

COMITÉS D'ENTREPRISE – 1° Attributions économiques – Consultation – Objet – Distinction – Modalités de rémunération - Dispositif d'évaluation des salariés – Identité des consultations (non) – Suspension de la mesure patronale (oui) – 2° Action en justice – Exercice d'une voie de recours – Titulaire – Mandat.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 10 avril 2008

Caisse d'épargne de Midi-Pyrénées contre Comité d'entreprise de la Caisse d'Epargne de Midi-Pyrénées

(pourvoi n° 06-45.741)

Attendu, selon l'arrêt attaqué statuant en matière de référé (Toulouse, 24 août 2006) que la Caisse d'épargne Midi-Pyrénées a consulté le comité d'entreprise sur un outil de pilotage commercial en 1999 et en 2000 en indiquant que cet outil ne serait pas utilisé pour contrôler l'activité des salariés ; que le 21 novembre 2003 le comité d'entreprise a été consulté sur la mise en place d'une part variable de la rémunération ; que parmi les documents remis au comité pour cette consultation, figurait une annexe, intitulée "support d'évaluation de la performance", dans laquelle il était expressément fait référence à des indicateurs extraits de cet outil de pilotage pour évaluer l'activité des salariés ; que le comité d'entreprise, estimant devoir être consulté sur la décision d'utilisation de cet outil à cette fin, en application de l'article L. 432-2-1 du Code du travail, a saisi le juge des référés, pour que cette décision soit suspendue jusqu'à cette consultation ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la Caisse d'épargne Midi-Pyrénées fait grief à l'arrêt infirmatif d'avoir déclaré recevable l'appel du comité d'entreprise alors, selon le moyen "que le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe du contradictoire" ; qu'il ne peut fonder sa décision sur des pièces qui n'ont pas été régulièrement communiquées à l'autre partie ; qu'en l'espèce, pour dire son appel recevable, le comité d'entreprise prétendait qu'il avait établi un mandat en vertu duquel "M. B. et Mme T. représenteront le comité d'entreprise lors de l'instance et lors de toutes les instances qui suivront éventuellement", sans cependant faire figurer cette pièce sur son bordereau de communication de pièces ; que la Caisse d'épargne, qui n'avait pas été destinataire d'une telle pièce, contestait formellement l'existence d'un tel mandat de faire appel, en faisant valoir qu'"il n'a été donné aucun mandat général permettant au secrétaire ou à Mme T. d'engager une procédure d'appel

devant la cour" et que "cette mention n'apparaît dans aucun des procès-verbaux du 23 mars 2004 et du 27 mai 2004" ; qu'en se fondant, pour déclarer l'appel recevable, sur un mandat en date du 23 mars 2004 donné par le comité d'entreprise en vertu duquel "M. B. et/ou Mme T. représenteront le comité d'entreprise lors de l'instance et lors de toutes les instances qui suivront éventuellement", qui n'avait pas été communiqué à l'exposante, la Cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile" ;

Mais attendu que le mandat donné par le comité d'entreprise à un de ses membres pour agir en justice pour une affaire déterminée permet à son titulaire d'intenter les voies de recours contre le jugement rendu sur son action ; que le moyen est inopérant ;

Sur le second moyen :

Attendu que la Caisse d'épargne fait encore grief à l'arrêt d'avoir dit que l'utilisation de l'outil de pilotage commercial pour procéder à l'analyse et à l'évaluation et donc au contrôle de l'activité de ses salariés, sans consultation du comité d'entreprise dans les conditions prévues par l'article L. 432-2-1 du Code du travail, constitue un trouble manifestement illicite, et ordonné la suspension de l'utilisation de cet outil pour y procéder jusqu'à la consultation du comité d'entreprise alors, selon le moyen :

1°/ que le défaut de consultation d'un comité d'entreprise préalablement à la mise en place d'un outil de gestion du personnel permettant de mesurer l'activité des salariés, qui peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité du dispositif mis en place au mépris de ses dispositions, dont la validité demeure soumise aux règles qui lui sont propres ; qu'en décidant néanmoins que le défaut d'une telle consultation préalable du comité d'entreprise constituait un trouble manifestement illicite qu'il convenait de

faire cesser en ordonnant la suspension de l'utilisation de l'outil de pilotage commercial mis en place par la Caisse d'épargne Midi-Pyrénées, la Cour d'appel a violé les articles L. 431-5 et L. 432-2-1 et R. 516-31 du Code du travail ;

