



HAL
open science

L'exigence d'objectivité en droit du travail

Valéria Ilieva

► **To cite this version:**

Valéria Ilieva. L'exigence d'objectivité en droit du travail. Droit. Université de Nanterre - Paris X, 2018. Français. NNT : 2018PA100120 . tel-02165945

HAL Id: tel-02165945

<https://theses.hal.science/tel-02165945>

Submitted on 26 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Membre de l'université Paris Lumières

Valéria ILIEVA

L'exigence d'objectivité en droit du travail

Thèse présentée et soutenue publiquement le 01/12/2018
en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de
l'Université Paris Nanterre
sous la direction de M. Antoine Lyon-Caen
Professeur émérite à l'Université Paris Nanterre

Rapporteur :	M. Patrice Adam	Professeur à l'Université de Lorraine
Rapporteur :	M. Frédéric Guiomard	Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole
Membre du jury :	M. Gérard Couturier	Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne
Membre du jury :	M. Cyril Wolmark	Professeur à l'Université Paris-Nanterre

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Lyna et à Ylias

A ma mère

Sommaire

Partie 1 : L'énonciation des raisons d'agir	37
Titre 1 : Les caractères des énoncés.....	39
Chapitre 1 : L'exclusion des mobiles au profit des motifs.....	40
Chapitre 2 : La formalisation de données matériellement vérifiables.....	91
Titre 2 : Les contextes de l'énonciation	146
Chapitre 1 : L'extériorisation inscrite dans une délibération	150
Chapitre 2 : L'extériorisation sans délibération	205
Partie 2 : La preuve des éléments avancés au soutien des raisons d'agir	249
Titre 1 : L'objectivité attachée au savoir mobilisé	253
Chapitre 1 : La reconnaissance du savoir.....	255
Chapitre 2 : La reconnaissance du savoir détenu par les tiers.....	347
Titre 2 : L'objectivité attachée aux supports de contrôle des salariés	407
Chapitre 1 : La fiabilité des supports technologiques	410
Chapitre 2 : La collecte des données à l'épreuve des droits et libertés des salariés.....	444

Liste des principales abréviations

AFNOR	Association française de normalisation
AJ	Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
ANI	Accord national interprofessionnel
APD	Archives de philosophie du droit
AP	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
art.	Article
Art. cit.	Article déjà cité
BCNCC	Bulletin du Conseil National des Commissaires aux Comptes, édité par la Commission Nationale des Commissaires aux Comptes
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Arrêt d'une cour d'appel
Cass. Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CE	arrêt du Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Cf.	Voir
CHSCT	Comité d'hygiène de santé, de sécurité et des conditions de travail
Chron.	Chronique
Civ. 1/2/3	Chambres civiles de la Cour de cassation
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
coll.	Collection
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris
CSE	Comité social et économique
D.	Recueil Dalloz
Dalloz IP/IT	Droit de la propriété intellectuelle et du numérique
DC	Décision du Conseil constitutionnel
DD	Décision disciplinaire
Dr. Soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Dr. ouvr.	Droit ouvrier
éd.	Edition
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Fasc.	fascicule
GADT	Les grands arrêts du droit du travail
GP	La Gazette du Palais
H3C	Haut conseil du commissariat aux comptes
Ibid.	Au même endroit

I.R.	Informations rapides du Recueil Dalloz
infra	Ci-dessous
JCP E	Semaine juridique, édition entreprise et affaires
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP S	Semaine juridique, édition sociale
JO	Journal officiel des lois et décrets de la République française
JCL	Juris-Classeur
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
JS UIMM	Jurisprudence sociale de l'UIMM
LPA	Les Petites Affiches
LS	Liaisons Sociales
n°	Numéro
obs.	Observations
OIT	Organisation internationale du Travail
op. cit.	Ouvrage, thèse déjà cité(s)
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDP	Revue de droit public
RDT	Revue de droit du travail
rééd.	Réédition
Rép. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail
Rev. Compta.	Revue Comptabilité- Contrôle- Audit
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
s.	et suivant(e)s
Somm.	Sommaires commentés (recueil Dalloz)
ss.	Sous
ss la dir.	Sous la direction de
SSL	Semaine sociale Lamy
supra	Ci-dessus
v.	Voir

Introduction

I. *L'objectivité au service de la « Vérité »*

1. Communément associée au dévoilement de la « Vérité » (alètheia), l'objectivité compte parmi les exigences qu'une proposition doit satisfaire pour être considérée comme fondée scientifiquement.¹ Si la quête est noble, il n'est pas dit que le discours scientifique puisse décrire une réalité extérieure absolue. Il est d'ailleurs des penseurs pour ravalier les théories scientifiques au rang de simples vérités provisoires et partielles.² Toutefois, la prétention des « sciences physiques et de la nature »³ à produire une connaissance sur le monde qui ne garde aucune trace

¹ Parmi une littérature abondante sur la définition de la science, le choix a été fait ici de se référer à celle dont rend compte N. Baillargeon, philosophe et spécialiste en sciences de l'éducation dans son ouvrage *Petit cours d'autodéfense intellectuelle*, Lux, coll. « Instinct de liberté », 2005, p. 244 s. La science y est d'abord distinguée de ses applications pratiques et techniques pour être définie comme « un mode de connaissance visant l'objectivité qu'elle cherche à atteindre par divers moyens. » (V. également en ce sens, A. Lalande, *Vocabulaire de la Philosophie*, Quadrige, PUF, 2010) Parmi ceux-ci figurent notamment « les méthodes logiques et empiriques, la systématisation de ses observations, la mathématisation et l'univocité de ses concepts, le caractère public et répétable de ses expérimentations (...) La science est toutefois une entreprise humaine et faillible. En effet, même si certaines propositions semblent en pratique et pour de bonnes raisons des certitudes, toutes les propositions scientifiques sont en droit révisables. » (K. Popper, *Conjectures and refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, 1963. trad. M. Irène et M. B. de Launay : *Conjectures et réfutations. La Croissance du savoir scientifique*, Paris, Payot, 1985). Propos nuancé par P. Amselek pour qui les lois scientifiques sont plus « exactement répudiables, jetables comme on dit volontiers aujourd'hui, lorsqu'elles cessent de nous apparaître utiles et qu'on est en mesure de les remplacer par d'autres outils plus performants et plus gratifiants. » (« La part de la science dans les activités des juristes », D., 1997, p. 337). Plus fondamentalement d'après N. Baillargeon, « la science étudie des phénomènes c'est-à-dire, des objets construits et mis en évidence par elle. Souvent la simple observation de ces phénomènes demande un effort intellectuel considérable pour acquérir les connaissances nécessaires. Elle suppose également un appareillage complexe et psychologiquement, une rupture avec notre connaissance et nos modes de pensée ordinaires en tant qu'ils portent sur les objets qui nous sont donnés dans l'expérience ordinaire. Pour connaître les phénomènes, la science établit entre eux des relations constantes exprimées par des lois. Ces phénomènes et ces lois sont à leur tour expliqués et compris dans de vastes réseaux de concepts interreliés appelés des théories qui sont souvent contre-intuitifs donc difficiles à admettre pour le sens commun. » La science est enfin rapportée par l'auteur à la diversité des sciences. Celles-ci peuvent être notamment distinguées en deux catégories, à savoir les sciences formelles et les sciences factuelles. Les premières, soit la logique et les mathématiques ne disent rien du monde empirique et ne s'intéressent qu'à la forme des propositions. Les sciences factuelles, pour leur part, portent sur les faits du monde. Parmi elles, il est d'usage de distinguer les sciences humaines et sociales des sciences physiques et de la nature.

² Pour une défense de cette approche « relativiste », cf. A. Barrau, *De la vérité dans les sciences*, Dunod, 2016.

