

Notation et évaluation des salariés

par Alain CHIREZ,
Maître de Conférences à la Faculté de Droit,
des Sciences Economiques et de Gestion de Nice-Sophia Antipolis,
Avocat au Barreau de Grasse

P L A N

I – NOTATION ET POUVOIR DE DIRECTION

A – Le fondement du pouvoir de notation

B – Contenu et forme de l'évaluation

1) La teneur des entretiens
d'évaluation

2) La forme de l'entretien
d'évaluation

II – EVALUATION ET POUVOIR DU JUGE

A – Le contrôle classique des insuffisances du salarié

1) L'insuffisance de
résultats

2) L'insuffisance
professionnelle

B – Le contrôle possible du comportement de l'employeur

1) Le contrôle de la finalité
des évaluations

2) La notation de
l'entreprise

La notation des salariés, sous l'influence des techniques américaines dites de "ranking" s'inscrit apparemment dans le cadre d'une certaine objectivation, contraire à l'arbitraire. Elle pourrait bien, à ce titre, recevoir l'aval de notre droit du travail dont l'une des lignes de force a été de réduire, au fil du temps, le domaine de "l'employeur seul juge". Les premières – et rares – décisions de justice rendues semblent plutôt favorables, tant à l'évaluation du travail des salariés (1), qu'au classement en catégories (ranking) "permettant de fixer les augmentations de rémunération en fonction de la performance relative des salariés et de leur positionnement selon des critères préétablis, objectifs, connus et contrôlables" (1 bis).

En réalité, cette technique parfois faussement objective qui consiste à entourer d'un mur de lettres ou de notes, un terrain vague de sentiments ne devrait recueillir les faveurs de nos juges qu'avec circonspection. Ce n'est pas seulement une américanisation contestable du droit du travail peu conforme à notre perception de la relation contractuelle ; ce pourrait être aussi un retour déguisé à la perte de confiance, c'est-à-dire au stade magique de la rupture du contrat que le progrès juridique – s'il existe – a dépassé.

En effet, dans la course aux armements que connaît le droit du travail, il est aujourd'hui acquis que l'insuffisance des résultats ne constitue pas en soi une cause de licenciement (2). Or, le ranking (qui constitue un deuxième degré dans l'établissement des grilles d'évaluation) va permettre, s'il est légitimé par le juge comme l'évolution actuelle porte à le croire, d'éliminer les salariés dits peu fiables - ce qu'on appelle les faibles contributeurs -, avec la bonne conscience d'une sélection juste et objective.

La presse a justement rapporté quelques exemples d'utilisation dévoyée de ce qui apparaît quelquefois comme une machine à exclure sur des motifs inavouables car illégaux ou subjectifs. Ainsi, lorsque IBM attribue la notation 4, cela signifie que "le collaborateur a obtenu dans l'ensemble des résultats inférieurs aux engagements pris. Sa performance, son comportement et son impact sur les résultats de l'équipe ne sont pas satisfaisants. Il n'a pas travaillé selon les trois principes d'action d'IBM" (gagner sur le marché, travailler plus rapidement et efficacement et favoriser le travail d'équipe) (3). Il a été soutenu, à cet égard, que l'état de santé qui relève du comportement, au sens large du salarié, entrait indirectement dans le PBC (Personal Business Commitment, document réunissant les objectifs individuels de chaque salarié).

Actuellement, des plaintes existent aux Etats-Unis dans les secteurs les plus variés, contre Ford, Goodyear, Microsoft (logiciels), Conoco (pétrole), Caterpillar (engins de travaux publics). Il apparaît en effet que les notes "C" ou l'équivalent seraient souvent attribuées à des personnes plus âgées que les autres, ou de retour de maladie, ou de congé maternité. L'âge du salarié apparaît ainsi une variable déterminante. Dans d'autres entreprises, certains systèmes permettent d'inclure des appréciations subjectives de personnes qui ne sont pas les supérieurs directs du salarié noté. On rencontre en effet des salariés dont les questionnaires sont supervisés par des locuteurs indirects.

En France, c'est à l'occasion de l'affaire Hewlett Packard que les syndicats ont vainement dénoncé la nocivité de ce système de management (3 bis). Ils n'ont pas été suivis par les

(1) Cass. Soc. 10 juillet 2002 n° 00-42.368, Dr. Ouv. nov. 2002 p. 535 et s., note V. Wauquier.

(1 bis) Cour d'appel de Grenoble 12 novembre 2002, Semaine Sociale Lamy 3 mars 2003 n° 1112 p. 50 ; obs. Mestre et Fages, RTDC 2002 p. 498 ; chron. M. Morvan, JCP 2002 ed. E p. 1135.

(2) Cass. Soc. 2 février 1999 RJS 3.99 n° 351.

(3) Le Monde 8 mars 2002 p. 22.

(3 bis) V. également p. 332 du présent numéro.

juges grenoblois (peut-être faudra-t-il d'ailleurs un jour essayer de mesurer la part de décalage pouvant exister entre nos juges, notés depuis toujours – et d'ailleurs fort largement – certains qu'ils sont, cependant, de conserver leurs postes, et les salariés du privé qui peuvent jouer leur vie contractuelle sur des entretiens d'évaluation).

Puisque l'on note non plus seulement les résultats, mais aussi le comportement, on ne pourra, si on légitime ce système, qu'assister, contrairement aux apparences de départ, à un retour en force de "l'employeur seul juge" de la valeur professionnelle de ses salariés (4) ainsi que de leur aptitude à exercer les fonctions qui leur sont confiées (5), affirmation de principe qui s'était faite beaucoup plus discrète dans la jurisprudence durant cette dernière décennie. Tout l'effort jurisprudentiel de ces dernières années avait précisément consisté à soumettre au juge – et donc à objectiver le regard porté sur les compétences du salarié.

Dans ce schéma, où c'est l'employeur qui note, au cours d'un entretien sans assistance pour le salarié, celui-ci est de plus en plus démuné. Le très efficace dessin de Pessin, dans le journal "Le Monde" du 4 février 2003 (p. 17), en dit plus que tout discours : en quatre vignettes notées A, B, C, D, il présente l'image d'un salarié (A) de plus (B) en plus (C) nu (D). Face à ses évaluateurs, le salarié est non seulement isolé, mais de plus en plus transparent.

