organisation du travail, des objectifs, de leur contenu, des moyens, avec de nouveaux critères qualitatifs dégagés de la performance financière, intégrant l'éthique professionnelle, la

responsabilité sociale, l'impact et les incidences sur les autres salariés.

Le travail est un lieu de mise en œuvre des qualifications

L'évaluation du travail des salariés touche au bilan d'activité, à la définition et au suivi des objectifs, mais également à la reconnaissance des qualifications, des compétences et au déroulement de carrière. Face aux tentatives d'individualisation des contrats de travail voulues par le patronat, il faut sécuriser la qualification. Reconnaître le travail passe par une revalorisation de l'expertise et de la technicité. Les diplômés doivent être reconnus à l'embauche et les politiques de

rémunération doivent assurer à tous le maintien du pouvoir d'achat. Chaque salarié a droit à la reconnaissance de sa qualification et à l'évolution de celle-ci par l'attribution d'un poste de travail, d'une classification, d'un salaire correspondant aux niveaux de responsabilité et d'autonomie confiés. Ce droit doit se traduire par des déroulements de carrière garantis à tous. Les conditions d'accès et d'exercice de chaque fonction doivent être claires et connues de tous. Il faut imposer l'égalité professionnelle, pour les salaires, l'accès aux fonctions et déroulement de carrière.

Le travail est un lieu de développement des êtres humains

L'Ugict a de très bonnes raisons

de refuser les évaluations basées sur des critères opaques, subjectifs et discriminatoires, néfastes pour la santé, pivot à la non-reconnaissance des qualifications. L'aspiration des salariés à obtenir une reconnaissance de l'action menée, de ce qu'ils apportent dans le collectif de travail, est légitime et participe à la construction même de l'identité et de la santé mentale. L'Ugict propose un autre management qui défende et le travail et les qualifications des salariés contre les appétits des financiers. Loin de la dévalorisation des emplois et de la formation voulue par un management orienté vers les résultats financiers, les cadres veulent participer à une autre forme d'évaluation qui trans-

forme le travail en un lieu de socialisation, de solidarité et de développement des êtres humains. ■

(1) Baromètre de l'Institut CSA « Réalités cadres » février 2010.

(2) Yves Clot : *Le travail à cœur : pour en finir avec les risques psychosociaux*, Editions La Découverte, 2010.

(3) Christophe Dejourné : *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel-Critique des fondements de l'évaluation*, INRA octobre 2003.

(4) Yves Clot, ouvrage cité.

(5) Aristote.

Ce que dit le Code du travail

Article L.1222-2

Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes. Le salarié est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations.

Article L.1222-3

Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard. Les résultats obtenus sont confidentiels. Les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie.

Article L.1222-4

Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.

Article L.2323-27

Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération. A cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur dans les domaines mentionnés au premier alinéa et formule des propositions. Il bénéficie du concours du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les matières relevant de sa compétence. Les avis de ce comité lui sont transmis.

Article L.2323-32

Le comité d'entreprise est informé, préalablement à leur utilisation, sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci. Il est aussi informé, préalablement à leur introduction dans l'entreprise, sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci. Le comité d'entre-

prise est 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.

Article L.4612-1

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission :

- 1 - De contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;
- 2 - De contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;
- 3 - De veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

Article L.4612-8

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail.

Article L.4614-12

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut faire appel à un expert agréé :

- 1 - Lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ;
- 2 - En cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8.

Les conditions dans lesquelles l'expert est agréé par l'autorité administrative et rend son expertise sont déterminées par voie réglementaire.

L'évaluation face aux juges

L'évaluation est ignorée par la plupart des conventions collectives et le Code du travail ne comporte que quelques principes généraux. La jurisprudence joue donc un rôle essentiel dans l'encadrement des dispositifs patronaux. Elle est à l'origine du lien avec la santé mentale au travail et les risques psychosociaux, maintenant bien établi. Mais le patronat s'efforce toujours de lui faire accepter l'utilisation de critères comportementaux « objectifs ».

Une prérogative patronale et un droit des salariés

En énonçant que « les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie », le Code du travail reconnaît implicitement le bien-fondé des procédures d'évaluation. La jurisprudence a été plus loin et en a fait un droit de l'employeur : « sous réserve de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, 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, pourvoi n° 00-42368). Dans cet arrêt, la cour valide le licenciement d'une enseignante de l'AFPA « pour avoir refusé de se soumettre à plusieurs reprises à une évaluation de son travail ». La référence de cet arrêt aux seuls articles 1134 du Code civil (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ») et L.121-1 (devenu L.1221-1) du Code du travail (« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ») montre que, pour la Cour, l'évaluation à l'initiative de l'employeur est inhérente au lien de subordination qui fonde le contrat de travail. Cependant, l'évaluation peut aussi être une protection contre des décisions arbitraires et son absence un indice de discrimination. Deux exemples.

⇒ En 1998, un ingénieur d'Alcatel Cit ayant 27 ans d'ancienneté saisi la juridiction prud'homale pour solliciter son reclassement à la position III C et la condamnation de l'employeur au paiement d'un rappel de salaire et de dommages-intérêts. Pour justifier une moindre progression par comparaison avec ses collègues, l'entreprise alléguait diverses critiques sur

l'activité professionnelle du salarié. Après son licenciement en 2000 et un long feuilleton judiciaire, la Cour de cassation reconnaît l'inégalité de traitement dont il a été victime et balaye l'argumentation patronale en ces termes : « Mais attendu qu'ayant constaté que le procès-verbal d'entretien d'évaluation réalisé en 1993 contenait des appréciations positives sur la qualité du travail fourni par le salarié, qu'aucune autre évaluation n'était intervenue postérieurement et que les critiques de l'employeur relatives aux difficultés de travailler en équipe et à la susceptibilité excessive du salarié à l'égard de sa hiérarchie n'ont été formulées qu'a posteriori et peu de temps avant la saisine par le salarié de la juridiction prud'homale [la cour d'appel a légalement justifié sa décision] ». (Cass. soc. 20 février 2008, pourvoi n° 06-40085).