³ Cette qualification est employée par V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd. 2016, p. 47. Elle est préférée ici à celle parfois utilisée de « sciences dures » et qui est éminemment connotée péjorativement, comme si « les sciences de la nature ne pouvaient être

du sujet connaissant contribue à élever l'objectivité au rang de norme de conduite scientifique par excellence, de modèle idéal.⁴ En ce sens, « l'exigence d'objectivité (constituerait) un des traits caractéristiques de la démarche scientifique »,⁵ autrement dit de la méthode scientifique.⁶ Celle-ci exigerait du chercheur « d'enregistrer les faits sans mêler à son observation ses opinions antérieures, ses idées préconçues ». En effet, « l'objectivité scientifique »⁷ prône une posture,⁸ un devoir-être destiné au sujet connaissant, celui de se débarrasser de ses préjugés, fantasmes, jugements, attentes ou acquis en ce qu'ils peuvent le conduire à une représentation erronée de la réalité physique. En d'autres termes, l'objectivité scientifique est présumée vertueuse parce qu'elle repose sur une « vision aveugle » de la réalité, en cantonnant toute intervention humaine au strict minimum de peur que le chercheur « n'enjolive, n'idéalise, voire n'adapte ses observations à ses attentes théoriques, bref qu'il ne voit que ce qu'il voulait voir ».⁹ Il en ressort que la personne du scientifique est considérée comme un obstacle à la connaissance, alors que l'objectivité est devenue une condition de son intégrité. En somme, l'objectivité scientifique dicte une méthode pour saisir l'objet par le sujet.

qu'inhumaines, et les sciences de l'homme étrangères à la vraie rigueur. » (F. Balibar et E. During, « Introduction », Critique, n° 661-662 : Sciences dures ?, 2002. V. également, L. Soler, Introduction à l'épistémologie, Ellipses, 2000, p. 24.

⁴ Sur la notion de modèle idéal, cf. Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail. Etude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 166, 2017, p. 93 s.

⁵ J.-L. Loubet Del Bayle, *Initiation aux méthodes des sciences sociales*, L'Harmattan, 2000, p. 25.

⁶ D'après L. Daston et P. Galison, le lien entre méthode scientifique et objectivité aurait été noué au milieu du 19^e siècle, époque où un schisme s'est opéré entre le sujet connaissant et l'objet de la connaissance. C'est en effet à ce moment-là que les hommes de science commencèrent à se préoccuper ouvertement de ce qui constituait à leurs yeux un nouvel obstacle au savoir, à savoir eux-mêmes. Ainsi, contrairement à une idée répandue, l'objectivité n'a pas toujours guidé la science. Pour démontrer le caractère récent de l'objectivité, les auteurs s'appuient sur l'évolution dans la fabrication d'images destinées aux atlas scientifiques. L. Daston et P. Galison, *Objectivité*, trad. Par S. Renaut et H. Quiniou, Les presses du réel, 2012, pp. 25 s.

⁷ Sur les formes d'objectivité non scientifique, telle « l'objectivité éthique », cf. G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, étude critique établie par J.-F. Kervégan, Quadrige, PUF, 2018. La problématique que charrie « l'objectivité éthique » est liée au fait de déterminer si l'opération de conscience (le jugement personnel) peut prétendre au statut d'énoncé objectif et si oui, comment. A rapprocher également des « jugements esthétiques » de Kant fondés sur nos sentiments ou nos goûts mais qui prétendent à une validité universelle, E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Renaut, Flammarion, 2015.

⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », APD, 1988, p. 177 ; M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, François Maspéro, Paris, 1976.

⁹ L. Daston et P. Galison, op.cit., p. 46.

2. Forte des progrès techniques et scientifiques réalisés en son nom, l'exigence d'objectivité s'est disséminée bien au-delà des sciences physiques et de la nature. Au XIX^e siècle notamment, le paradigme scientifique a exercé un attrait considérable sur des disciplines nouvelles en quête de valorisation et de respectabilité. Il est vrai qu'à cette époque, prenaient corps ce qu'on appelle parfois de manière indistincte les sciences humaines, les sciences de l'Homme ou bien encore les sciences sociales. Le principal défi que durent relever les promoteurs de ces disciplines fut alors de penser les conditions de la transposition aux réalités humaines et sociales des exigences scientifiques.¹⁰ Certains juristes furent également séduits par la démarche et c'est donc sans surprise que l'idée d'une « science juridique »¹¹ épurée des jugements de valeur de ceux qui la pratiquent fit son chemin.¹² A sa suite, ils développèrent une activité de description systématique et ordonnée du droit en vigueur, également appelée dogmatique juridique.¹³

¹⁰ A. Comte, *Le discours sur l'esprit positif*, introduction et notes par A. Petit, Paris : Vrin, 2009 ; E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris : Félix Alcan, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1895.

¹¹ L'expression de « science juridique » ou de « sciences juridiques » est utilisée à escient même si elle est contestée et contestable. Elle a néanmoins pour mérite de souligner dans le cadre de ce propos l'influence que les courants positivistes purent exercer sur les juristes à l'orée du 20^{ème} siècle, donnant naissance au positivisme juridique dont la figure de proue fut incontestablement H. Kelsen. V. spécialement, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant, LGDJ, Bruxelles - Paris, 1997. Ce dernier prétendait ainsi adopter une approche épistémologique universelle. Cette approche est sujette à de vives critiques. V. notamment, P. Amselek, art. cit. : « Depuis le siècle dernier le positivisme juridique a mis en circulation et très largement accredité l'idée que la dogmatique juridique est une science. Kelsen est évidemment le penseur le plus représentatif (...) de ce courant de pensée dominant : sa Théorie pure du droit n'est de bout en bout qu'une défense et illustration de cette conception de la dogmatique juridique comme « science du droit », une science à part entière aux côtés des sciences de la nature, soumise - prétend-il - aux mêmes devoirs d'objectivité et de neutralité, qui doit rester exempte de toute coloration idéologique et de toute prise de position critique, et qui viserait à formuler - à l'instar des sciences naturelles - des lois scientifiques, des lois théoriques qu'il appelle « propositions de droit » (Rechtssätze) Sans doute ces prétendues lois théoriques présentent-elles à ses propres yeux des traits caractéristiques tout à fait différents de ceux des lois véritablement théoriques formulées par les autres sciences (puisqu'elles articulent des relations d'« imputation » et non de « causalité » et qu'elles énoncent, nous dit-il, ce qui devrait être alors que selon lui les lois scientifiques énoncent en principe ce qui est : mais cette différence d'essence, qui aurait dû logiquement faire obstacle à une identification sous le même concept de « science » ne paraît guère lui avoir posé problème. V. également J. Carbonnier : « S'il n'y avait de sciences que celles qui peuvent opérer sur des phénomènes soumis au déterminisme et qui sont en mesure de découvrir des lois de causalité entre ces phénomènes, écrivait-il, le droit ne pourrait assurément prétendre, sauf pour une très faible part, au nom de science ». L'auteur nuance néanmoins le propos en affirmant que « si tout ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées mérite ce nom (ne fût-ce que par opposition à l'empirisme), il est bien certain qu'il y a une science du droit. Différente des autres, ce n'est pas discutable ; peut-être même irréductible à toute autre, encore qu'on puisse lui trouver des analogies avec l'histoire (science conjecturale), et surtout avec les sciences du langage (qui, comme elle, étudient des phénomènes et formulent des règles tout à la fois) » *Droit civil*, T1, PUF, Thémis, 12^e éd., 1979, p. 35.