Aujourd'hui, le salarié idéal – celui dont le comportement sera bien noté – pourrait être un salarié flexible, qui occupe de moins en moins de place dans l'entreprise (5,5 m² chez Accenture) aux structures de verre, et aux bureaux interchangeables et "nets" (clean desk policies). Seul le travail noté compte, l'homme lui-même n'a pas d'importance, pourrait-on dire en caricaturant. Le salarié idéal est même le salarié absent (sans absentéisme bien sûr). Tout au plus conçoit-on qu'il réserve aujourd'hui son bureau auprès d'une conciergerie ou, mieux encore, qu'il travaille chez lui (arrêt *Abram*) (6). Après tout, comme le dit si bien M. Antoine Pirovano, "pour la raison économique, quoi de plus beau qu'un agent économique solitaire et abstrait" (7).

Que devient alors celui ou celle qui demande un congé d'adoption ou un temps partiel pour élever ses enfants, sinon quelqu'un qui, par son comportement, privilégie la famille par rapport à l'entreprise ? L'employeur modèle, celui qui est normalement soucieux de l'intérêt de l'entreprise et du bonheur de ses actionnaires, ne peut pas privilégier certains comportements pourtant encouragés par le Code du Travail.

Ce système de classement atteint des sommets de cynisme managérial lorsqu'il prévoit des quotas pré-déterminés de personnes à juger "non performantes" (classement forcé ou *forced ranking*) dont il faut chaque année débarrasser l'entreprise. Une sorte d'écrémage économique mis en œuvre sans procédure de licenciement économique, justement. Cela revient en fait à faire du critère des qualités professionnelles, éliminé par la loi du 17 janvier 2002 (puis rétabli par celle du 3 janvier 2003), le critère primordial du licenciement... économique. Chassez le naturel... Aux termes de deux ou trois classements consécutifs en C ou en D, le salarié peut être licencié ("rank and yank") (8).

Le droit du travail français n'est pas démuné face à de telles dérives. Le recensement des parades possibles a commencé : "classer le salarié ne revient-il pas à les discriminer ? De même le blocage des salaires des moins performants ne pourrait-il pas se traduire en une sanction pécuniaire prohibée par l'article L 122-42 du Code du Travail ? Ne faut-il pas aussi considérer que les trois phases successives censées remettre à niveau, pré-constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement ?" se demande Françoise Champaud dans la Semaine Sociale Lamy du 3 mars 2003. M. Philippe Waquet conclut de façon nuancée que si "la méthode du ranking n'est certainement pas frappée d'une nullité évidente et radicale, elle constitue néanmoins un mode de gestion du personnel qui mérite une grande vigilance" (9)...

(4) Cass. Soc. 21 février 1990.

(5) Cass. Soc. 2 juillet 1987.

(6) Cass. Soc. 2 oct. 2001, Dr. Ouv. 2002 p. 22.

(7) Droit de la concurrence et progrès social, Dalloz 2002, Chron. 62.

(8) cf. Le Monde précité du 4 février 2003.

(9) Questions sur le ranking, Ph. Waquet, Semaine Sociale Lamy 2/12/2002 n° 1100, p. 6-18.

Ce système, qui doit être préalablement porté à la connaissance des salariés (article L 121-7 al. 1 et L 121-8 du Code du Travail) et du comité d'entreprise (article L 432-2-1) doit instaurer une méthode d'évaluation "*pertinente au regard de la finalité poursuivie*" (article L 121-7 al. 2) et c'est essentiellement dans l'introduction du comportement attendu du salarié, dans la notation, que le bât blesse et que la pertinence peut faire défaut.

En rappelant que l'employeur tient de son pouvoir de direction, né du contrat de travail, le droit d'évaluer le travail (10), la Cour de cassation fait du droit de noter un élément de la relation de subordination. Ce n'est pas assez de dire que ce type de relation donne ce pouvoir assez unique d'un homme sur un autre, en permettant les directives et en autorisant unilatéralement le changement des conditions de travail. Il faut encore affirmer ce pouvoir tout de même assez infantilisant et parfois terrorisant de noter autrui, qui n'a pas toujours existé dans son unilatéralité (il faut, sur ce point, se reporter aux observations de M. A. Cottereau, pour qui le "*patron devient progressivement seul juge à la fin du XIX^e siècle alors qu'en 1804, la doctrine des législateurs était que le patron n'était pas un juge et devait porter les contestations en conciliation judiciaire tant sur les évaluations du travail que sur l'évaluation de la bonne coopération, dit plus tard discipline*") (11).

Il faut pourtant reconnaître que notre Droit du travail est prédisposé à admettre la validité des évaluations et notations surtout depuis l'arrêt *Neocel* (12) qui permet à l'employeur de contrôler l'activité de ses salariés. D'ailleurs, si le législateur lui-même énonce dans l'article L 121-7 qu'il existe des méthodes d'évaluation professionnelles, c'est bien que celles-ci sont à tout le moins conformes à l'ordre public. Dès lors que, dans l'intérêt de l'entreprise l'employeur peut surveiller (et punir), il peut soupeser, comparer et donc, évaluer. On peut même se demander s'il ne doit pas le faire puisqu'il lui incombe, dans le cadre de son obligation d'adaptation, d'abord jurisprudentielle, puis légale (art. L 932-2), de mettre le salarié à la bonne place et, le cas échéant, pour cela, de le former. L'évaluation peut être un moyen d'accompagner, de "*coacher*" le salarié pour l'amener à être plus performant.

L'évaluation qui ne peut pas, en principe, servir, en elle-même, de fondement à la reconnaissance d'une insuffisance professionnelle (Cass. Soc. 18.07.2000 n° 98-44.745) peut, en revanche, être factuellement revendiquée par le salarié qui s'estime injustement licencié pour n'être pas assez performant. Le prétendu faible contributeur pourrait alors exciper d'une bonne évaluation. Si l'employeur ne peut pas fonder l'insuffisance professionnelle sur un questionnaire d'évaluation, le salarié peut se prévaloir d'un test "*positif*" pour se dire injustement licencié. Le questionnaire peut, en tout cas, constituer l'un des "*éléments objectifs*" sur lequel le juge pourra s'appuyer.

En matière de licenciement économique, on sait "*qu'il appartient à l'employeur de communiquer au juge, en cas de contestation, les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix*" (Cass. Soc. 20.10.1993 n° 91-44.083). L'absence d'évaluation peut lui être alors reprochée. Le questionnaire d'évaluation peut, dans une certaine mesure, constituer le moyen de rendre le grief assez général d'incompétence, "*matériellement vérifiable*", suivant les exigences et la terminologie employées par la Cour de cassation (Cass. Soc. 14.05.1996 n° 94-45.499). Il ressort de tout cela, une relative neutralité de l'évaluation. Celle-ci ne constitue pas "*en soi*", pour reprendre une formule chère à la chambre sociale, une technique condamnable. Ce n'est que la continuation, par d'autres moyens, du pouvoir de direction (I) ; les dérives possibles que nous avons évoquées appellent cependant la mise en œuvre des pouvoirs du juge (II).