2°/ que sauf dispositions particulières, la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise obéit à un régime unique prévu par l'article L. 435-1 du Code du travail ; qu'il résultait des propres constatations de l'arrêt attaqué que le comité d'entreprise avait été informé et consulté en 2000 à l'occasion de la mise en place de l'outil de pilotage commercial, puis le 21 novembre 2003 sur la mise en place au sein de la Caisse d'épargne d'une part variable de rémunération, pour la détermination de laquelle il avait été expressément indiqué aux membres du comité que seraient utilisés certains indicateurs extraits de l'outil de pilotage ; qu'il s'évinçait ainsi des constatations de l'arrêt que les membres du comité d'entreprise avaient été consultés à cette occasion sur l'utilisation de l'outil de pilotage comme moyen permettant de mesurer l'activité des salariés ; qu'en estimant néanmoins qu'une nouvelle consultation du comité d'entreprise aurait dû être organisée spécifiquement sur l'utilisation de l'outil de pilotage comme technique permettant de mesurer l'activité des salariés, selon la procédure prévue par l'article L. 432-2-1 du Code du travail, lorsque la procédure de consultation suivie le 21 novembre

2003 obéissait au même régime, la Cour d'appel a violé les articles L. 431-5 et L. 432-2-1 du Code du travail ;

Mais attendu que, selon l'article L. 432-2-1 du Code du travail, 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'existence d'un trouble manifestement illicite justifiant la suspension de cette décision jusqu'à la consultation des représentants du personnel sur ce projet ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi ;

(M. Bailly, f.f. prés. - Mme Bodard-Hermant, rapp. - M. Deby, av. gén. - SCP Gatineau, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, av.)

Note.

1. L'évaluation des salariés, pour nécessaire qu'elle soit au fonctionnement d'un organisme, a fréquemment pour effet, sinon pour objet, en procédant à un entretien individuel portant sur les réalisations, de réaffirmer le rapport de subordination. Sans combattre dans son principe la possibilité d'une telle appréciation (1), il est indispensable d'apporter un contrepois collectif telle que l'intervention des institutions représentatives. Il faut inviter à généraliser à la matière transparence et motivation, devant les représentants des salariés d'abord, face au juge en ultime remède. Ce sont alors les méthodes et justifications de l'évaluateur qui font l'objet d'une pesée (2) : "Si la notation, l'évaluation, dans ce qu'elles comportent d'intime conviction et d'irréductible subjectivité échappent à tout contrôle, les modes de notation ou d'évaluation, suscitent, eux, un intérêt croissant" (3).

2. Cette démarche est d'autant plus nécessaire que "pour assurer l'ordre et la performance dans l'entreprise, l'employeur dispose de deux registres d'action, le registre disciplinaire et le registre des aptitudes, qui ont pour point commun d'organiser les conditions d'un jugement sur la personne du salarié et sur l'exécution de sa prestation de travail" (4). La porosité de l'un vers l'autre, qui ne se confond pas avec une confusion, conduit à affermir le passage d'un pouvoir à un droit de l'évaluation.

3. L'acte d'évaluation doit dans un premier temps être ramené à ses objectifs, selon la fonction assignée – plus ou moins explicitement – par l'entreprise (5) : évolution d'une rémunération indexée sur la performance (6) ? Identification des besoins de formation (7) ? Mise en œuvre de l'obligation d'adaptation dans le cadre (8), ou pas (9), d'un licenciement pour motif économique (10) ? Caractérisation d'une insuffisance professionnelle en prévision d'un licenciement (11) ? Détermination des qualités professionnelles en prévision de l'établissement de

(1) "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" Soc. 10 juil. 2002, Dr. Ouv. 2002 p.535 n. V. Wauquier.

(2) A. Chirez "Notation et évaluation des salariés" Dr. Ouv. 2003 p. 309 ; M. Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, Bibl. de droit social n° 36, LGDJ, 2002, § 328 ; T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, Bibl. de droit social n° 41, LGDJ, 2007, § 91.

(3) E. Lafuma, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, Bibl. de droit social n° 46, LGDJ, 2008, § 313.

(4) S. Vernac "L'évaluation des salariés en droit du travail" D. 2005 chron. 924 spec. p. 928.