¹² Pour la reconnaissance d'une « science juridique », cf. F. Ost, V^o « Science du droit », in A.-J. Arnaud (dir.),

3. Même si l'existence de l'objectivité et son caractère souhaitable sont deux points âprement débattus dans tous les domaines scientifiques,¹⁴ il n'empêche que cette exigence, compte parmi les « critères pertinents de spécification des discours scientifiques (...) [qui continuent] à se démarquer des jugements de valeur ». ¹⁵ Une telle considération résulte non pas de la croyance en l'existence d'une objectivité en soi, mais bien au contraire, dans son caractère socialement construit.¹⁶ En effet, pareille qualité s'acquiert après un haut degré de « contrôles mutuels »¹⁷ au sein d'une communauté scientifique qui s'est accordée sur la validité des propositions présentées en fonction de procédures et de critères de validation reconnus collectivement légitimes.¹⁸ Ce qui est objectif ou vrai revêt alors le sens de ce qui fait consensus parce que la connaissance produite a résisté aux critiques émises par d'autres scientifiques à un moment donné de l'histoire.¹⁹ Ainsi, c'est parce que l'objectivité est le produit d'une

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^e éd., 1993 ; E. Millard, *Théorie générale du droit*, PUF, coll. « Connaissance du droit », 2006, p. 9. V. également pour une présentation générale de la question, M. Troper, V^o « Science du droit », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF-Lamy, 2003, p. 1391.

¹³ A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence*, n^o 1, 2010, p. 181.

¹⁴ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd. 2016, p. 284. Sur l'idée que l'objectivité est un idéal impossible à atteindre, cf. H. Heller, *La crise de la théorie de l'Etat*, (1934), Paris, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012, p. 36 s. Sur l'idée que l'objectivité est un mythe dangereux v. J. Chevallier et D. Lochak, *Science administrative*, LGDJ, 1978, p. 95 ; D. Lochak, « La neutralité dogmatique : mythe ou réalité ? L'impossible neutralité » in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 293.

¹⁵ V. Champeil-Desplats, *op.cit.*, p. 286. L'auteur situe l'émergence de l'exigence d'objectivité à partir de la fin du XIX^e siècle dans un contexte où certains discours sur le monde social et politique revendiquaient le statut de science afin de se démarquer des formes de discours alors dominant : discours politiques, idéologiques, religieux. V. aussi en ce sens, M. Weber, *Métier et vocation du savant*, (1919), Paris, 10/18, 1959, p. 81 – 82 ; V. également F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, coll. « Travaux et Recherches », vol. 9, 1987, p. 55. Pour ces auteurs, les exigences d'objectivité et de neutralité axiologique sont les conditions sine qua non de la dimension critique des discours scientifiques.

¹⁶ Le caractère socialement construit des preuves scientifiques permet de déconstruire l'objectivité en révélant le processus d'objectivation qui conditionne leur validité. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 292-293 ; V. aussi en ce sens, G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris : Vrin, 1989, p. 239.

¹⁷ P. Bourdieu, *Sciences de la science et réflexivité*, Paris, Raisons d'agir, 2001, p. 142.

¹⁸ Cependant, toute la difficulté est de préciser ces critères de validation. Pour N. Baillargeon, « il n'y a pas de réponse simple et en certain cas, il n'y a pas de réponse universellement admise. » D'ailleurs, « selon les sphères cognitives, les critères pourront varier. » Ainsi les critères de validation des propositions de preuve ne sont pas les mêmes en fonction des disciplines étudiées. Par exemple, les sociologues n'utilisent pas les mêmes critères de justification que les physiciens. N. Baillargeon, *op. cit.*, p. 172.

¹⁹ J. Feldman, « Objectivité et subjectivité en science. Quelques aperçus », *Revue européenne des sciences sociales*,

confrontation et d'une résistance aux objections des pairs et non le point de vue d'un savant solitaire et isolé qu'elle est un critère constitutif des discours scientifiques.²⁰ Autrement dit, l'objectivité est le résultat de l'intersubjectivité. Plus encore, l'objectivité tire également sa légitimité de ce qu'elle est associée à l'idée de progrès due à certaines sciences, telles les sciences physiques, dont les propositions jouissent d'un plus haut degré de consensus. D'où l'idée communément partagée, y compris par le monde extérieur, profane, que la recherche de l'objectivité assimilée au dévoilement de la « vérité » est indispensable au progrès de l'Humanité.²¹

4. Le droit lui-même n'est pas insensible à pareille quête, même si les enjeux de cette recherche et les méthodes employées diffèrent de ceux des sciences physiques et de la nature.²² Cette inclination des juristes à déceler le vrai est particulièrement prégnante en matière de preuve judiciaire. En effet, comme le résumant des auteurs, « la découverte de la vérité apparaît (...) comme la dimension téléologique de la preuve, ce vers quoi elle doit tendre »,²³ autrement dit son horizon. La réalisation concrète de ce projet dans le procès passe par « des opérations qui aboutissent à forger chez le juge une conviction ». ²⁴ Une fonction épistémique est donc prêtée par certains auteurs au procès et en particulier au procès pénal,²⁵ bien qu'il soit également admis

Tome XI., n°124, 2002, p. 85.

²⁰ V. Champeil-Desplats, *op.cit.*, p. 295.

²¹ J. Feldman, *art. cit.*, p. 85.

²² Sur ce point, cf. notamment, G. Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 2, 2004 ; P. Hugonet, *La vérité judiciaire*, Litec, 1986 ; P. Louis-Lucas, « Vérité matérielle et vérité juridique », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 58.

²³ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. « Thémis droit », 2015, p. 7.

²⁴ *Ibid.* ; Les auteurs précisent également que « Le raisonnement probatoire (...) consiste à déduire d'éléments de preuve – dont la fiabilité n'est jamais parfaite – des conséquences possibles et suffisamment argumentées pour être convaincantes. », *ibid.*, p. 448 ; En ce sens cf. aussi P. Foriers, « Considérations sur la preuve judiciaire, in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 315. Pour l'auteur, « Loin de rechercher une vérité objective, on s'efforcera d'atteindre une approximation suffisamment précise pour que raisonnablement on puisse y apporter crédit. » ; cf. également J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2002, spéc. p. 37s. cité par E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *op. cit.*, p. 124. J. Beltrán adopte une position intermédiaire entre l'assimilation pure et simple de la preuve et de la vérité et la négation de toute liaison entre ces deux notions. Il retient l'idée que l'énoncé « il est prouvé que p » signifie que les éléments de preuve disponibles apportent un soutien suffisant à p. Cette appréciation dépend donc des éléments de preuve réunis et elle se prête à un contrôle du juge.

²⁵ Pour une conception « rationaliste » des règles de preuve à favoriser ou à entraver la quête de la vérité v. L.

que la recherche de la vérité ne soit que l'une de ses finalités.²⁶ La recherche de la vérité n'est donc pas l'apanage des dogmaticiens.

5. Le développement d'une exigence d'objectivité en droit du travail illustre avec une acuité toute particulière l'importance et l'intérêt de partir en quête de la vérité. Dans cette branche du droit, l'apparition de normes imposant à l'employeur d'être objectif lors de l'adoption de mesures de gestion prises à l'égard du personnel,²⁷ l'obligent à justifier les choix qu'il opère. Ses raisons d'agir pourront ainsi être examinées. Voilà qui peut le conduire à fonder ses appréciations sur une démarche rigoureuse orientée vers la connaissance de la réalité,²⁸ autrement dit sur une méthode jugée incontestable. Ainsi, comme en matière scientifique, les opinions personnelles de l'employeur doivent être exclues lorsqu'il est prié d'extérioriser ses raisons d'agir. En d'autres termes, il s'agit d'analyser la mesure de gestion du personnel comme un acte de volition. Se dégagerait ainsi une nécessité pour l'employeur, parfois mise en lumière par la doctrine, de ne pas fonder ses choix sur ses sentiments ou opinions, mais sur des « manifestations extérieures susceptibles de vérification »²⁹ ou sur des éléments matériellement vérifiables susceptibles d'être prouvés. De même, l'exigence d'objectivité est définie dans certains dictionnaires juridiques comme « la représentation exacte de la réalité matérielle ou juridique », c'est-à-dire comme « l'aptitude à en rendre fidèlement compte dans le discernement et la probité, sans préjugé, ni

Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Philosophy and Law », 2006, p. 2 ; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto della democrazia*, vol. 1 : *Teoria del diritto*, Roma, Laterza, 2007, p. 879 s. ; S. Sentis Melendo, *La prueba*, Buenos Aires, EJEJA, 1979, spéc. p. 336. Auteurs cités par E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, op. cit., p. 123.