(10) Cass. Soc. 10 juillet 2002 précité.

(12) 20 nov. 1991, Dr. Ouv. 1992 p. 253.

(11) *in* Droit et bon droit, un droit des ouvriers instauré puis évincé par le Droit du travail, les Annales, Ed. de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, nov-déc. 2002 p. 1555 note 44.

I – Notation et pouvoir de direction

La légalité de principe de la faculté qu'a l'employeur d'évaluer le salarié n'est pas contestable, même si, on l'a vu, la légitimité de sa mise en œuvre n'est pas toujours indiscutable. On peut critiquer la notation lorsque celle-ci s'attache à autre chose qu'au travail. Il en va ainsi lorsqu'il est établi, par exemple (13), *"que le droit d'appréciation des qualités des mérites professionnels du salarié que l'employeur tire de son pouvoir de direction, a été détourné de cette finalité pour sanctionner un comportement ou un fait qui aurait dû l'être au moyen d'une mesure disciplinaire par nature"*. Il faut donc s'interroger sur le contenu de l'évaluation après avoir analysé le fondement du pouvoir de notation.

A – Le fondement du pouvoir de notation

La Cour de cassation fait reposer cette faculté sur le pouvoir de direction. Dans une décision assez brièvement motivée, elle énonce que, *"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"* (13 bis).

1) En faisant sourdre du contrat le pouvoir de direction de l'employeur, la Cour de cassation n'innove pas (14). Comme le souligne la doctrine, *"le rapport de travail ou d'emploi est une relation d'inégalité juridique que, dans un régime d'égalité civile, seul un contrat librement conclu peut créer. L'ordre juridique habilite l'employeur à prendre des décisions visant ou affectant le salarié qui doit les subir ou s'y soumettre, sauf à les contester en justice pour les motifs de légalité"* (15). *"L'employeur est rationnel"* comme le dit M. Antoine Lyon-Caen (16) ; par ailleurs, les prérogatives qui permettent à l'employeur d'agir matériellement ou juridiquement ont été contractuellement admises par le salarié lors de la conclusion du contrat qui place précisément le second sous la subordination du premier.

Une telle analyse pourrait bien procéder d'une fiction juridique, sur le même modèle que celle qui permet de présumer la connaissance du règlement intérieur par le salarié du fait de la présence, pourtant le plus souvent

virtuelle, de ce document dans le local servant effectivement à l'embauche. Le salarié n'a certainement pas connaissance, lors de la signature, des variantes parfois très contraignantes que le pouvoir de direction peut induire au cours de la relation contractuelle.

On reconnaît en général une double dimension au pouvoir de direction : direction économique de l'entreprise (17) et direction des personnes qui la composent. Si le salarié peut soupçonner que les choix économiques relèvent de la direction, il ne lie pas nécessairement sa possible notation à ce même pouvoir. A une époque de transparence souhaitable, suggérée notamment par la jurisprudence relative à l'applicabilité d'une convention collective prévoyant une clause obligatoire ne figurant pas dans le contrat, pour laquelle on demande que l'employeur ait non seulement désigné la convention applicable, mais mis en mesure le salarié d'en prendre connaissance (17 bis), ce droit de noter, que l'employeur tient du contrat, n'est peut-être pas suffisamment explicite à l'origine. On peut lui préférer ou, en tout cas, lui superposer une analyse institutionnelle qui a le mérite du réalisme (18).

2) En faisant de la notation une conséquence du pouvoir de direction, la Cour de cassation fait, semble-t-il, du refus du salarié de se soumettre à un test d'évaluation, un acte d'indiscipline. C'est d'ailleurs dans de telles circonstances que l'arrêt précité du 10 juillet 2002 a été rendu. Le refus de subir un test d'évaluation serait donc ordinairement fautif et le salarié qui s'y refuse pourrait être licencié pour motif disciplinaire (on rencontre d'ailleurs, dans certains textes, une forte incitation à participer : *"en cas de refus par l'agent, la notice individuelle de notation est établie par le supérieur hiérarchique immédiat. Cependant, ce refus correspond à un manquement et doit être mentionné sur le document d'appréciation"*, peut-on lire dans une instruction du 26 février 1999 relative au système d'appréciation du personnel de La Poste).

Des réserves doivent cependant être faites, liées à la mise en œuvre des questionnaires et tests. Ici encore, les principes de finalité et de proportionnalité posés par l'article L 120-2 du Code du Travail devront servir de guide. Il pourrait en effet, dans la mise en œuvre de

(13) Cour d'appel de Paris, 21^e Ch. B – 19.04.1991, Air France / Martin, Rép. 32400/90.

(13 bis) Cass. Soc. 10 juillet 2002 préc.

(14) cf. en ce sens, A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, L'ordonnement des relations de travail D. 1998 chr. 359, spéc. n° 16 et s.

(15) J. Pélissier, A. Suptot et A. Jeammaud, Précis Dalloz 20^e édition 2000 p. 861 et 862.

(16) Le pouvoir de direction, in Mélanges Despax p. 95 et s. et spéc. p. 102.

(17) Et de ses choix de réorganisation éventuelle, arrêt Cass. A.P. 8 déc. 2000 SAT, Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et

F. Saramito, conforté par la décision du Conseil Constitutionnel du 12 janv. 2002, Dr. Ouv. 2002 p. 59.

(17 bis) Cass. Soc. 27 juin 2002 à propos d'une clause de mobilité, Dr. Ouv. 2002 p. 579, rapp. ann. C. Cass., Dr. Ouv. sept. 2003 à paraître.

(18) cf. en ce sens, V. Wauquier, note précitée, qui estime que *"cette conception du pouvoir de direction se dégage clairement des dispositions de la loi du 13.12.92 art. L 121-6 et suivantes qui encadrent les dispositifs d'évaluation, que ce soit au moment du recrutement – le contrat n'existe pas encore – ou dans l'emploi"*.

certain tests ou questionnaires, y avoir "des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché".