⇒ Un salarié de la MSA de l'Hérault, victime de discrimination syndicale est débouté par la cour d'appel de Montpellier qui estime

que l'absence d'entretiens d'évaluation pendant plusieurs années, bien que prévus par l'article 62 de la convention collective nationale de la MSA, n'a pas entraîné de retard significatif de sa progression salariale par rapport à ses collègues et ne constitue pas un indice de discrimination obligeant l'employeur à en justifier les raisons. Cette décision est critiquée par la Cour de cassation qui juge : « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'absence fautive d'entretiens d'évaluation et la disparité de traitement constatée, qui laissent présumer l'existence d'une discrimination, étaient justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, la cour d'appel a méconnu les règles d'administration de la preuve applicables en la matière et privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ». (Cass. soc. 31 mars 2009, pourvoi n° 07-45522). En fait, l'absence d'entretiens privait le salarié d'occasions d'acquiescer des points d'évolution. Dans le même ordre d'idées, le conseiller prud'homme de l'Ugict ayant à juger un licenciement prononcé pour insuffisance professionnelle sera très attentif aux comptes rendus des entretiens d'évaluation souvent en décalage, voire en contradiction avec la litanie des griefs énoncés par l'employeur au moment du licenciement pour tenter de l'étayer (voir un exemple en encadré).

Le contrôle de l'évaluation par les IRP

Les institutions représentatives du personnel sont investies de prérogatives importantes en matière d'évaluation. L'absence des consultations prévues constitue un délit d'entrave et justifie la demande de suspension de la mise en œuvre d'un processus n'ayant pas fait l'objet d'un examen par le comité

d'entreprise et les CHSCT concernés. La jurisprudence est très rigoureuse sur l'effectivité de ce contrôle, ce qui est logique compte tenu de son acceptation du principe même de l'évaluation patronale, qui impose le respect de son encadrement et la protection des salariés contre les risques de dérive. S'agissant du comité d'entreprise, ses prérogatives résultent immédiatement de l'article L.2323-32, alinéa 3, du Code du travail, puisque qu'un processus d'évaluation permet nécessairement « un contrôle de l'activité des salariés ». On notera que l'information doit être préalable à toute mise en œuvre et suivie d'une consultation explicite : le comité doit rendre un avis. Cela vaut pour la mise en place d'un processus, pour sa modification ou pour une nouvelle utilisation à des fins d'évaluation d'un système établi antérieurement.

Ces exigences sont illustrées par l'arrêt du 10 avril 2008 (Cass. soc. pourvoi n° 06-45741), qui apporte en outre quelques précisions sur la finalité du contrôle exercé par le comité d'entreprise : « attendu que le comité d'entreprise doit être consulté préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise de moyens ou techniques permettant le contrôle de l'activité des salariés, que cette consultation qui doit permettre au comité de donner son avis sur la pertinence et la proportionnalité entre les moyens utilisés et le but recherché, n'a pas le même objet que la consultation sur la mise en place d'une nouvelle modalité de rémunération ; et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le comité d'entreprise n'avait pas été consulté avant que l'employeur décide d'utiliser « un outil de pilotage commercial » comme moyen d'évaluation des salariés, a ainsi caractérisé l'exis-

La jurisprudence est très rigoureuse sur l'effectivité de ce contrôle, ce qui est logique compte tenu de son acceptation du principe même de l'évaluation patronale, qui impose le respect de son encadrement et la protection des salariés contre les risques de dérive.

tence d'un trouble manifestement illicite justifiant la suspension de cette décision jusqu'à la consultation des représentants du personnel sur ce projet (...).

De même, la cour d'appel d'Amiens (4 février 2010, RG n° 09/01791) a ordonné la suspension de l'utilisation de nouvelles fiches décrivant les métiers et les savoir-faire correspondants, utilisées dans les entretiens d'évaluation du Crédit du Nord Picardie et qui avaient remplacé celles utilisées précédemment sans que le comité d'entreprise ait été consulté sur ce changement. Voir aussi l'arrêt ordonnant en référé à la SA Sanofi-Aventis France de détruire les bilans des entretiens d'évaluation effectués sur la base d'un nouveau référentiel de compétence non soumis préalablement au comité d'entreprise (CA Paris, 14^{ème} chambre A, 28 janvier 2009, RG n° 08/22911).

Les tribunaux vont également sanctionner une information incomplète ou déloyale du comité, par exemple l'existence de quotas de classement des salariés pratiqués sans avoir été explicités. Ainsi, le TGI de Nanterre a condamné la société Hewlett-Packard pour délit d'entrave à la suite de la découverte d'un mail d'un responsable de secteur révélant qu'au moins 5% des salariés évalués devaient être classés dans la plus basse catégorie. Selon le TGI, « ce courrier électronique a révélé un objectif, qui était pratiqué de fait, l'instauration de quota pour répartir la rémunération variable, mais non explicitement exposé et en tout cas jamais porté à la connaissance des IRP ». (TGI Nanterre, 2^{ème} chambre, 27 novembre 2009, RG n° 09/10164).