²⁶ Entre autres finalités, le procès est également le lieu où des normes sont appliquées, des valeurs réalisées, des garanties fournies, des droits reconnus, des intérêts protégés, des choix économiques effectués, des problèmes sociaux affrontés etc... En ce sens, cf. M. Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, 2010, p. 156 cité par E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, op. cit., p. 124.

²⁷ Le choix est fait ici d'adopter la définition proposée par F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*. Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2000. p. 1. Le terme désigne « l'ensemble des actes juridiques ou matériels de l'employeur, tant individuels que collectifs, qui ont pour objet d'appréhender la situation des salariés dans l'entreprise. »

²⁸ Il y a quelque pléonasmie à évoquer une connaissance de la réalité. En effet, « la connaissance désigne un rapport de la pensée à la réalité extérieure et engage la notion de vérité comme adéquation de l'esprit et de la chose. » (Encyclopédie Universalis, v° « Connaissance », M. Foessel, J. Ladrière et Y. Gingras).

²⁹ E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, Hypercours Dalloz, 12^{ème} éd., 2019, p. 417 ; G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 32^{ème} éd., 2019, p. 574.

partialité, ni arbitraire. »³⁰ L'exigence d'objectivité se présente ainsi comme un rempart contre tout « ce qui ne tient pas compte des données observables de la réalité » ou bien encore « qui n'est pas établi selon les méthodes ou n'est pas conforme aux conclusions de la science ». ³¹ A travers cette exigence, le droit du travail cible le pouvoir de l'employeur qui demeure « l'un des piliers de l'agencement juridique des relations du travail ». ³² En l'occurrence, l'avènement de l'exigence d'objectivité marque le recul de la théorie de l'employeur seul juge. Dans cette perspective, l'étude de l'exigence dans le champ du droit du travail permet de l'analyser comme l'une des voies mises en place par cette branche du droit pour « 'civiliser' le pouvoir de l'employeur en le dotant d'un cadre juridique d'exercice ». ³³ En somme, une telle exigence permet de lutter contre l'exercice arbitraire du pouvoir et de tempérer son caractère discrétionnaire en obligeant l'employeur à fonder ses choix sur une démarche rigoureuse. ³⁴

6. Justifier objectivement les raisons d'agir présente un avantage stratégique pour l'employeur, celui de mieux légitimer le pouvoir détenu en persuadant que son exercice est guidé par une démarche rigoureuse. La tentation est alors grande pour lui de se servir de cette exigence pour faire approuver une réalité conforme à ses souhaits. Cela est d'autant plus aisé à faire que l'employeur maîtrise les procédés probatoires nécessaires pour y parvenir. En effet, l'exercice du pouvoir à travers certains dispositifs de contrôle lui permet d'accéder facilement à des éléments d'information sur le salarié, c'est-à-dire à des données matériellement vérifiables qui peuvent au

³⁰ V « Objectivité », Vocabulaire juridique, G. Cornu, PUF, coll. « Quadrige », 11^e éd., 2016.

³¹ V° « Arbitraire », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

³² A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », D. 1998, chron. p. 359.

³³ Sur la démarche civilisatrice de l'entreprise par le droit du travail, cf. A. Supiot, Critique du droit du travail, op. cit., p. 124.

³⁴ Le pouvoir discrétionnaire suggère au profit de son détenteur un large pouvoir d'appréciation. Un droit discrétionnaire peut être reconnu dans certains cas à une personne qui l'exerce en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus. Il en va ainsi notamment, pour le refus de consentir au mariage d'un enfant mineur ou pour la révocabilité du mandataire ordinaire au profit du mandant. En outre, un pouvoir discrétionnaire est parfois reconnu aux juges du fond lorsque ceux-ci n'ont même pas besoin de motiver leur décision. La Cour de cassation n'exerce alors aucun contrôle sur la décision rendue. Dans cette perspective, ce qui oppose le discrétionnaire de l'arbitraire c'est l'usage raisonné du premier par le juge. En effet, à la différence du discrétionnaire, l'arbitraire a une connotation péjorative. L'arbitraire se définit alors comme le caractère injuste d'une décision qui n'est pas conforme aux règles de la raison ou d'une morale. L'arbitraire se réfère également au pouvoir absolu dont les décisions ne sont soumises qu'aux caprices de ses détenteurs. V° « Discrétionnaire » et

besoin servir d'éléments de preuve au soutien de ses raisons d'agir. En outre, dès lors qu'il est tenu d'établir des documents comptables et financiers, l'employeur a également accès à des données relatives à la situation de l'entreprise, des données qui s'avèrent du reste, aisément manipulables.³⁵ Outre le fait que l'employeur maîtrise la preuve, l'adoption d'une conception peu rigoureuse de l'objectivité en droit du travail facilite également l'instrumentalisation de cette exigence. Il en ressort une ambivalence de l'exigence d'objectivité. Ainsi, bien qu'elle soit un garde-fou indispensable contre l'exercice arbitraire du pouvoir de l'employeur, il reste que cette exigence peut être exploitée à des fins rhétoriques pour *convaincre d'une* réalité construite par *l'employeur en fonction de ses prétentions*.

7. Ces observations conduisent à mener l'étude de l'exigence d'objectivité en mettant en exergue deux démarches complémentaires. Par la première, il s'agit de lutter contre l'exercice arbitraire du pouvoir de l'employeur et de tempérer son caractère discrétionnaire. Dans cette perspective, l'exigence d'objectivité implique une extériorisation des raisons d'agir. Par la seconde démarche induite de celle qui précède, il s'agit de vérifier que l'employeur apporte des éléments de preuve suffisants au soutien des raisons énoncées. L'employeur peut alors chercher à convaincre son auditoire de la réalité des raisons d'agir ou plutôt d'une réalité conforme à ses choix.

II. *L'objectivité par l'extériorisation des raisons d'agir*

8. Soumettre l'employeur à une obligation d'extérioriser ses raisons d'agir participe d'une exigence de justification, c'est-à-dire d'une « obligation [patronale] de soumettre ses raisons d'agir à l'appréciation d'un for externe, c'est-à-dire l'obligation d'argumenter en faveur d'un choix. »³⁶ Même si l'employeur doit satisfaire à d'autres exigences pour légitimer ses choix, il reste que leur bien-fondé dépend en premier lieu d'une extériorisation des raisons d'agir, autrement dit de leur énonciation. En effet, si l'employeur n'a pas accompli cette démarche, il n'y a pas lieu de vérifier en cas de litige, qu'il a satisfait à d'autres exigences de justification comme

« Arbitraire », in Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, PUF, 1987.

³⁵ Cf. infra n° 322 s. et n° 352 s.

³⁶ Selon la définition stipulative de F. Guiomard, op. cit., p. 9.

la proportionnalité par exemple.³⁷ Si tel est le cas c'est justement parce que le contrôle de l'extériorisation des raisons d'agir permet de vérifier que le choix patronal ne repose pas uniquement sur les opinions personnelles de l'employeur, mais qu'il est fondé sur des éléments qui lui sont extérieurs. L'exigence d'objectivité a donc été reconnue en droit du travail dans le but d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'employeur en contraignant ce dernier à dévoiler ses raisons d'agir. Partant, une telle reconnaissance a amorcé le recul de la théorie de l'employeur seul juge. Il convient de revenir sur un tel recul en rappelant la genèse, (A) puis l'essor de l'exigence d'objectivité en droit du travail. (B)

A. La genèse de l'exigence d'objectivité

9. La consécration de l'exigence d'objectivité comme norme d'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'employeur³⁸ est à l'origine une œuvre prétorienne.³⁹ Telle est la conséquence du silence du législateur à ce sujet, particulièrement lors de l'introduction dans le Code du travail de l'exigence de justification du licenciement par une cause réelle et sérieuse. Ce silence ne pouvait être interprété que comme une « délégation législative au juge » et « un appel délibéré au contentieux. »⁴⁰ L'objectivité étant au service du dévoilement d'une « vérité », pareille exigence est attachée plus précisément à la réalité de la cause du licenciement. Il n'est donc guère étonnant d'observer qu'aux cours des débats parlementaires le ministre du travail avait défini la cause réelle comme étant entre autres, une cause objective. Cette précision a d'ailleurs permis au juge de reconnaître une exigence d'objectivité. Ainsi, dans un premier temps, celle-ci ne visait à s'appliquer que dans un domaine restreint, l'extériorisation des raisons du licenciement. L'exigence d'objectivité était donc dès l'origine dépourvue de la généralité qui sied aux exigences que l'on qualifie avec ou sans hésitation, de principe.