Ainsi, il semble acquis que des tests habituellement pratiqués à l'embauche ne peuvent pas être imposés sans atteinte à la dignité d'un salarié confirmé. La Cour de cassation énonce clairement ce principe, en cassant péremptoirement un arrêt de la Cour d'appel de Caen : "trois ans après l'embauche, l'employeur ne pouvait faire subir au salarié des tests de connaissances pour en déduire ensuite une insuffisance professionnelle" (18 bis). On sent ici poindre la dénonciation de l'atteinte à la dignité du salarié.

Dans une autre décision rendue la même année, la Cour de cassation pose, on l'a vu, une autre limite : "les résultats de tests de connaissances techniques pratiqués par l'employeur ne pouvaient, à eux seuls, justifier le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un salarié dont il était reconnu qu'il avait exercé son activité de manière satisfaisante depuis cinq ans" (19). La finalité du test, jointe à l'ancienneté relative du salarié, permettent à celui-ci, sinon de se dérober à l'évaluation, du moins de plaider son inefficacité probatoire.

On peut cependant affirmer que lorsque le questionnaire d'évaluation est attentatoire à la dignité du salarié, celui-ci peut légitimement s'y soustraire. Nul n'est obligé de contribuer à son propre préjudice.

Le même raisonnement peut être tenu lorsque le test n'est pas pertinent. L'article L 121-6 du Code du travail ne vise pas seulement – on le sait – le candidat à un emploi, mais aussi le salarié, et les informations demandées ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier ses aptitudes professionnelles.

Lorsque le questionnaire litigieux, habituellement destiné aux candidats à l'embauche, s'adresse à un salarié confirmé ou encore lorsque le test n'est pas pertinent, le pouvoir de direction, cette "habilitation à accomplir des actes matériels ou juridiques qui s'imposent à d'autres personnes dont elles affectent les droits et intérêts" (comp. Précis Dalloz op. et loc. cit.) est dévoyé puisqu'il doit s'exercer dans l'intérêt de l'entreprise.

Quoiqu'il en soit, la pertinence du questionnaire implique que l'on s'interroge sur le contenu et la forme de l'évaluation.

B – Contenu et forme de l'évaluation

Diversément dénommés (entretien individuel, entretien d'évaluation, entretien de fin d'année, pour ne

retenir que quelques-unes des dénominations françaises), on parle communément à leur propos d'entretiens d'évaluation. En réalité, ce sont des tests, car, par delà la formulation conviviale, c'est bien l'employeur qui note avec, il est vrai, un degré variable d'adhésion du salarié.

1) La teneur des entretiens d'évaluation

On connaît les méthodes d'évaluation classiques, telles le bilan de compétences. Prévues par l'article L 900-2 du Code du travail, elles ont pour objet de permettre aux salariés d'analyser leurs compétences professionnelles et personnelles, ainsi que leurs aptitudes et leur motivation afin de définir un projet professionnel, et, le cas échéant, un projet de formation.

Pour le salarié évalué, ce bilan doit permettre "d'objectiver l'opinion qu'il peut avoir de son travail, de discuter de sa mission, de ses objectifs de travail, de proposer des moyens de perfectionnement" (20).

La grande différence avec les méthodes dites émergentes réside essentiellement dans l'initiative et la finalité des méthodes respectives. Le bilan de compétences peut être réalisé à l'initiative de l'employeur, avec l'accord du salarié mais aussi à la demande de ce dernier.

Les méthodes d'origine américaine, introduites dans les relations de travail en France, comme le ranking, n'ont pas directement pour finalité l'épanouissement professionnel individuel du salarié. Il s'agit avant tout de classer des salariés en catégories, eu égard à deux paramètres : l'atteinte ou non des résultats préalablement enjoins et la comparaison des performances du salarié concerné par rapport à ses collègues de travail exerçant des fonctions voisines ou similaires. Le but de l'opération est d'accompagner, de "coacher" "les faibles contributeurs" en leur proposant une formation appropriée susceptible de les rendre meilleurs, mais aussi de récompenser les salariés plus "contributifs" par une rémunération supplémentaire ou une promotion. Le cadre "contributif" et "celui qui, animé d'une intention contributive, qui la cultive et l'entretient, sait repérer et choisir parmi toutes les opportunités d'actions celles qui répondent le mieux à la stratégie de l'organisation" (21).

On ne saurait ignorer que le dispositif dit de "low performance management", ainsi que le disent clairement certains consultants, peut "être utilisé par l'entreprise pour se préconstituer, le cas échéant, les motifs d'un licenciement sur la base des insuffisances constatées" (22). Au moins, une telle affirmation a le mérite de la clarté !

(18 bis) Cass. Soc. 19.12.2000, pourvoi n° 98-44.362.

(19) Cass. Soc. 18.07.2000, pourvoi n° 98-44.591.

(20) Cahiers du DRH n° 66 p. 15.

(21) La contributivité, Stéphanie Savet et G.P. Gauthier, Ed. Village mondial, cite in "Les cahiers du DRH n° 54, 28.02.2002 p. 14.

(22) Sylvain Niel, Les cahiers du DRH n° 68-69 du 13.11.2002 p. 10.

Il existe d'autres "méthodes" comme le mécanisme dit "d'évaluation à 360°" (principalement utilisé pour les cadres supérieurs (23) permettant au salarié évalué de constater comment sont perçues ses aptitudes par les tiers qui l'entourent (non seulement ses supérieurs et ses pairs, mais aussi ses subordonnés). Les "assessment Center" ou centres d'évaluation, ont pour but de dresser un "*bilan comportemental avec exercice de simulation professionnelle individuel et collectif*" (24). On croit savoir qu'on peut y placer certains salariés dans des conditions extrêmes. On est pas loin de retrouver le saut à l'élastique...

Certains de ces protocoles font l'objet d'accords. Ainsi, dans l'un d'eux conclu en suite d'accords cadre sur les classifications, sont codifiés conventionnellement, de manière précise, les axes, paliers et modules ; dans ce système, il est ainsi prévu que "*chaque année, les compétences des salariés seront évaluées lors d'un entretien individuel avec l'encadrement. Cette évaluation s'appuiera sur le système des "modules", descriptif pratique et concret des savoir-faire connus sur le site... La difficulté des modules, appelée force, varie de 1 à 6. Pour qu'un module soit reconnu au salarié, il faut qu'il soit capable d'effectuer la tâche correspondante et de l'utiliser dans le cadre de son travail... Au cours de l'entretien individuel, chaque salarié décidera, conjointement avec son interlocuteur des compétences qu'il lui faudrait acquérir pour mener à bien son projet de carrière*" (25). On relève que la co-décision porte, non sur l'évaluation, mais sur les projets de formation...