(5) Ce point a été souligné lors de la séance de l'AFDT du 20 juin 2008 consacrée à "L'évaluation des salariés".

(6) Ci-dessus.

(7) N. Moizard "Le salarié acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise" Dr. Soc. 2008 p. 693.

(8) L. 1233-4.

(9) L6321-1 C. Tr.

(10) Soc. 23 oct. 2007, Dr. Ouv. 2008 p.296 n. B. Lardy-Pélessier ; A. Bouilloux "L'adaptabilité du contrat de travail" Dr. Ouv. 1997 p. 487.

(11) J.Y. Frouin "Inaptitude et perte d'emploi" Dr. Ouv. 2006 p. 105 spec. p. 108-109.

l'ordre des licenciements (12) ? Préparation d'une mobilité fonctionnelle ? Justification du respect du principe "A travail égal, salaire égal" (13) ou de l'absence de mesures discriminatoires (14) ?

4. Au cas d'espèce, un comité d'entreprise avait été consulté lors de la mise en place d'un "outil de pilotage commercial" ; l'employeur avait indiqué à cette occasion "que cet outil ne serait pas utilisé pour contrôler l'activité des salariés" (ci-dessus). Quelques années plus tard l'employeur avait saisi le comité sur la mise en place d'une part variable de rémunération (art. L 2323-27 (15)). Le comité s'était alors aperçu, au vu des éléments fournis, de l'utilisation dudit outil de pilotage commercial aux fins d'une évaluation des salariés. Il invoquait alors le respect de l'art. L 2323-32 al. 3 "Le comité d'entreprise 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" (16). L'employeur, qui avait refusé d'y procéder, invoquait l'inutilité d'une telle démarche en raison de l'identité, selon lui, des consultations. La Cour de cassation rejette son pourvoi et confirme l'action en référé menée par l'institution en énonçant : "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, 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" (ci-dessus).

5. Même si le point n'a pas été soulevé au cas d'espèce, il faut rappeler que lorsqu'est constatée une incidence de l'évaluation sur la rémunération, le CHSCT dispose d'un espace d'intervention, en vertu des dispositions de l'article L 4612-8 : "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." (17). Les juges du fond doivent alors caractériser l'incidence éventuelle sur la rémunération, sur l'accomplissement des objectifs, voire le lien avec la protection de la santé au travail (18).

6. Les mesures patronales prises en violation de l'obligation de consultation de l'institution représentative concernée peuvent être suspendues en saisissant le juge, en particulier le juge des référés, qu'il s'agisse de la violation des droits du comité d'entreprise (19), du CHSCT (20), voire du comité d'entreprise européen (21). L'affaire rapportée en constitue une illustration supplémentaire (22).

La situation en matière d'évaluation des salariés est toutefois peu satisfaisante car, en fonction du texte violé, la Cour de cassation semble admettre une intervention judiciaire efficace ou, au contraire, se satisfaire de sanctions symboliques. Ainsi elle a à plusieurs reprises confirmé, voire affirmé, la paralysie d'actions patronales enfraignant (notamment) l'art. L 2323-32 al. 3 (23) :

- le non-respect par un salarié d'un dispositif d'enregistrement des entrées/sorties, traitement non déclaré à la CNIL, ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (24) ;

- le caractère illicite d'un mode de preuve résulte de ce que l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle, tel un système de vidéosurveillance (25), qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise (26).

(12) L 1233-5.

(13) Soc. 20 février 2008, Dr. Soc. 2008 p. 530 n. C. Radé ; Soc. 17 oct. 2006, Bull. civ. V n° 306 ; sur ces aspects v. P. Adam, *L'individualisation du droit du travail - Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Bibl. de droit social n° 39, LGDJ, 2005, § 299 ; M.C. Escande-Varniol "L'évaluation du salarié" in J.M. Béraud et A. Jeammaud (dir.), *Le singulier en droit du travail*, Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 2006.

(14) Soc. 4 juil. 2000, *Verdomme*, RPDS 2001 p. 230, D. 2001 somm. 736 n. V. Wauquier.

(15) Anciennement L 432-3 : "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 (...)"

(16) L 432-2-1 ancien ; M. Cohen, L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, 8^e ed., 2005, LGDJ, p. 586.

(17) L 236-2 al. 7 ancien.