³⁷ Sur le caractère subsidiaire de cette exigence, v. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 86, 2009.

³⁸ Sur le développement de l'exigence d'objectivité cf. E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social » t. 46, 2008, p. 104 s.

³⁹ Toutefois, il est possible de relever, non sans intérêt, que ponctuellement l'exigence est imposée par le législateur dans des domaines particuliers. Il en va ainsi en matière de protection sociale complémentaire cf. infra n° 141 s.

⁴⁰ A. Mazeaud, *Droit du travail, Domat droit privé*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 401.

10. Même si l'exigence d'objectivité irrigue le droit commun du licenciement au travers de l'obligation qui est faite à l'employeur d'extérioriser tout motif de licenciement, sa reconnaissance par les juges s'est faite d'abord en matière de licenciement pour motif personnel. En effet, tout licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit reposer sur des éléments objectifs. La formule est issue du fameux arrêt Fertray⁴¹ En reconnaissant que l'objectivité doit fonder tout licenciement pour motif personnel, la Chambre sociale rattache le contrôle de la cause du licenciement à l'esprit de la loi du 13 juillet 1973 ayant consacré l'exigence de justification par une cause réelle et sérieuse.⁴² C'est du moins le sentiment que l'on peut avoir à la lecture des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de cette loi. A cette occasion, Georges Corse, ministre du travail de l'époque, s'était notamment référé à la notion de « cause objective » pour préciser ce que recouvre l'exigence de cause réelle du licenciement.⁴³ L'objectivité a été donc mentionnée comme l'une des qualités de ladite cause dont l'émergence s'explique par la volonté de « stabiliser la situation du salarié »⁴⁴ et de raisonner le pouvoir dans un contexte de crise économique où le nombre de licenciements avait considérablement augmenté.⁴⁵ Pourtant, il aura fallu presque deux décennies pour que la Cour de cassation exerce

⁴¹ Cass. Soc. 29 nov. 1990, Bull. civ., V n° 597 ; D. 1991, p. 190, note J. Pélissier. Cet arrêt revient sur la jurisprudence Voisin, Cass. Soc. 26 juin 1980, Bull. civ., V n° 573. Cette position est désormais bien établie, voir notamment Cass. Soc. 9 janv. 1991, Bull. civ., V n° 1, Dr. soc. 1992, p. 32, note F. GAUDU, Cass. Soc. 25 juin 1991, RJS 10/91, n° 1081.

⁴² Art. 24 o de la loi n°73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée. Sur cette réforme, cf. J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, 2e éd., Sirey, 1980. Cette loi a représenté un « progrès considérable » en confiant au juge le soin d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur et de former sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. La procédure accusatoire a ainsi laissé place à une procédure inquisitoire, v. B. Lardy-Pélissier, « Rupture conventionnelle : un raisonnement classique, mais imparfait », RDT 2014, p. 622.

⁴³ La cause ne pouvait avoir un caractère réel que « si elle présente un caractère d'objectivité qui exclut les préjugés et les convenances personnelles » Selon les propos du ministre du travail G. Gorse, JO déb. AN. 23 mai 1973, p.1445 et p. 1619.

⁴⁴ Sur le contrat de travail comme support de l'emploi cf. A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », D 1998, p.359 ; Sur l'exigence de cause réelle et sérieuse comme l'un des moyens pour assurer une stabilité de l'emploi, cf. aussi A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », SSL, n° 1340, 11 fév. 2008, Supplément.

⁴⁵ La nécessité de raisonner le pouvoir a été présentée lors des débats parlementaires précédents l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 comme un frein à l'augmentation du chômage par le député R. Caille comme suit : « Vouloir, en 1973 renforcer l'efficacité de certaines dispositions législatives et augmenter les effets d'un pouvoir de dissuasion à l'attention de ceux qui ont la détente du licenciement facile est sans nul doute une mesure nécessaire. Vouloir

un contrôle effectif de la réalité de la cause. Même si l'arrêt Fertray ne marque pas tout à fait une rupture avec la théorie de l'employeur seul juge,⁴⁶ il n'empêche que le contrôle de l'objectivité de la cause du licenciement annonce son abandon. Cette restauration du contrôle judiciaire est la conséquence d'une évolution amorcée par la Cour de cassation en matière de cause réelle et sérieuse en 1985.⁴⁷ En effet, faute de définition de cette notion, le contrôle exercé s'apparentait d'après un auteur à celui d'un « troisième degré de juridiction » dès lors qu'il impliquait un contrôle de la qualification juridique des faits opérée par les juges du fond. Dans ces circonstances, cela a pu conduire la Cour de cassation à substituer son appréciation à celle des juges du fond de telle manière à ce que soit reconnue, dans bien des cas,⁴⁸ l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'adhésion judiciaire à la théorie de l'employeur seul juge déduite par la doctrine de l'arrêt Brinon de 1956,⁴⁹ était sans conteste le fondement d'une telle absence de contrôle et partant, un frein à la reconnaissance de l'exigence d'objectivité. L'invocation du détournement de pouvoir constituait à cette époque le seul moyen pour contrôler le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement.⁵⁰ Or, comme l'observe un auteur

s'opposer aux solutions expéditives qui consistent à lâcher du lest en se débarrassant de poids estimés inutiles, c'est-à-dire en supprimant des emplois et en augmentant le chômage, est une décision non moins indispensable. » JO déb. AN. 22 mai 1973, p. 1449.

⁴⁶ Cf. infra n° 69 s.

⁴⁷ Cass. Soc. 10 déc. 1985, Dr. Soc. 1986, p. 210 note Blaze ; D. 1986, p. 120, note J. Boré.

⁴⁸ L'affirmation mérite d'être nuancée en ce qui concerne le contrôle du caractère réel de l'insuffisance professionnelle. En effet, diverses espèces rendent compte de l'existence d'un contrôle plus resserré dans lequel la Cour de cassation contrôlait la présence de faits précis et concrets susceptibles de conforter l'appréciation donnée par l'employeur de l'aptitude du salarié. Toutefois, ce contrôle demeurerait critiquable du fait de l'absence de contrôle du caractère sérieux du licenciement, la preuve de la cause réelle emportant par la même occasion celle de la cause sérieuse. Cf. Cass. Soc. 9 et 21 févr. 1978, 31 mai 1978, D. 1978, p. 388 ; Cass. Soc. 1^{er} et 9 juill. 1981, Dr. ouvr. 1982, p. 180-184. Parfois, la Cour de cassation a approuvé le raisonnement tenu par les juges du fond ayant déclaré le licenciement sans cause réelle et sérieuse tandis que « le grief général d'insuffisance professionnelle était formulé de façon dubitative sans que soient allégués de faits précis susceptibles de vérification » Cass. Soc. 1^{er} juill. 1981, Dr. ouvr. 1982, p. 180. Cette préoccupation antérieure à la reconnaissance de l'objectivité portait également sur le licenciement pour insuffisance de résultats, cf. Cass. Soc. 21 avr. 1982, D. 1982, I.R., p. 359. Pour une analyse de cette position cf. T. Grumbach, « Observations paradoxales sur l'évolution de la jurisprudence relative à la loi du 13 juillet 1973 », Dr. Soc. 1981, p. 373.