On le voit, les méthodes elles-mêmes sont diverses. Leur point commun réside cependant dans le fait qu'il s'agit, le plus souvent, d'une expression du pouvoir de direction, par delà les accords qui peuvent être conclus sur cette question et qui, de toute façon, ne confèrent jamais au salarié le pouvoir de s'auto-évaluer.

2) La forme de l'entretien d'évaluation

On sait que la jurisprudence, dans quelques domaines, est soucieuse de ne pas mélanger les genres : ainsi, ce qui relève du pouvoir de direction n'appartient pas au contrat. On n'a cependant pas tout dit quand on a rattaché, avec la Cour de cassation, l'évaluation au pouvoir de direction. On peut, dès lors, s'interroger, d'une part, sur la nécessité d'une signature du salarié, et, d'autre part, sur l'éventualité de son assistance lors de l'entretien d'évaluation.

a) La signature

L'acceptation, même formelle, d'un acte unilatéral n'en fait pas nécessairement un contrat, en droit du

travail (cf. par exemple le sort qui a été réservé par la jurisprudence aux clauses par lesquelles l'employeur se réserve le droit de modifier le contrat en tout ou partie). De telles clauses de flexibilité sont nulles (26). La Cour d'appel de Paris, dans une espèce où le contrat d'un salarié, engagé en qualité de délégué technico-commercial, ne comportait aucune obligation d'objectifs, a refusé de donner une nature contractuelle à l'entretien d'évaluation (27). L'entretien d'évaluation, expression du pouvoir de direction, ne peut servir de base contractuelle à la fixation d'objectifs. La signature ne change pas l'essence unilatérale de l'acte d'évaluation. En particulier, elle ne vaut pas, pour la Cour d'appel, accord sur les objectifs envisagés, mais sur ce qui a été dit au cours de l'évaluation.

D'ailleurs, la signature est-elle requise ? Le salarié est-il obligé de signer le document relatant l'évaluation de l'activité passée qui, bien souvent, contient aussi des prescriptions de résultat pour les temps à venir ? Au cours de l'entretien, est souvent établie une "*liste de points à améliorer et un plan d'actions pour y parvenir*" (28).

Aucune obligation ne semble pouvoir être imposée à ce titre à un salarié, certes tenu de se soumettre à un tel entretien mais auquel on ne saurait "extorquer" une signature. Le salarié qui n'est jamais tenu d'accepter une modification de son contrat, est encore moins obligé d'accepter une manifestation unilatérale de volonté. Si le risque, inhérent au refus de signature d'un document relatant l'entretien est quasi nul, le refus de signature d'un rapport, contenant des prescriptions d'objectifs, peut être celui de formaliser un éventuel désaccord sur la politique de l'entreprise, ce qui constitue encore un motif de rupture soumis à l'appréciation du juge.

Le salarié pourra toujours exciper de son droit de ne pas adhérer aux visées trop ambitieuses ou inaccessibles. Les objectifs pouvant, après quelques hésitations jurisprudentielles, être prescrits unilatéralement, la signature n'ajoute rien qu'une adhésion que le salarié ne nous paraît pas obligé de fournir. La subordination juridique n'implique pas la fusion idéologique (sauf, dans une certaine mesure dans les entreprises de tendance) et le contrat de travail, en dépit de l'obligation de loyauté qui fait un retour en force sur la scène juridique ces dernières années, ne présuppose pas l'engagement complet du salarié sur tous les plans et à propos de toutes les stratégies de l'entreprise. La "contributivité", dont on sait qu'elle tient compte du comportement, ne doit pas être la mesure du degré d'adhésion aux valeurs de l'entreprise, ni du

(23) Lamy Social, Guide pratique 2003 p. 228 n° 5366.

(24) P. Largesse, La Lettre des juristes d'affaires, dossier spécial Lamy social sur l'évaluation des salariés, mai 2003.

(25) Accord RCO Venizel, Liaisons Sociales 17.03.1994 n° 7.01.0, cité in LJA, doc. Sur l'évaluation des salariés, matinée-débats du 29.04.2003.

(26) cf. sur ce point, Cass. Soc. 30.05.2001 n° 99-219 ; cf. également E. Dockès, Droit Social 1997 p. 140.

(27) Paris 21^e Ch. A, 01.12.1999, JCP Ed. Entreprises 2000, p. 1167.

(28) Lamy social, Guide pratique 2003 n° 5366.

degré de conformité à sa culture. A ce titre, l'article L 120-2 rend certainement illégitime l'exigence d'une signature obligatoire.

b) L'assistance du salarié

L'entretien d'évaluation n'est pas, en principe, destiné à sanctionner la personne jugée. Or, le législateur n'a, en effet, prévu l'assistance du salarié par une personne de son choix appartenant à l'entreprise que dans deux cas visés aux articles L 122-14 et L 122-41, relatifs respectivement à l'entretien préalable au licenciement et à une sanction disciplinaire. L'assistance du salarié lors d'un entretien d'évaluation ne paraît donc pas exigible.

La Cour de cassation semble approuver une telle analyse. Dans une décision de la Chambre criminelle du 11.02.2003 (29) il est dit *"qu'en l'état des motifs d'où il résulte que le salarié, ayant présenté lui-même sa demande d'entretien, le délégué du personnel n'était pas dans l'exercice de sa mission de présentation d'une réclamation individuelle au sens de l'article L 422-1 du Code du travail, et dès lors que l'assistance par un délégué du personnel lors d'un entretien avec l'employeur n'est prévue que par les articles L 122-14 et L 122-41 du même Code, la Cour d'appel a justifié sa décision"*.

Il ne faut certainement pas tirer de conclusions trop générales de cette décision, rendue dans une matière d'interprétation stricte, à propos d'un entretien sollicité directement par le salarié.

Il faut aussi mesurer l'importance des accords d'entreprise ou de textes conventionnels plus larges qui pourraient prévoir l'assistance possible du salarié lors d'entretiens d'évaluation. Ces textes ne seraient évidemment pas contraires à l'ordre public social, dans la mesure où, suivant l'avis souvent cité du Conseil d'Etat du 22 mars 1973, *"les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public, en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, et qu'elles ne peuvent en aucun cas être supprimées ou réduites, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus, ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle"* (30).

Allant plus loin, on peut se demander si, par nature, l'entretien d'évaluation ne mériterait pas d'être entouré de plus de garanties qu'il ne l'est actuellement, et, au titre de celles-ci, de se dérouler en la présence, si le salarié le souhaite, d'un tiers appartenant à l'entreprise.