(18) Affaire AGME : Soc. 28 nov. 2007, PBR, Dr. Ouv. 2008 p. 49 rapp. J.-M. Béraud, RDT 2008 p.180 n. P. Adam, CA Paris (14^e ch. B) 3 nov. 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 339 n. L. Péro-Pirotte, TGI Paris 31 mars 2006, Dr. Ouv. 2006 p. 480 n. A. de Senga.

V. également CA Paris (14^e ch. A) 30 oct. 2002, *BHV*, Dr. Ouv. 2003 p. 332 n. M. Carles.

(19) Soc. 24 juin 2008, PBR, p. n° 07-11.411, ci-après couv. arrêt n° 1 ; TGI Paris 17 janv. 2008 et TGI Annecy 28 janv. 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 334 n. P. Darves-Bornoz ; TGI Paris 7 nov. 2006 et TGI Clermont-Ferrand 21 nov. 2006, Dr. Ouv. 2007 p.320 n. P. Darves-Bornoz ; TGI Paris 4 avr. 2006, Dr. Ouv. 2006 p. 478 n. A. de S.

(20) Soc. 12 juil. 2005, Dr. Ouv. 2006 p. 130 n. M. Cohen ; Cour d'appel de Paris (14^e Ch. B - référé) 19 novembre 2004, Dr. Ouv. 2005 p.438 n. A. de S.

(21) Soc. 16 janv. 2008, Dr. Ouv. 2008 p. 381 n. S. Günel.

(22) Sur la sanction civile du non-respect des prérogatives du Comité, v. les développements sous Com. 17 fév. 1975, *Giacometti*, in *Grands arrêts du droit du travail*, 4^e ed., p. 658 s.

(23) Anciennement L 432-2-1.

(24) Soc. 6 avr. 2004 Dr. Ouv. 2004 p. 378 n. P. Adam.

(25) Soc. 7 juin 2006 Bull. civ. V n° 206 et les obs. A. de Senga, Dr. Ouv. 2006 p. 477.

(26) M. Carles, *Technologies de l'information et de la communication et droits des salariés*, RPDS num. spec., oct. 2004, p. 313 s.

7. Cette vigueur – qui ne devrait pas surprendre – ne se retrouve manifestement pas lorsque les droits individuels des salariés sont bafoués en contradiction avec les articles :

- L 1222-3 : "*Le salarié est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre des méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en oeuvre à son égard*" (27) et

- 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*" (28).

Nous avons déjà relevé cette situation (29) mais elle apparaît avec une netteté particulière en matière d'évaluation des salariés lorsque celle-ci est destinée à établir l'ordre des licenciements au regard des "*qualités professionnelles*" (30). La Cour de cassation affirme que "*si la méconnaissance par l'employeur de son obligation d'informer préalablement les salariés des techniques et méthodes d'évaluation qu'il met en oeuvre à leur égard peut justifier l'allocation de dommages-intérêts, elle n'est pas de nature à caractériser à sa charge une inobservation des critères d'ordre des licenciements, dès lors que l'appréciation des qualités professionnelles repose sur des éléments objectifs et vérifiables*" (31). Lorsqu'un employeur "abat ses cartes" lors d'un licenciement, de tels éléments devraient pourtant être écartés des débats.

Un auteur relevait que "*Les articles L 121-6 et L 121-7 du Code du travail semblent ignorés dans le contentieux de l'appréciation des aptitudes professionnelles des salariés*" (32) et on pouvait penser que cette situation résultait d'une insuffisante mobilisation des textes par les plaideurs. Tel n'est pas le cas. La décision de l'employeur chemine selon un processus devant permettre l'expression collective des salariés par la mobilisation des exigences de transparence et de loyauté. Un traitement unifié des manquements conférerait une cohérence accrue à ce mouvement de fond.

A.M.

(27) L 121-7 ancien.

(28) L 121-8 ancien.

(29) Soc. 7 juin 2006 et comm. prec.

(30) L 1233-5 ; sur l'ordre des licenciements v. M.F. Bied-Charreton
Dr. Ouv. 2005 p. 362.

(31) Soc. 21 nov. 2006, Bull. civ. V n° 349, Dr. Ouv. 2007 p. 158,
Dr. Soc. 2007 p. 114 n. G. Couturier, (sur le second moyen) au
visa de L 321-1 et L 121-7 ; Soc. 11 avril 2008, pourvoi
n° 06-45804, au visa de L 121-7 et L 121-8.

(32) S. Vernac prec. p. 925.