⁴⁹ Dans un arrêt Brinon de 1956, les juges de la Cour de cassation ont en ce sens retenu que « l'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi » Cass. Soc., 31 mai 1956, JCP G 1956, II, 9397, note P. Esmein, D. 1958, jurispr. p. 21, note G. Levasseur.

⁵⁰ « Attendu que (...) les juges ne peuvent substituer leur appréciation à celle de l'employeur sur l'opportunité d'une

« lorsque la notion de détournement de pouvoir [était] ouvertement utilisée dans le droit du licenciement, ce [n'était] pas pour étendre le contrôle judiciaire, mais au contraire, pour le limiter à ce type de contrôle. »⁵¹ Le revirement opéré en 1985 a radicalement changé la donne. Entre le choix critiquable de contrôler la qualification et celui pareillement controversé de définir la cause réelle et sérieuse, la reconnaissance de l'exigence d'objectivité est apparue comme « une voie médiane ».⁵² De la sorte, l'arrêt Fertray consacre une exigence dont la reconnaissance était revendiquée par plusieurs acteurs : députés,⁵³ auteurs,⁵⁴ juges du fond.⁵⁵ Elle est formalisée de manière concise dans un attendu de principe pour le moins explicite : « un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ». Toutefois, cette seule affirmation dit peu de la teneur de cette exigence. Une indication supplémentaire dans le même arrêt donne matière à réfléchir : « la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ». On le sait, ce motif fut définitivement abandonné en 2001.⁵⁶ La précision renseigne sur la volonté de la Cour de cassation de bannir du licenciement tout motif purement subjectif. Néanmoins, on a pu craindre un temps une résurgence de la perte de confiance au travers de la reconnaissance de la notion de trouble objectif caractérisé au bon fonctionnement de l'entreprise. Celle-ci résulte du célèbre arrêt Painsecq dont il ressort que l'employeur peut procéder au licenciement d'un salarié si la cause de celui-ci est fondée sur le comportement du salarié si ce dernier, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière.⁵⁷

sanction encourue, sauf détournement de pouvoir de sa part. » Cass. Soc. 25 mai 1971, n° 70-40.192, Bull. civ., V n°383.

⁵¹ E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. « Droit civil », 1985, p. 127.

⁵² E. Lafuma, *op.cit.*, p. 105.

⁵³ JO Déb. AN, 1973, n° 352, p. 46 : « La cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. »

⁵⁴ G. Lyon-Caen et J. Péliissier, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis », 15^e éd., 1990, n° 299.

⁵⁵ CA Paris, 26 avr. 1984, D. 1984, I.R., p. 417 : la perte de confiance est présentée comme « une notion fortement teintée de subjectivité mais susceptible d'appréciation par le juge des lois [si] elle se fonde sur des données objectives. » ; CA Paris, 19 nov. 1985, Dr. Soc. 1986, p. 433 : « la perte de confiance étant de nature subjective, ne peut être retenue que si l'employeur qui l'invoque peut faire état de faits précis ou d'éléments d'appréciation sérieux ou crédibles. »

⁵⁶ Cass. Soc. 29 mai 2001, D. 2002, Jur. p. 921, note A. Gardin.

⁵⁷ Cass. Soc. 17 avr. 1991, n° 90-42.636 ; Bull. civ., V n° 201 ; JCP 1991, II, 21724, note A. Sériaux ; Dr. Soc. 1991, p. 485, note J. Savatier ; RTD civ. 1991, p. 706, obs. J. Hauser ; CA Paris, 29 janv. 1992, Dr. Soc., 1992, p. 329, chr. J. Savatier ; Cass. Soc. 14 sept. 2010, n° 09-65.765, inédit.

Le trouble est ainsi constitué dès lors qu'il existe « une situation objective de désordre susceptible de provoquer un dommage à l'entreprise ». ⁵⁸ L'exigence d'objectivité doit donc conduire l'employeur à faire abstraction de la personne du salarié pour apprécier uniquement les incidences d'un fait tiré de la vie personnelle de celui-ci sur le fonctionnement de l'entreprise. ⁵⁹

11. A l'élément objectif, la Cour de cassation a également très vite rapporté l'« élément matériellement vérifiable », « susceptible de preuve », « précis et concret » c'est-à-dire, à des manifestations extérieures permettant la vérification par un tiers. ⁶⁰ Toutes ces formules auxquelles se rattache l'objectivité révèlent la vision de l'employeur que sous-tend cette exigence : l'employeur doit être rationnel parce que ses raisons d'agir doivent reposer sur des éléments contrôlables donc observables. Ainsi, la référence à un motif économique de licenciement en particulier, est de nature à conduire l'employeur à adopter cette démarche. En effet, le réalisme dont est empreint ce type de motif implique qu'il soit apprécié objectivement. Comme cela a pu être souligné « fondamentalement, l'argument économique se réfère à la réalité (...) la décision justifiée par une référence aux circonstances économiques paraît raisonnable parce que s'accommodant du réel. » ⁶¹ Qui plus est, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 août 2016 une place éminente est accordée à la donnée quantifiable dans la définition du motif tiré des difficultés économiques. ⁶²

12. Outre qu'elle porte sur la justification de la cause du licenciement dans le cadre d'un débat judiciaire, pareille exigence doit être également satisfaite en amont, au stade de l'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement. ⁶³ C'est ainsi qu'à propos de l'énonciation

⁵⁸ Ch. Mathieu, « Suspension du permis de conduire du salarié et notion de trouble objectif », note sous Cass. Soc. 10 juill. 2013, n° 12-16.878, inédit, RDT 2014, p. 43.

⁵⁹ Cf. infra n° 97s.

⁶⁰ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, Droit du travail, Dalloz, coll. « Précis », 31^e éd., 2018, n° 445.

⁶¹ T. Sachs, « La raison économique en droit du travail-1^{ère} partie : une raison réaliste », RDT 2011, p. 551. Cf. aussi du même auteur, La raison économique en droit du travail. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social. », t. 58, 2013, spé. p. 94-à 99.

⁶² Cf. infra n° 98 et n° 127.

⁶³ La loi n°86-1320 du 30 décembre 1986 impose une obligation de motivation pour les licenciements de nature disciplinaire et économique et la loi n° 89-549 du 2 août 1989 généralise cette obligation pour les licenciements de nature personnelle.

du motif personnel de licenciement, la Chambre sociale a décidé en 1998 que « le seul grief de perte de confiance mentionné dans la lettre de licenciement ne constituait pas, en l'absence d'énonciation d'éléments objectifs, l'énoncé d'un motif matériellement vérifiable, exigé par la loi ». ⁶⁴ Une reconnaissance implicite de l'exigence d'objectivité peut être également identifiée antérieurement, dans l'arrêt Rogie rendu le même jour que l'arrêt Fertray.⁶⁵ Même si dans cet arrêt la Haute juridiction ne se réfère pas explicitement à la nécessité de motiver la lettre de licenciement en référence à des éléments objectifs mais, à celle d'énoncer un motif précis, il n'en demeure pas moins que l'objectivité y est sous-entendue vu qu'il est reproché à l'employeur de ne pas avoir explicité les faits reprochés au salarié licencié dans la lettre de licenciement. Autrement dit, il lui est reproché de ne pas avoir étayé le motif de licenciement énoncé, en l'occurrence la faute professionnelle, par le moindre élément matériellement vérifiable. En somme, même s'il n'y a pas de lien entre l'obligation de motiver et le contrôle du bien-fondé de la décision,⁶⁶ il n'empêche que l'exigence d'objectivité oblige l'employeur à extérioriser des données matériellement vérifiables au soutien de ses raisons d'agir lors de la motivation et de la justification. Cela peut être fait de manière plus ou moins contraignante au stade de l'énonciation des motifs en fonction du motif choisi mais, il en est ainsi de manière plus certaine, pour la justification en cas de litige.⁶⁷

13. L'exigence d'objectivité s'est très vite mais, progressivement répandue à de nouveaux domaines qui partagent comme point commun d'être le terreau propice au déploiement du pouvoir discrétionnaire de l'employeur.