La consultation du CHSCT est un apport assez récent de la jurisprudence, fondé sur les prérogatives générales de cette institution (articles L.4612-1, alinéa 1, anciennement L.236-2, et L.4612-8) et les conséquences potentielles d'un processus d'évaluation qui peuvent être lourdes sur la rémunération, la carrière, voire l'emploi des salariés. C'est ce qu'exprime l'arrêt « *Mornay* » (Cass. soc. 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-21964) : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les évaluations annuelles devaient permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs, qu'elles pouvaient avoir une incidence sur le comportement des*

salariés, leur évolution de carrière et leur rémunération et que les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des repercussions sur les conditions de travail, c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a exactement décidé que le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT chargé, par application de l'alinéa 1 de l'article L.236-2 du Code du travail, de contribuer à la protection de la santé des salariés ».

Le droit ainsi reconnu au CHSCT permet d'utiliser ses possibilités d'expertise (article L.4614-12) qui pourront être mobilisées sur les deux fondements prévus par ce texte : le risque grave pour les salariés et/ou l'importance du projet. Ce deuxième cas de recours sera souvent fondé sur la sophistication des procédés d'évaluation, justifiant l'intervention d'un spécialiste indépendant de l'employeur. Le recours à l'expertise en matière d'évaluation a été confirmé par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 5 décembre 2007, RG n° 07/11402) à propos de la mise en place d'un système d'écoute des chargés de clientèle par la société SFR Service clients : « *le fait, pour les opérateurs, d'être enregistrés automatiquement est, par nature, un facteur non négligeable d'accroissement du stress, de la charge psychique (...); une telle incidence est accrue par le fait qu'un tel système d'enregistrement, associé aux écoutes, est un élément de leur évaluation; le projet litigieux fait expressément référence, s'agissant des écoutes, qui peuvent être enregistrées, au fait que les collaborateurs concernés sont au courant des conséquences individuelles pouvant en*

résulter en cas de non respect de leurs obligations en vertu de l'application du règlement intérieur; le CHSCT est donc fondé à soutenir que le projet considéré, nouveau en ce qu'il prévoit un enregistrement automatique des communications, induit un contrôle accru des salariés, en y associant des notations et sanctions possibles ».

On notera enfin :

⇒ que tous les CHSCT concernés doivent être consultés ; s'agissant d'une institution le plus souvent décentralisée, il sera ainsi possible de détailler les conséquences d'un processus d'évaluation qui peuvent être différentes selon les établissements d'une même entreprise ;

⇒ l'articulation nécessaire entre la consultation du comité d'entreprise et celle du CHSCT, conformément à l'article L.2323-27, alinéa 2, l'évaluation influant évidemment sur les conditions d'emploi et les modes de rémunération.

D'autres garanties de procédure

Outre la consultation des IRP, la mise en place d'un processus d'évaluation est soumise à deux obligations de procédure.

Selon l'article L.1222-3 du Code du travail, « le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en œuvre, des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard ». Cette information doit être explicite, détaillée et complète, s'agissant notamment de l'utilisation qui sera faite des éléments d'évaluation. L'arrêt du 10 juillet 2002 cité ci-dessus en fait une condition impérative de validité du processus et de son opposabilité au salarié. Souvent les entreprises éditent deux « guides de l'évaluation », l'un destiné aux salariés « évaluables », l'autre aux managers « évaluants ». Il semble possible de revendiquer la communication de ces deux documents à tous les salariés concernés.

D'autre part, les traitements automatisés de données à caractère personnel doivent faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL (article 22 de la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978, modifiée par la loi du 6 août 2004). Dès que le processus comporte une saisie informatique (ou même si

les données sont conservées de manière automatique et organisées dans un fichier manuel) la déclaration à la CNIL est obligatoire, ainsi que celle de toute modification ultérieure. Elle peut être normale ou simplifiée (articles 1 et 3 de la norme simplifiée n°46 adoptée par la CNIL le 13 janvier 2005, modifiée le 17 novembre 2005). L'arrêt Mornay précédemment cité a rappelé cette obligation, tout en précisant que les tribunaux ne pouvaient suspendre un processus d'évaluation pour cause de non déclaration à la CNIL qu'après avoir constaté que ces données étaient effectivement destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé.

Sur les critères d'évaluation

C'est la loi du 31 décembre 1992 qui a introduit le principe selon lequel « les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie » (article L.121-7 du Code du travail, devenu L.1222-3). Cette disposition s'inscrivait dans un ensemble de protection des libertés à l'entreprise (cf. l'article L.120-2, devenu L.1121-1 issu de la même loi : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »). Ces textes admettent que le pouvoir de direction de l'employeur puisse imposer des restrictions aux libertés des salariés tout en fixant des limites à ces empiètements, essentiellement la légitimité du but recherché et l'adéquation des mesures prises à celui-ci.

Depuis, la jurisprudence a introduit l'exigence d'objectivité des critères d'évaluation. Cette approche rejoint naturellement celle utilisée en matière d'égalité de traitement. En effet, l'évaluation des salariés va en général déboucher sur des différences de traitement (salaires, primes, promotions, offres de formation, etc.). Conformément à la formule systématiquement utilisée par la Cour de cassation depuis 2008, une inégalité de traitement entre salariés « effectuant un même travail ou un travail de valeur égale » doit reposer sur des « raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

En effet, l'évaluation des salariés va en général déboucher sur des différences de traitement (salaires, primes, promotions, offres de formation, etc.).