On peut envisager cette solution, tout d'abord parce que cet entretien est non seulement l'expression du

pouvoir de direction, mais aussi (31) du pouvoir *"disciplinaire du chef d'entreprise"*. Il existe d'ailleurs des licenciements pour inaptitude professionnelle, requalifiés en licenciements disciplinaires, parce que les évaluations effectuées cachent en réalité des finalités sanctionnatrices. Certains arrêts de Cour d'appel sanctionnent ainsi des dérives manifestes : dans la décision précitée du 12 avril 1991 (Air France / Martin), la Cour d'appel de Paris a jugé que *"c'est à bon droit que le Conseil de prud'hommes a estimé que les notations de M. Martin constituaient des sanctions disciplinaires déguisées et en a prononcé l'annulation"*.

En pratique, on peut se demander si la notation, lorsqu'elle est mauvaise, ne constitue pas toujours une mesure prise par l'employeur à la suite d'un comportement, considéré par lui comme fautif, que cette notation soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. Dans la mesure où cette définition de la sanction donnée par l'article L 122-40 se réfère à la perception par l'employeur d'un comportement fautif, c'est-à-dire un ressenti subjectif, la non atteinte, mal notée, des résultats prescrits, sera toujours ou presque perçue par l'employeur comme un manque de diligences du salarié. L'employeur qui note mal ne va pas le faire avec la conviction que les résultats par lui prescrits étaient inaccessibles ! L'insuffisance de résultats est souvent perçue par l'employeur comme fautive. Autrement dit, lorsque l'employeur envisage de mal noter, le salarié devrait pouvoir se faire assister. Le contentieux de la notation basculerait ainsi dans le droit disciplinaire. Ce ne serait pas un non-sens ; la fonction publique connaît ainsi des possibles contestations de la notation des fonctionnaires sans que cela soulève de difficulté particulière. Il y aurait, semble-t-il, plus de clarté, sans inconvénient véritable, à permettre assistance et justification en cas de notation mauvaise. Il suffirait de prévoir la même procédure qu'en cas de sanction lorsque l'employeur ou son représentant envisage une notation défavorable. Comme le soulignait M. Gérard Lyon-Caen, à l'occasion du soixantième anniversaire de la Chambre sociale de la Cour de Cassation (32) : *"on va vers un principe général de droit selon lequel tout acte doit être motivé pour être valable"*.

L'évaluation motivée du salarié assisté, bien que relevant du pouvoir de direction de l'employeur, ne dénoterait pas dans le concert de forces concourant à l'objectivation et à la rationalisation du droit des relations de travail par le truchement du juge.

C'est dire que la notation et l'évaluation du salarié appellent, en tout cas, un étroit contrôle du juge judiciaire.

(29) Semaine Sociale Lamy, 24.03.2003, n° 1115, note F.C.

(30) Dr. Ouv. 1973 p. 190, Droit Social 1973 p. 514.

(31) Comme le dit la Cour de Paris, 3 mai 2000, Répertoire Général 99-34.106.

(32) in Le Juge et l'Entreprise, Documentation Française Paris 2000, p. 98 et s.

II – Evaluation et pouvoir du juge

A – Le contrôle classique des insuffisances du salarié

1) L'insuffisance de résultats

La jurisprudence, on le sait, a considérablement évolué à propos de ce grief qui constituait une cause péremptoire de licenciement. La relecture de certaines décisions permet de mesurer le chemin parcouru : *"l'insuffisance de résultat obtenu par un salarié, par rapport aux quotas prévus à son contrat, constitue, sauf fraude de la part de l'employeur, une cause réelle de licenciement, peu importe que cette insuffisance soit liée à l'état du marché et que la situation rende souhaitable la recherche par l'employeur de moyens de vente plus efficaces"* (33).

A présent, l'insuffisance de résultats n'est plus, en soi, une cause de licenciement (34). C'est à la cause des mauvais résultats que s'attache à présent le juge qui n'est pas privé de *"son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement"* par la non atteinte des résultats prescrits.

Il ne suffit plus dans ce contexte, de simplement constater de mauvais résultats lors d'un entretien. Si les objectifs assignés au salarié étaient inaccessibles (35) ou ratés par suite des carences de l'employeur (36), le licenciement sera sans cause réelle ni sérieuse. Ce n'est que lorsque l'échec caractérisé est clairement imputable au salarié que la rupture est fondée. Il en est ainsi lorsque les prédécesseurs et les successeurs ont réalisé des objectifs jamais atteints par le salarié concerné (37) ; alors, les comparaisons possibles démontrent la faute imputable ou l'insuffisance professionnelle du salarié concerné (38).

2) L'insuffisance professionnelle

Alors que l'insuffisance de résultat ne constitue pas, en soi, un juste motif de licenciement, et donc une allégation suffisante, il suffit à l'employeur d'invoquer le grief d'insuffisance professionnelle, motif matériellement vérifiable pour que la lettre de rupture soit dûment motivée (39).

Par delà cet aspect formel, on peut se demander si, aujourd'hui comme hier, comme cela est parfois soutenu, *"l'appréciation des aptitudes professionnelles et de l'adaptation à l'emploi relèvent du pouvoir patronal"* (40) exclusivement.

Par delà la terminologie différente, les conséquences pratiques sont pourtant les mêmes : dans l'insuffisance de résultats, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence, l'employeur, soucieux de valider le licenciement, doit démontrer le manque de diligences suffisantes du salarié pour atteindre les résultats prescrits et accessibles, tandis que l'insuffisance professionnelle, depuis longtemps déjà, doit reposer sur des éléments concrets et ne peut être fondée sur une appréciation purement subjective de l'employeur (41).

Dans les deux cas, l'employeur doit démontrer la déviance du comportement du salarié par rapport à la norme, c'est-à-dire au comportement d'un salarié normalement diligent.

Autrement dit, aujourd'hui, l'employeur n'est plus seul juge de l'aptitude professionnelle qu'il est en droit d'attendre de son salarié. Le contrôle du juge lors de l'allégation des deux types de griefs existe, qu'il ne constitue pas en soi un motif de licenciement ou qu'il doive être matériellement vérifiable.

C'est pourquoi, le juge peut être sensible à (mais ne doit évidemment pas se laisser impressionner par) la notation qui n'est pas un sauf-conduit qui permettrait à l'employeur d'échapper à son contrôle. Comme la notation est formulée par ce dernier, l'évaluation ne saurait constituer en elle-même, l'élément concret et voulu par la jurisprudence pour objectiver l'allégation d'insuffisance professionnelle. La Cour de Cassation l'a précisé dit le 18 juillet 2000 (arrêt précité) en rappelant que les résultats de tests de connaissances techniques, pratiqués par l'employeur, ne pouvaient à eux seuls, justifier le licenciement pour insuffisance professionnelle (42).