⁶⁴ En ce sens, cf Cass. Soc. 14 janv. 1998, n°96-40165, Bull 1998 V n°14, p.11. V. aussi, Cass. soc., 14 mai 1996, n° 94-45.499, Bull. civ. V, n° 189 ; Cass. soc. 5 juill. 2000, n° 98-42.889, Inédit ; RJS 9-10/2000, n° 929; Cass. soc. 10 mai 2001, n° 99-40.128, Bull. civ. V, n° 161 ; SSL 2001, n° 1030, p. 12 ; Cass. soc. 7 mai 2003, n° 00-44.396, Bull. civ. V, n° 156.

⁶⁵ Arrêt Rogie Cass. Soc. 29 nov. 1990, n°88-44308, Bull. civ. V, n° 598.

⁶⁶ B. Dabosville, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol 123, 2013, p.54 s.

⁶⁷La portée de l'exigence d'objectivité est toutefois amoindrie au stade de l'énonciation de certains motifs de

B. L'essor de l'exigence d'objectivité

14. Parmi les domaines du pouvoir discrétionnaire de l'employeur soumis à l'exigence d'objectivité, figurent notamment l'appréciation des qualités professionnelles (1) et celle des critères de différenciation. En la matière, il convient de souligner que sa reconnaissance est due à l'influence exercée par les juridictions européennes et communautaires. (2)

1) L'extension de l'exigence d'objectivité à l'appréciation des qualités professionnelles

15. En effet le 15 avril 1992, à peine deux ans après le fameux arrêt Fertray, la Cour de cassation a décidé que l'employeur devait dorénavant extérioriser son jugement par des éléments objectifs matérialisant l'insuffisance des qualités professionnelles.⁶⁸ Or, jusqu'à cet arrêt le jugement d'aptitude était resté un haut lieu du pouvoir discrétionnaire de l'employeur⁶⁹ qui rendait en principe impossible la vérification du fondement objectif de l'appréciation des qualités professionnelles.⁷⁰ Depuis l'introduction de l'exigence d'objectivité au sein du contrôle de la réalité de l'insuffisance professionnelle, cette dernière notion est définie notamment comme une incapacité objective non fautive d'un salarié à accomplir normalement et correctement la prestation de travail pour lequel le salarié a été embauché.⁷¹

16. En étendant l'exigence d'objectivité à la détermination de l'ordre des licenciements pour motif économique par un arrêt du 24 février 1993, la Cour de cassation vise notamment le critère

licenciement. Cf infra, n°

⁶⁸ Cass. Soc. 15 avr. 1992, Bull. civ., V n° 274 ; RJS 6/92, n° 736.

⁶⁹ A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. Soc. 1992, p. 575. A titre d'illustration de la discrétionnalité reconnue à l'employeur en matière d'appréciation de l'aptitude des salariés, cf. Cass. Soc. 15 janv. 1960, Bull. civ., V n° 49 ; Cass. Soc. 4 janv. 1980, Bull. civ., V n° 6 ; Dans un arrêt du 7 février 1980, les juges de la Chambre sociale ont ainsi censuré un arrêt au motif que la cour d'appel « ayant elle-même constaté la réalité de l'incompétence [d'un salarié], elle ne pouvait se substituer à l'employeur pour en tirer des conséquences de l'entreprise » Cass. Soc. 7 févr. 1980, n° 78-41.560, Bull. civ., V n° 117.; Cass. Soc. 24 avr. 1968, Bull. civ., V n°202; Cass. Soc. 5 mai 1970 Bull. civ., V n° 303 ; Cass. Soc. 22 févr. 1973, Bull. civ., V n° 99 ; Cass. Soc. 1^{er} déc. 1971 Bull. civ., V n° 696; Cass. Soc. 24 oct. 1973, Bull. civ., V n° 511 ; Cass. Soc. 15 juin 1983, Bull. civ., V n° 325.

⁷⁰ F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », Dr. Soc. 1992, p. 32. S'il a permis, s'agissant de la perte de confiance de conforter l'« orientation protectrice de la vie privée du salarié », des auteurs ont montré que ce critère produisait des effets plus profonds encore dès lors qu'il était appliqué au licenciement pour insuffisance professionnelle ; A. Lyon-Caen et C. Papadimitriou, obs. sous Cass. Soc. 7 déc. 1993, D. 1994, Somm. p. 309.

⁷¹ J.-Y. Frouin, « Inaptitude et perte d'emploi », Dr. Ouvr. 2006, p. 105.

des qualités professionnelles que l'employeur est du reste, tenu de prendre en considération.⁷² En effet, il résulte désormais de cet arrêt qu'il appartient à l'employeur d'énoncer les éléments objectifs sur lesquels il s'est fondé pour arrêter son choix en cas de contestation du salarié.⁷³ Partant, son appréciation « doit reposer sur des éléments objectifs qui, remis au juge et discutés contradictoirement, doivent permettre de vérifier que le choix est justifié ». ⁷⁴ Il en ressort qu'en cas de contestation, l'employeur doit apporter les éléments objectifs sur lesquels il s'est fondé afin d'apprécier les qualités professionnelles des salariés. Plus encore, une attention est prêtée à la méthode d'évaluation. La Cour de cassation invite ainsi les juges du fond à vérifier que la notation, ou l'évaluation invoquée à l'appui de la mesure contestée, repose sur des éléments objectifs. Ainsi, dans le cadre de l'application des critères d'ordre d'un licenciement, les notes attribuées à l'intéressé au titre du critère de la valeur professionnelle doivent l'avoir été sur la base d'« éléments objectifs ». ⁷⁵

17. L'exigence d'objectivité dans l'évaluation enfin a été progressivement reconnue par les juges, le Code du travail étant muet sur pareille exigence. Il est seulement énoncé au sein de celui-ci que les informations demandées doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation des aptitudes professionnelles.⁷⁶ La loi n'impose expressément l'objectivité des critères d'évaluation qu'en matière d'évaluation faisant l'objet d'un traitement informatisé⁷⁷. Néanmoins, l'exigence d'objectivité, y compris pour les évaluations ne faisant pas l'objet d'un traitement automatisé, a été reconnue à maintes reprises par la Cour de cassation.⁷⁸ Une telle

⁷² Art. L. 1233-5 du C. du trav.

⁷³ Cass. Soc. 24 févr. 1993, n° 91-45.859, Bull. civ., V n° 66 ; Cf. aussi Cass. Soc. 20 oct. 1993, Dr. ouvr. 1994, p. 56 ; Cass. Soc. 14 janv. 1997, Bull. civ., V n° 16 ; D. 1998, Somm. p. 253, obs. A. Lyon-Caen ; Dr. Soc. 1997, p. 159, concl. P. Lyon-Caen et note J. Savatier, RJS 12/97, p. 811, chron. P.-Y. Verkindt ; J. Pélissier et alii, GADT, 2008, 4^e éd., n° 113.

⁷⁴ Ph. Waquet, « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », Dr. Soc. 1994, p. 679.

⁷⁵ Cass. Soc. 3 avr. 2002, RJS 07/02, n° 797.

⁷⁶ Art. L. 1222-2 du C. Trav.

⁷⁷ Norme simplifiée n° 46 : Délibération n° 2005-002 du 13 janv. 2005 portant adoption d'une norme destinée à simplifier l'obligation de déclaration des traitements mis en œuvre par les organismes publics et privés pour la gestion de leurs personnels, modifiée par la délibération n° 2005-277 du 17 nov. 2005.