C'est ce qu'exprime cet attendu d'un arrêt du 5 novembre 2009 (Cass. soc., pourvoi n° 08-43112): « et attendu, ensuite, qu'à condition de ne pas mettre en œuvre un dispositif d'évaluation qui n'a pas été préalablement porté à la connaissance des salariés, l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat de travail le droit d'évaluer ses salariés; que les résultats d'une telle évaluation peuvent constituer une justification objective des décisions de l'employeur dès lors qu'elle est fondée sur des motifs objectifs étrangers à toute discrimination prohibée ». La mention relative à la discrimination est importante: la Cour rejette ainsi des critères d'évaluation qui, malgré leur caractère objectif, auraient des conséquences négatives, directes ou indirectes, sur des salariés en raison de leur sexe ou pour tout autre motif discriminatoire (exemple: disponibilité appréciée sans tenir compte de l'état de santé ou de mandats syndicaux ou d'un état de grossesse).

Une question d'actualité: les critères comportementaux

Cependant, ces principes bien établis (objectivité, pertinence, adéquation à la finalité de l'évaluation) peuvent poser des difficultés d'interprétation. La plus importante concerne les critères comportementaux, de nombreuses entreprises ayant décidé d'évaluer non seulement la « performance » mais aussi « la façon dont elle a été obtenue ». Il s'agit le plus souvent d'apprécier l'adhésion aux straté-

gies et objectifs de l'entreprise (ou du moins l'ardeur mise à les défendre en toutes circonstances) ou l'adoption d'attitudes stéréotypées (tenue, langage, etc.) supposées traduire les « valeurs » de celle-ci.

A priori, de tels éléments d'appréciation sont subjectifs et dénués de pertinence pour apprécier la qualité du travail fourni et en tirer des conséquences en terme de reconnaissance. C'est ce qu'a parfaitement analysé le TGI de Nanterre (5 septembre 2008, RG n° 08/05737) saisi par les syndicats et IRP de la maison d'édition juridique Wolkers Kluwer France en lutte contre la mise en place du projet baptisé « e-Valuation ».

Le tribunal a décortiqué ce système complexe d'évaluation, reposant sur les « six valeurs du groupe Wolkers Kluwer », telles que « focus client », l'intégrité, l'innovation, toutes aussi floues et subjectives. Il conclut: « les critères mis en place restent flous et ne permettent pas de saisir si ce sont des compétences et des objectifs concrets qui sont jugés ou si (...) ce sont des comportements qui sont évalués avec le risque de subjectivité d'une notation basée sur le comportement du salarié devant adhérer à des valeurs d'entreprise ». Mais si l'évaluation est imprécise, les conséquences en sont très concrètes. Ces critères rentrent pour 50% dans la notation finale et ont de « nécessaires conséquences sur la rémunération ». Pour ces raisons, « l'e-Valuation n'est pas pertinente au regard de la finalité poursuivie ». Elle est déclarée illicite et le tribunal valide le refus des IRP (Comité d'entreprise et CHSCT) de donner un avis en l'état. La direction devra reprendre les consultations sur d'autres bases en fournissant des éléments précis et concrets sur ses objectifs d'évaluation: fiches descriptives des postes de travail, explicitation de ses critères par métiers, etc.

Plus récemment, la cour d'appel de Versailles, en rejetant la demande de la Société Générale d'annuler la délibération d'un CHSCT nommant un expert pour examiner les modifications du système d'évaluation, a détaillé les dangers des critères comportementaux (CA Versailles, 8 septembre 2010, RG n° 10/02253): « [Considérant que la direction] a précisé que ce nouveau mode d'évaluation avait pour objectif de

La mention relative à la discrimination est importante: la Cour rejette ainsi des critères d'évaluation qui, malgré leur caractère objectif, auraient des conséquences négatives, directes ou indirectes, sur des salariés en raison de leur sexe ou pour tout autre motif discriminatoire.

tenir compte des comportements et non plus seulement des résultats dans l'évaluation des salariés, et de créer un nouveau modèle de leadership basé sur la recherche de résultats - le quoi - mais aussi sur la façon dont ces résultats sont atteints - le comment -. Que ce nouveau dispositif s'appuie sur un guide de compétences comportementales, un formulaire d'évaluation et un outil informatique (...) faisant entrer dans l'évaluation du salarié une accumulation de critères se déclinant autour de sept compétences clefs variant en fonction de sept positionnements de référence, déterminées par le guide selon quatre messages fixant des objectifs comportementaux dont l'ambiguïté de l'énoncé (Cap sur la performance durable, Parler le même langage, Faire le pari du Capital humain, Réinventer notre culture managériale) n'est pas de nature à rasséréner les élus du personnel. Considérant que si un système d'évaluation personnelle des salariés existait déjà dans l'entreprise, la modification de celui-ci et l'instauration d'un nouveau mode d'évaluation déterminant non seulement la carrière des salariés, mais également leur rémunération, atteint nécessairement leurs conditions de travail. Qu'en l'espèce, l'importance de la modification mesurable est à l'aune de celle des interrogations légitimes des membres du CHSCT sur l'adéquation des critères rete-

nus à la finalité poursuivie ».

Mais quelques tribunaux se sont laissés abuser par de savantes constructions patronales et ont admis l'étrange concept de critères comportementaux objectifs. Il y a en fait confusion entre reconnaissance de certaines compétences et appréciation du comportement, voire de la personnalité. C'est ainsi que le TGI de Versailles (28 octobre 2010, RG n° 10/00270) a rejeté les critiques contre le nouveau système d'évaluation EMS (Employee Management System) mis en place par GEMS SCS, filiale française de la division santé de General Electric. Ce système, directement issu des conceptions de Jack Welch, dirigeant emblématique du groupe américain, est basé sur l'adhésion aux « valeurs de croissance » (growth values) qui se mesure par un mélange savamment dosé d'examen des performances, du comportement et de la capacité du salarié à se valoriser, notamment par la rédaction d'une auto-évaluation qui précède l'entretien avec le responsable hiérarchique.