Il ne faudrait pas que l'évaluation du salarié entraîne une régression en tenant le juge à l'écart. L'effort jurisprudentiel d'objectivation des appréciations portées par l'employeur sur les capacités du salarié serait alors réduit à néant.

Indépendamment de sa juste adéquation à la valeur réelle du salarié, la notation n'est pas toujours attribuée pour des raisons invariables. Le pouvoir de direction d'où elle procède, n'est pas toujours utilisé dans l'intérêt de l'entreprise. Ceci implique un contrôle souhaitable du comportement de l'employeur.

(33) Cass. Soc. 18.03.1986, Bull. civ. V n° 90.

(34) Cass. Soc. 30.03.1999, Dalloz 1999 IR 115, Dr. Ouv. avril 1999 couv. n° 5 ; Cass. Soc. 14.11.2000, Droit Social 2001, 99 obs. Ph. Waquet.

(35) Cass. Soc. 30.03.1999 précité.

(36) Cass. Soc. 12.03.1992 n° 91-41.400.

(37) Cass. Soc. 18.07.2001 n° 99-43.339.

(38) Cass. soc. 12.02.2002, n° 99-42.878 ; 22.01.2003, n° 01-40.713.

(39) Cass. Soc. 20.11.96, Bull. Civ. V n° 396 ; Cass. Soc.

29.10.97, n° 95-44.152 ; Cass. Soc. 23.05.2000, Bull. Civ. V n° 194 p. 150.

(40) Lamy Social 2003 n° 1411 p. 698.

(41) Cass. Soc. 6.07.1979 n° 77.40.168 cité in Lamy Social 2003, loc. cit.

(42) Les juridictions du fond ont souvent statué en ce sens ; cf. par exemple Cour d'appel de Versailles 2/10/92 RJS 12/99 n° 1348 jugeant illégitime une rétrogradation fondée uniquement sur un contrôle des connaissances organisé et apprécié par le seul employeur ; cf. également les autres décisions citées par V. Wauquier, Dr. Ouv., art. précité p. 536.

B - Le contrôle possible du comportement de l'employeur

La légitimité de l'évaluation n'étant pas en cause puisqu'elle procède de pouvoir de direction lui-même d'ordre public, c'est bien plutôt sa finalité qui peut poser problème (1/). Dans le contexte des évaluations illégitimes peut alors se poser la question inversée des performances sociales de l'entreprise et, en quelque sorte, de sa propre notation, non par ses salariés, mais par des tiers (2/).

1) Le contrôle de la finalité des évaluations

L'évaluation des salariés peut être un préalable indispensable à leur adaptation. Les Conseillers grenoblois, dans l'arrêt précité rendu le 13 novembre 2002, ont motivé leur décision ainsi qu'il suit, disant "qu'il n'apparaît pas des pièces versées que le ranking, PRB1 suivi du *Managing Low Performance* soit un système de sanction ; qu'il n'est pas établi qu'il ait été utilisé pour préparer des licenciements ; qu'il a pour but au contraire, de permettre aux salariés de s'adapter à l'évolution de leur emploi en permettant une formation permanente ; « un ranking PRB1 signifie que l'employé ne remplit pas les attentes minimales de sa fonction. Le manager doit alors mettre en place un plan d'action à court terme avec le salarié. Une performance qui resterait à ce niveau entraînerait, à terme, une situation inacceptable » (guide de gestion 1996). Qu'il résulte des pièces du dossier qu'un soutien est apporté aux salariés classés au niveau PRB1 par la mise en place de trois plans de remise à niveau...". Avant que le législateur ne codifie l'exécution de bonne foi du contrat de travail (nouv. art. L 120-4), la jurisprudence avait rattaché à cette exigence de droit commun (applicable depuis longtemps aux relations de travail (art. L 121-1)) le devoir de collaboration de l'employeur dans la recherche de la juste place du salarié dans l'entreprise : "l'employeur tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi" (43) ; cette obligation a été rappelée par l'arrêt du 29 mai 2002, (44). Cette obligation d'adaptation mentionnée dans l'article L 321-1 alinéa 3, telle que résultant de l'article 108 de la Loi du 17 janvier 2002, bien qu'aujourd'hui supprimée, a été précisée par la Cour de Cassation qui a notamment dit, en matière économique, que si l'employeur devait, pour y satisfaire, assurer une formation complémentaire, il ne pouvait lui être imposé d'assurer la formation initiale manquante (45). Adapter et pour cela former, et pour cela encore évaluer, rien de

plus légitime. Si l'employeur n'a pas à assurer une formation initiale manquante que des tests d'embauche auraient dû signaler (et que le salarié a pu suppléer par l'expérience), l'employeur n'a pas non plus à faire passer des tests d'embauche à un salarié confirmé (46). C'est alors trop tard.

La notation des salariés peut encore avoir pour juste finalité de récompenser les salariés "méritants et polyvalents" (47), sans toutefois que la performance individuelle puisse permettre des versements conditionnés par un intéressement ou un système d'épargne collectif. Cette confusion des genres, non autorisée, n'est pas la seule. Le ranking et surtout le forced ranking peuvent, on l'a vu, en valorisant le critère des aptitudes professionnelles, parvenir à vider de sa substance, le droit du licenciement économique.

Ce n'est pas là le seul risque : cette utilisation par l'employeur des résultats de l'évaluation pour déterminer la politique de rémunération au mérite peut compromettre, voire réduire à néant, comme on l'a fait observer (48) "la négociation annuelle dite "obligatoire" dans l'entreprise en matière de rémunération effective dès lors que la partie devenue substantielle de la rémunération résulte justement de la contribution individuelle des salariés, la part d'augmentation générale devenant peau de chagrin ; de facto, les organisations syndicales se sentent dépossédées de leur droit à la négociation mais également et surtout, de leur capacité de vérifier objectivement le respect de certains principes, tels celui de l'égalité de traitement".

Les risques de discrimination et de harcèlement ont été également cités (49). La notation dévoyée peut exclure certains salariés âgés, par exemple, et parfois blesser.

En réalité les principes juridiques posés par les articles L 120-2 (principe de finalité et de proportionnalité) et L 120-4 (exécution de bonne foi du contrat de travail) constituent les normes fondamentales dont l'exécution est la juste mesure du comportement de l'employeur.