Le processus est codifié dans différents manuels EMS, plusieurs fois remaniés afin d'y supprimer le vocabulaire le plus choquant pour notre culture... et pour le droit du travail français. Ils comprennent des listes de comportements jugés mauvais, moyens ou bons, préétablies par famille de métiers. Pour chacune de ces familles, il existe cinq catégories de « comportements professionnels »:

- ouverture vers l'extérieur / aptitudes relationnelles;
- mise en œuvre d'esprit d'analyse et de synthèse (anciennement « clairvoyance »);
- ouverture au changement / adaptabilité (anciennement imagination et courage);
- comportement fédérateur / esprit d'équipe (anciennement capacité à fédérer);
- expertise.

Il y a en tout 775 modèles de comportements! Cependant le TGI de Versailles a validé le processus par les considérations suivantes: « l'évaluation porte sur la performance et les comportements professionnels; mais le système prévoit des définitions qui, si elles concernent les comportements, ne portent pas sur la personnalité et les traits de caractère mais sur les comportements au regard du travail à accomplir. Chacun des comportements est par ailleurs illustré

Dès que le processus comporte une saisie informatique (ou même si les données sont conservées de manière automatique et organisées dans un fichier manuel) la déclaration à la CNIL est obligatoire, ainsi que celle de toute modification ultérieure.

par des exemples qui sont certes multiples en fonction des niveaux et des métiers mais qui permettent de comprendre en quoi le comportement est évalué. (...) En outre, pour certains postes, le comportement fait partie intégrante de la compétence et il est difficile pour la majorité des salariés dont le travail n'est pas quantifiable d'avoir recours à des critères purement concrets».

Le TGI aurait du analyser précisément ces modèles comportementaux. Et d'abord constater qu'ils réfèrent à des notions différentes : les uns décrivent des comportements au sens propre du terme, ayant un certain caractère objectif, tels que «partage ses informations avec les autres» ou «participe à la vie de l'équipe»; mais d'autres sont clairement du domaine de la personnalité et leur appréciation ne peut être que subjective : «apporte de l'énergie, de l'enthousiasme, de la décontraction dans l'équipe», «énergique,

Ce sont les compétences mises en œuvre qui peuvent être objets d'évaluation et certainement pas les comportements.

démontre une attitude positive et optimiste», «reste focalisé sur les raisons des problèmes lorsque des obstacles sont rencontrés»; d'autres enfin sont carrément sur-réalistes : «met en place les solutions avant que les problèmes n'arrivent», «identifie les imprévus afin de les éviter», «sa parole n'est pas mise en cause, reconnu par les autres, entière confiance». Comment prétendre que ces descriptions «permettent de comprendre en quoi le comportement est évalué»?

D'autre part, le tribunal mélange les notions de compétence et de comportement. Il est exact que certaines fonctions demandent des compétences particulières, à forte connotation relationnelle, telles que la maîtrise de techniques d'animation. Celles-ci, acquises par formation et expérience se traduiront par des comportements adaptés aux situations rencontrées, d'autant plus variables que l'encadrement d'une équipe est tributaire de l'organisation générale de l'entreprise, des objectifs assignés et des moyens alloués au responsable pour accomplir sa tâche. Ce sont les compétences mises en œuvre qui peuvent être objets d'évaluation et certainement pas les comportements. Il est vrai que leur évaluation pose un véritable problème. Mais là encore, le tribunal fait fausse route. La difficulté ne tient pas à l'impossibilité «d'avoir recours à des critères purement concrets», mais au fait qu'elle ne peut relever d'une éva-

luation individuelle. N'est-ce pas d'abord le résultat obtenu par l'équipe et l'évolution de chacun de ses membres qui traduisent les capacités d'encadrement de son animateur ? A condition évidemment d'apprécier ces résultats en référence aux moyens qui ont été mis à disposition et aux contraintes qui ont été imposées. On voit donc que le débat sur les critères comportementaux ne peut être «purement juridique». Il met en cause la conception même de l'évaluation et sa finalité, dont nous traitons par ailleurs dans ce bulletin. Mais cela ne dispense pas le juge d'analyser les systèmes patronaux d'évaluation avec rigueur, sans se laisser prendre par un habillage plus ou moins sophistiqué. On peut espérer que la cour d'appel de Versailles, maintenant saisie par les syndicats de GEMS SCS, reformera le jugement du TGI.

Evaluation et pratique prud'homale

La validité d'un système d'évaluation est de la compétence du TGI. Cependant, le conseiller prud'homme peut y être confronté, par exemple dans une affaire de licenciement pour insuffisance professionnelle, que l'employeur peut tenter de justifier à partir d'une évaluation défavorable au salarié. Dans ce cas, le «juge actif» veillera à ce que soient exprimés à l'audience, et pris en compte dans le délibéré, tous les éléments permettant de mettre en doute la pertinence de cette évaluation. Il pointera aussi les contradictions éventuelles entre une évaluation négative et des témoignages de satisfaction de clients ou de la hiérarchie. Mais il arrive aussi que l'employeur énonce une série de griefs établis au moment du licenciement, ou peu avant, alors que de précédents bilans d'évaluation faisaient état d'un travail satisfaisant. Il ne s'agit pas de tenir des raisonnements à géométrie variable mais d'utiliser le caractère ambivalent des évaluations, occasions pour le salarié de faire reconnaître la qualité de son travail et processus souvent instrumentalisés par l'employeur à d'autres fins. Il convient aussi de rappeler que, selon l'article L.1235-1, «En cas de litige, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié». Cette utilisation «positive» de l'entretien d'évaluation est illustrée par un arrêt récent (CA Versailles 23 juin 2010, RG n° 09/03439), confirmant le solide travail d'investigation réalisé par les conseillers prud'hommes de Boulogne-Billancourt. L'opérateur de téléphonie Neuf Cegetel avait licencié un chef de projet le 5 mars 2008, alléguant que dès 2006, sa hiérarchie avait été contrainte de

«prendre en charge une partie de ses missions pour pallier un retard important dans le déploiement client et que ce dernier avait suscité un fort mécontentement»; que dès le premier semestre 2007, la société avait eu à déplorer «des problèmes comportementaux à l'égard de ses interlocuteurs internes». Sauf que l'évaluation réalisée le 28 février 2007, pour une période couvrant aussi l'année 2006, faisait apparaître quatre fois la note trois («performance correspondant en tous points aux attentes de la fonction») dans les domaines essentiels («Compétences Métier», «Analyse et synthèse», «Planification et organisation», «Orientation client») et deux fois la note deux («performance partiellement reconnue, mais à améliorer»), s'agissant des rubriques «Leadership et confiance en soi» et «Autorité et proactivité». Cette contradiction a été la base de la décision des juges, en premier ressort comme en appel. Ainsi, le dispositif patronal d'évaluation, y compris dans sa dimension comportementale tout à fait critiquable s'est retourné contre la société! De plus, Neuf Cegetel découvrant en octobre 2007 à quel point ce salarié était mauvais (selon elle), lui avait imposé un PSAP («plan de soutien et d'accompagnement personnalisé»), dispositif de redressement prévu pour les «mal évalués». Mais sans attendre sa mise en œuvre effective, elle engagea la procédure de licenciement. Là encore, elle ne respectait pas ses propres procédures! Pour le lecteur curieux de connaître les motifs réels du licenciement, nous indiquerons que cette société avait accumulé les restructurations accompagnées de licenciements collectifs et de bouleversement des équipes de travail, aboutissant en 2008 à son rachat par SFR. Le dégraissage des effectifs par tous les moyens et la recherche de responsables des réorganisations incohérentes étaient à l'ordre du jour...

L'exemple du renouvellement des conseils d'administration des caisses de retraite complémentaire AGIRC

Tous les 4 ou 6 ans, tous les salariés du privé relevant de l'encadrement, qu'ils soient en activité, en incapacité de travail, au chômage ou retraités, sont invités à renouveler leurs représentants dans les Conseils d'administration des institutions de retraite complémentaires membres de l'Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres (Agirc). Les listes de candidats sont présentées par les organisations syndicales signataires de la Convention collective nationale de retraite du 14 mars 1947 : pour ce qui nous concerne, il s'agit donc de l'Ugict-CGT (Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens CGT). L'organisation de ces élections engage la responsabilité des organisations syndicales au travers de l'établissement du règlement électoral que leurs administrateurs seront amenés à approuver ou rejeter.

L'extrême dispersion sur l'ensemble du territoire des électeurs impose le recours au vote par correspondance associé depuis quelques années à un dépouillement électronique par lecture optique des votes. Par ailleurs, depuis quelques mois, les prestataires de service spécialisés dans le domaine développent une offre Internet.

Toute élection doit être organisée de manière à garantir le respect des principes généraux du droit électoral à savoir :

⇒ **l'unicité du vote** : chaque électeur possède une et une seule voix. Pour chaque électeur, il n'y a donc qu'un seul vote qui est enregistré

(même si des modalités mixtes de vote, laissant le choix entre l'Internet et le vote par correspondance postale, permettent d'émettre deux votes) ;

⇒ **la confidentialité** : chaque électeur peut effectuer son choix en secret ;

⇒ **l'anonymat** : il doit être impossible de relier le vote à l'électeur ;

⇒ **la sincérité** : les résultats du scrutin doivent refléter fidèlement la volonté des électeurs ;

⇒ **la transparence** : l'électeur ou son représentant doit pouvoir contrôler le bon déroulement de l'ensemble des opérations électorales : préparation du scrutin, vote, dépouillement, émargement. Lorsqu'il est saisi, le juge de l'élection doit également pouvoir opérer *a posteriori*, tout contrôle nécessaire pour établir le respect des principes qui précèdent.

L'obligation de respecter l'anonymat du vote a motivé une récente évolution de la jurisprudence qui interdit désormais le recours à des cartes T.

Vote par correspondance : la récente interdiction des cartes T pour exprimer le vote et l'identité du votant

Lorsqu'il concerne plusieurs centaines de milliers d'électeurs, le vote par correspondance fait généralement l'objet d'un dépouillement automatisé par lecture optique de deux codes-barres, l'un permettant l'identification de l'électeur et l'autre l'expression de son choix.

Les données lues font l'objet d'un traitement informatique qui a amené la CNIL¹ à émettre une

délibération en date du 28 avril 1998 (n° 98-041) portant diverses recommandations, certes limitées au champ des élections professionnelles, mais à laquelle se réfèrent plus largement les organismes qui recourent à un dépouillement automatisé des bulletins.