2) La notation de l'entreprise

L'image de marque de l'entreprise est importante sur le marché. L'un des arguments et non des moindres, de la transaction, est sa relative discrétion, voire sa confidentialité, alors que la processivité prud'homale décrédibilise souvent l'entreprise. C'est également l'une

(43) Cass. Soc. 25.02.1992, Bull. Civ. V n° 122.

(44) Dalloz 2002 p. 2284 note Ph. Waquet.

(45) Cass. Soc. 3.04.2001, Marzouk / Aptargroup Holding, Dict. Perm. Juris. Sociale p. 205 ; à rapp. CA Paris 9 mai 2000, Dr. Ouv. 2001 p. 270.

(46) cf. supra.

(47) Cass. Soc. 24.04.2001.

(48) Rachid Brihi, Intervention matinée-débat de la Lettre des Juristes d'affaires, mardi 29 avril 2003 p. 36.

(49) cf. Ph. Waquet, Semaine Sociale Lamy 2.12.2002 n° 1100.

des raisons de la floraison de certains codes de bonne conduite : l'éthique est un argument concurrentiel.

L'analyse du comportement de l'employeur n'est pas nouvelle. Au plan individuel, les tribunaux pratiquent tous les jours une évaluation de ses manquements éventuels, qu'il s'agisse de statuer sur la mise en œuvre d'une clause de mobilité (50) ou sur l'imputabilité de la rupture. Il s'agit le plus souvent de mesurer sa bonne foi, ce qui revient aussi à évaluer le degré de cohérence de son comportement (51). Ainsi, lorsque le juge observe que *"le contrat de travail a été renouvelé à l'échéance du contrat à durée déterminée... alors que les résultats du salarié étaient déjà largement déficitaires par rapport aux objectifs fixés..."*, on peut soutenir que cette attitude dénote, sinon une renonciation de l'employeur à se prévaloir de la clause (de résultat), du moins une tolérance de son inexécution (52).

La question de l'évaluation des dirigeants (et notamment des grands patrons) est également à l'ordre du jour. La contestation de leur rémunération s'est généralisée ces derniers temps dans les assemblées d'actionnaires, favorisée par un accroissement sans précédent de l'écart entre le salaire moyen des salariés de l'entreprise et le salaire le plus élevé (facteur multiplicatif de 20 il y a trente ans et de deux cents aujourd'hui). Si l'incidence de l'efficacité patronale sur certains types nouveaux de gratifications comme les "welcome package", "golden handshake", ou "golden parachute" est nulle, les actionnaires acceptent de plus en plus difficilement que les dirigeants continuent à bénéficier de larges augmentations de salaire quand la bourse baisse (53). L'évaluation du chef d'entreprise est donc elle aussi à l'ordre du jour.

Au plan social, non plus individuel mais général, il existe des points de repère de natures diverses. Il existe ainsi des classements d'entreprises dans les domaines les plus variés (54).

La question de l'audit social, à côté des normes et labels est aujourd'hui posée et les agences de notation sociale qui voient le jour recherchent actuellement leur crédibilité pour *"noter en toute impartialité une entreprise sur ses performances sociales après un audit approfondi"* (55). Les agences de notation financière ont déjà donné le ton. Certes en matière sociale *"pour*

garantir leur indépendance", les agences devraient pouvoir trouver des rémunérations autres que celles générées par leurs entreprises clientes. Or, c'est précisément le contraire qui se passe. En France, le marché des investisseurs intéressés par les fonds éthiques est, semble-t-il, trop étroit pour que les agences puissent en vivre (56).

Compte tenu de la marchandisation de la plupart des activités humaines (57), le "social" n'échappe pas au marché : ces agences devraient donc, assez vite, trouver leurs marques.

Elles ont pour objet d'apprécier, d'évaluer et diffuser la qualité des relations et des conditions de travail, les carrières, l'importance éventuelle et la fréquence des conflits sociaux, les politiques de rémunération des entreprises. *"Leur particularité est de rendre publique cette notation auprès des analystes financiers qui, pour recommander ou dissuader l'achat d'une valeur, ne prennent plus seulement en considération les données comptables et financières habituelles, mais cherchent également à intégrer dans leurs évaluations des informations portant sur la question des ressources humaines"* (58).

Pour l'instant, les idées de volontariat et de responsabilité sociale infrajuridique sont avancées avec une dimension économique très clairement affichée par la commission européenne (59) pour qui, les entreprises peuvent ainsi espérer que leur engagement volontaire contribuera à accroître leur rentabilité.

Ici encore, le "social" englobé dans "l'économique" semble décidément signifier que *"la force de travail n'est pas autre chose qu'un service justiciable de la seule rationalité marchande"* (60).

Par delà ces balbutiements de gouvernance et de responsabilité sociale, l'impunité du dirigeant insuffisant reste toutefois quasi-totale, même lorsque ses mauvais choix de gestion mènent l'entreprise dans le mur. De son côté, le faible contributeur, pourra toujours être licencié pour insuffisance professionnelle ou inclus dans la liste des salariés licenciés pour raison économique puisque le critère des qualités professionnelles vient d'être rétabli dans la nomenclature à retenir pour établir l'ordre des licenciements (61).

Alain Chirez

(50) Cass. Soc. 18.05.1999, n° 96-44.315 ; 10.01.2002, JSL 77-3.

(51) Sur l'obligation de cohérence du comportement d'un contractant, cf. thèse B. Fages, Le comportement du contractant, Aix 1996.

(52) C. Bouty, Le contrôle de l'insuffisance de résultat par le juge, Travail et protection sociale, JCL avril 2001 p. 4 et s., et spéc. p. 6.

(53) "Le Monde" 23 mai 2003.

(54) cf. par ex. le traditionnel classement des "entreprises les plus admirées du monde", réalisé par le magazine américain "Fortune", Les Echos, 25.02.2003.

(55) "Le Monde" 14.01.2003 p. VIII.

(56) Jacques Igalens, "Le Monde" précité.

(57) A. Pirovano, art. précité.

(58) R. Beaujolin-Bellet et J.Y. Kerbouc'h, Notation sociale des entreprises, Sem. Soc. Lamy du 28 oct. 2002 p. 85.

(59) Livre vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Bruxelles 18/07/2001, cité par R. Beaujolin-Bellet et J.Y. Kerbouc'h art. préc.

(60) A. Pirovano, art. précité.

(61) Code du travail, art. L 320-1-1 revu par la loi 2003-6 du 3 janvier 2003.