La délibération rappelle quelques principes de base que certains intervenants sont assez fréquemment tentés d'enfreindre : ainsi « les fichiers nominatifs d'électeurs constitués aux fins d'établir la liste électorale, d'adresser le matériel de vote et de réaliser les émargements ne peuvent être utilisés qu'aux fins précitées ».

Ou encore : « le secret du vote doit être garanti par la mise en œuvre de procédés rendant impossible l'établissement d'un lien entre le nom de l'électeur et l'expression de son vote ». Paradoxalement, elle admettait pourtant que le code-barres d'identification de l'électeur figure sur la carte d'expression du vote, considérant qu'il suffisait d'opérer des lectures distinctes de ces données pour garantir l'anonymat du vote. Cependant le raisonnement ne tient pas, puisque pour les besoins de l'émargement, il est nécessaire de disposer d'un fichier de correspondance entre les noms des électeurs et les codes-barres. Tout opérateur ayant accès à ce fichier et aux cartes T peut ainsi savoir qui vote quoi.

C'est sur ce point que la Cour d'appel de Paris a rendu le 12 juin 2008 une décision « *de bon sens* », concernant l'élection de l'Assemblée générale de l'institution de retraite ARRCO du groupe Audiens, l'IRPS. La Cour constate

que « le matériel de vote par correspondance utilisé par l'IRPS se compose d'une carte sur laquelle figure un code-barre destiné à identifier l'électeur et les listes présentées par le syndicat ; que cette carte devait être acheminée par voie postale, sans enveloppe à une adresse correspondant à une boîte postale ; que force est de constater que sur le même document figurent l'expression du vote et le code permettant d'identifier l'électeur ».

D'où elle conclut qu'« en vertu des règles électorales applicables en l'espèce, le scrutin en cause doit être secret et que force est de constater qu'en l'espèce, ce secret n'a pas été respecté, dès lors que la nature du vote et l'identité de l'électeur figuraient sur le même document ; qu'au surplus [...] la carte valant bulletin de vote ne prévoyait aucune possibilité de vote blanc, ce qui est de nature à orienter le sens du vote des intéressés », ce qui l'a amené à prononcer l'annulation des élections.

Il convient de souligner que, malheureusement, la petite dizaine de prestataires de solutions de votes par correspondance qui officie en France, se garde bien de faire état de cette jurisprudence. **Pourtant, n'importe quel syndicat non représentatif au plan national ou n'importe quel électeur peut obtenir sur ce seul fondement l'annulation des élections.** Ainsi la Cour d'appel a-t-elle admis dans le cas susmentionné l'intérêt à agir de l'UNSA ainsi que celui de syndicats indépendants qui ont obtenu la condamnation des cinq organisations syndicales représentatives au plan national : voilà qui invite

tout militant de la CGT, administrateur d'une institution de retraite ou de prévoyance à s'opposer, de plein droit, au recours aux cartes T ! C'est ce que les administrateurs de Novalis Retraite AGIRC viennent de faire, au prix d'une détermination sans faille. En effet, tant les administrateurs patronaux que ceux de FO, de la CFDT, de la CFTC et de la CFE-CGC avaient adopté un règlement électoral prévoyant un vote par carte T : ils n'y ont renoncé qu'en étant instruit de la décision de l'Ugict-CGT de sécuriser le processus électoral en faisant annuler par le Tribunal de Grande Instance ledit règlement électoral...

Le vote Internet et les réticences de la CNIL

Fort du développement du vote Internet et d'un retour sur expérience désormais abondant, la CNIL vient d'émettre une délibération (n° 2010-371 du 21 octobre 2010)² portant recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique.

Rappelons que les délibérations de la CNIL sont opposables à tous les utilisateurs de traitements informatisés de données nominatives et donc, pour celle-ci, à l'organisateur d'un scrutin par Internet.

Cette nouvelle délibération se distingue par les réserves marquées de la CNIL vis-à-vis du vote Internet : « *le vote électronique présente des difficultés accrues au regard des principes [généraux du droit électoral] susmentionnés pour les personnes chargées d'organiser le scrutin et celles chargées d'en vérifier le déroulement, principalement à cause de la technicité importante des solutions mises en œuvre. Au cours des travaux que la Commission a menés depuis 2003, elle a, en effet, pu constater que les systèmes de vote existants ne fournissent pas encore toutes les garanties exigées par les textes légaux. Dès lors et en particulier, compte-tenu des éléments précités, la Commission est réservée quant à l'utilisation de dispositifs de vote électronique pour des élections politiques* ».

On comprend aisément les réserves de la CNIL si l'on se réfère aux travaux des universitaires et des chercheurs : l'Internet, souligne Chantal Enguehard³, substitue des vulnérabilités invisibles et de grande ampleur aux vulnérabilités visibles et de faibles ampleur des modalités classiques de vote.

Outre les dysfonctionnements logiciels que les tests, réalisés à une échelle réduite, ne permettent pas d'identifier, l'intention frauduleuse qui se traduirait par l'introduction de quelques lignes de programme parmi des milliers de lignes est quasiment indétectable. Or « *un programme frauduleux peut modifier jusqu'à la totalité des votes reçus* ». Consciente de ces difficultés la Commission européenne recommande que l'électeur puisse obtenir confirmation de son vote pour pouvoir, le cas échéant, le corriger *a posteriori*. Mais cela oblige à garder un lien entre vote et électeur, ce qui contrevient au respect de l'anonymat. Bref, c'est la quadrature du cercle ! Il en ressort clairement l'impossibilité pour le vote Internet, en l'état actuel des savoir-faire informatiques, de garantir le respect des principes généraux du droit électoral.

Les réserves de la CNIL sont d'autant plus marquantes qu'elles sont associées à un arsenal impressionnant d'exigences décrites comme étant « *les garanties minimales que doit respecter tout dispositif de vote électronique* ».

Parmi ces nombreuses exigences, nous en retiendrons deux :

⇒ d'abord l'obligation d'une expertise indépendante et préalable à la mise en œuvre des systèmes de vote électronique : elle doit couvrir l'intégralité du dispositif de vote installé avant le scrutin (logiciel, serveur, etc.), mis en œuvre pendant le scrutin et après, lors du dépouillement et de l'archivage des résultats ;

⇒ ensuite le renforcement de la sécurisation des accès au système de vote et de la procédure d'authentification de l'électeur : en pratique, il n'est plus possible d'envoyer dans un même courrier l'identifiant de l'électeur et son mot de passe.

En effet le système de vote « *doit garantir la confidentialité des moyens fournis à l'électeur pour cet accès et prendre toutes précautions afin d'éviter qu'une personne non autorisée ne puisse se substituer frauduleusement à l'électeur [...] dans le cas de la génération d'identifiants et de mots de passe à partir de la liste électorale, le fichier ainsi créé doit faire l'objet d'un chiffrement. Les modalités de génération et d'envoi des codes personnels doivent être conçues de façon à garantir leur confidentialité et en particulier, que les divers prestataires éven-*

tuels ne puissent pas en prendre connaissance. Dans le cas où le vote s'opérerait par l'enregistrement d'un identifiant permanent apposé sur une carte ou tout autre document ainsi qu'un mot de passe envoyé à chaque électeur, la génération de ces identifiants et mots de passe doit se faire dans les mêmes conditions de sécurité que celles énumérées ci-dessus. Il en va de même de l'envoi du mot de passe ».

Au total, les prestataires de solution de vote Internet devront donc fournir de gros efforts pour se hisser au niveau des nouvelles exigences de la CNIL. Et ceux qui organisent des élections par Internet, à défaut de respecter ses prescriptions, prennent un risque juridique important.

Dernière tendance : l'émergence d'offres de vote mixte

Comme il apparaît peu conforme aux principes démocratiques de subordonner l'exercice du droit de vote à l'accès et à la maîtrise de l'outil informatique, il s'agit de laisser le choix à l'électeur entre plusieurs modalités de vote, le plus souvent entre vote par correspondance et vote par Internet. En pratique, un même électeur peut donc émettre deux votes, l'un par Internet, l'autre par correspondance postale. Pour respecter le principe d'unicité du vote, les accords électoraux prévoient donc qu'un seul des deux votes sera retenu : invariablement, il s'agit du choix exprimé par Internet. En effet, pour écarter le vote Internet, il faudrait que le serveur garde le lien entre le vote et l'électeur... ce qui enfreindrait le principe de l'anonymat.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes que le vote Internet, qui, nous l'avons vu, permet des fraudes peu ou pas visibles et de très grande ampleur, l'emporte sur un vote par correspondance, qui lui, ne peut donner lieu qu'à des fraudes plus artisanales, c'est-à-dire de moindre portée et plus aisément décelables.

Défendre la transparence et la fiabilité des scrutins, le secret et la confidentialité du vote, c'est défendre le fonctionnement démocratique d'une société

La vigilance sur la bonne mise en œuvre des opérations électorales est essentielle, car nombre d'électeurs s'abstiennent, en particulier

lorsqu'ils ont le sentiment que le secret et la fiabilité du scrutin n'est pas garanti.

Or l'exercice démocratique a ses détracteurs : tous ceux qui ne souhaitent pas rendre compte de leur action, quelle soit politique ou syndicale, tant elle contrevient plus à l'intérêt général qu'elle ne le sert. Parmi ceux-ci, se recrutent clairement le Medef et la CFDT, qui militent sans vergogne au sein de l'AGIRC pour l'abandon de l'élection des administrateurs... au prétexte d'une faible participation rapportée à un coût des opérations électorales prétendument exorbitant (1,50 euros par électeur tous les 4 ou 6 ans) !

On comprend aisément pourquoi ! Près de 4 millions de cotisants et plus de 2,5 millions de retraités sont appelés à **se prononcer sur les décisions prises par les organisations syndicales** qui, par voie d'accords, définissent, excusez du peu : le taux de remplacement du salaire par la pension de retraite, l'évolution du pouvoir d'achat des pensions liquidées, l'action sociale des caisses de retraite en faveur des actifs, de leurs enfants et des retraités (formation, aide au retour à l'emploi, prêts, bourses d'étude, maintien à domicile, etc.).

Or depuis 1993, dans toutes les négociations AGIRC et ARRCO, le Medef a réussi à imposer des réductions drastiques des droits à retraite versés par ces régimes complémentaires. Et les élections sont le seul moyen dont disposent les salariés pour se prononcer sur les choix effectués par des organisations syndicales qui, en leur nom, signent des accords contraires à leurs intérêts. Soyons-en convaincus : sans l'intervention des salariés, actifs ou retraités, il n'est pas de progrès social possible ! Il reste donc à engager la bataille pour le maintien et le développement des élections partout où les organisations syndicales interviennent sur les conditions d'existence des salariés et de leurs ayants droits. ■

(1) CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

(2) Consultable à l'adresse :

<http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/249/>

(3) « *Analyse des vulnérabilités des trois modes de vote à distance* » par Chantal Enguehard, Université de Nantes, Laboratoire d'Informatique Nantes Atlantique, <http://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00409408/en/>