⁷⁸ V. notamment les décisions de la Cour de cassation : Cass. Soc. 5 nov. 2009, n° 08-43.112 ; 08-43.242 ; 08-43.304 ; Inédits ; Cass. Soc. 13 janv. 2016, n° 14-26.050, Inédit ; Cass. Soc. 14 déc. 2015, n° 14-17.152, Inédit ; SSL 2016, n° 1710, p. 7, note E. Boussard-Verrechia et Ph. Masson ; RJS 2016 p. 236 ; RDT 2016, p. 195, obs. Ch.

reconnaissance est également due aux juges du fond qui ont apporté des précisions à défaut de s'en tenir à une formulation uniforme.⁷⁹ Par exemple, la cour d'appel de Grenoble juge licites des critères « préétablis, objectifs, connus et vérifiables ». ⁸⁰ Une décision du tribunal de grande instance de Nanterre mentionne quant à elle, que la notation peut justifier une différence de traitement à la seule condition que les critères d'évaluation soient « objectifs et pertinents ». ⁸¹ La cour d'appel de Versailles énonce, elle, la nécessité de faire appel à des critères « objectifs et transparents ». ⁸² Il est encore possible de trouver la formule selon laquelle « le caractère pertinent et objectif de l'évaluation suppose que l'évaluation concerne le travail, repose sur des critères objectifs liés au travail, connu des salariés et dépourvus de toute appréciation de valeur subjective ». ⁸³ Comme justification de cette diversité, il a été soutenu que la référence à ces multiples attributs d' « objectivité », de « pertinence », d' « absence de subjectivité », de « connaissance », de « transparence » ou encore de « précision » semble relever d'une seule et même exigence, celle d'explication, voire de justification du résultat de l'évaluation. » ⁸⁴ En somme, ces qualités pourraient se rattacher à l'exigence d'objectivité.

2) L'extension de l'exigence d'objectivité aux différences de traitement : l'influence du droit européen et communautaire⁸⁵

18. Avant de tourner le regard vers la Cour de cassation, il est nécessaire de le diriger plus en amont à savoir, vers la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et vers la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). En effet, la nécessité de justifier les différences de traitement par des « raisons objectives » est constamment rappelée par la CJUE. Ce rappel a été fait en matière de justification des différences de traitement au détriment des travailleurs à durée

Vigneau.

⁷⁹ La Cour de cassation elle-même n'adopte pas de formulation constante. La Cour de cassation use elle-même de formulations distinctes. Dernièrement : « la méthode d'évaluation doit reposer sur des critères précis, objectifs et pertinents au regard de la finalité poursuivie (Cass. Soc. 14 déc. 2015, n° 14-17.152, Inédit)

⁸⁰ CA Grenoble, 13 nov. 2002, RG n° 02/02794.

⁸¹ TGI Nanterre, 5 sept. 2008, RJS 11/08, n° 1069 ; D. 2008, p. 1124, note A. Lyon-Caen.

⁸² CA. Versailles (1^{er} ch.), 8 sept. 2011, RG n° 10/00567.

⁸³ TGI Versailles (4^{ème} ch.), 28 oct. 2010, RG n° 10/00270, RJS 2/11 n° 91.

⁸⁴ M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl, Paris Nanterre, 2016, n° 447.

⁸⁵ Sur l'influence du droit européen et communautaire dans la reconnaissance de l'objectivité en droit interne, cf. H. Kobina Gaba, « La notion de critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective : influence du droit

déterminée par rapport aux travailleurs à durée indéterminée.⁸⁶ Cette reconnaissance avait été déjà relayée par d'autres sources du droit communautaire notamment par, le rapport annuel 1997 du médiateur de l'Union européenne relatif entre autres à la plainte d'un fonctionnaire de la commission européenne pour absence de promotion. Il y est rappelé que « dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'AIPN [Autorité investie du pouvoir de nomination pour évaluer les mérites des candidats] doit considérer les mérites des candidats sur la base *d'éléments objectifs* susceptibles d'être contrôlés à la lumière de la jurisprudence de la Cour. »⁸⁷ La CEDH fait également appel à la notion d'objectivité pour déterminer si une différence de traitement constitue une discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention EDH. Elle juge ainsi que « l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit, s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. »⁸⁸

19. La consécration de l'exigence d'objectivité par le juge interne en matière d'égalité de traitement s'est faite dans le prolongement du fameux arrêt Ponsolle du 29 octobre 1996. Même si ce dernier ne posait pas de référence à l'objectivité, il lui a néanmoins ouvert la voie en posant la règle générale « à travail égal salaire égal » dont il ressort que l'employeur doit « justifier » les différences de traitement opérées. Novateur, l'arrêt marque un revirement par rapport à des décisions antérieures qui érigeait en rempart au contrôle des différenciations, le pouvoir de direction.⁸⁹ Dorénavant l'employeur doit si ce n'est justifier, à tout le moins expliquer, les différences de traitement entre salariés.⁹⁰ Dans le sillage de cet arrêt, la Cour de cassation est devenue plus explicite sur la nécessité pour l'employeur de donner des « raisons objectives » au

européen sur le droit national », RRJ, 2012-4, spéc. p. 1617 et 1618.

⁸⁶ CJUE 8 sept. 2011, Aff. C-177-10, Francisco Javier Rosado Santana c/ Conserjería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. V. aussi. CJUE 18 oct. 2012, Aff. Jointes C-302/11 à C-305/11, Rosanna Valenza e.a./Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, Point 71.

⁸⁷ Le médiateur de l'UE, Rapport annuel 1997, JO n° C380 du 07/12/1998, p. 1-162.

⁸⁸ CEDH (Plénière), 23 juill. 1968, Req. n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64, préc. ; 13 juin 1979, Req. n° 68330/74, préc.

⁸⁹ Cass. Soc. 10 déc. 1987, Bull. civ., V n° 720 ; Cass. Soc. 9 juill. 1985, Bull. civ., V n° 419.

⁹⁰ A. Lyon-Caen, « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, p. 16.

soutien des différences de traitement.⁹¹ Ainsi, il n'y a pas d'inégalité de traitement si l'employeur est en mesure de justifier « par des raisons objectives et matériellement vérifiables la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale ». ⁹² En d'autres termes, une fois la commensurabilité entre les situations des salariés démontrée, l'employeur peut donc être tenu d'expliquer une différence de traitement. L'exigence d'objectivité en matière d'égalité de traitement, impose à l'employeur d'être en mesure d'expliquer les « facteurs de détermination » de la rémunération en apportant des raisons objectives aux différences établies.⁹³ Il en ressort que toute forme de récompense en droit du travail doit être en principe fondée objectivement.⁹⁴ Ainsi de nombreuses pratiques de différenciation dont celles courantes d'individualisation du salaire trouvent leur fondement dans le libre exercice par l'employeur de son pouvoir de direction. Elles se voient encadrées par nécessité d'avancer des raisons objectives en cas de contestation au nom du principe de non-discrimination, corollaire du principe d'égalité et dans l'esprit d'un droit qui sanctionne la discrimination indirecte. L'exercice arbitraire du pouvoir se trouve donc chassé des pratiques de différenciation.

20. La reconnaissance prétorienne de l'objectivité en matière d'égalité de traitement doit être reliée à la transposition des directives communautaires. En effet, les diverses directives communautaires prises en matière d'égalité de traitement vise communément le recours à des « critères objectifs » comme pierre angulaire d'une « justification » de la différence de traitement. En droit interne, la loi n° 2001-1066 relative à la lutte contre les discriminations adoptée le 16 novembre 2001 en transposition de plusieurs directives a intégré expressément dans le Code du travail, la référence à une justification par des « éléments objectifs ». C'est ainsi qu'en vertu de

⁹¹ Cass. Soc. 10 oct. 2000, Bull. civ., V n° 317 ; Cass. Soc. 4 juill. 2000, D. 2000, obs. V. Wauquier ; Cass. Soc. 28 déc. 2000, JCP, 2001, n° 28, II, 10541 ; Cass. Soc. 19 déc. 2000, Dr. Soc. 2001, p. 314 s, obs. Ch. Radé ; Cass. Soc. 13 févr. 2001, Dr. Soc. 2001, p. 566, obs. Ch. Radé.

⁹² Cass. Soc. 21 juin 2005, Bull. civ., V n° 206 ; D. 2006, Pan. p. 32, obs. A. Jeammaud ; Dr. Soc. 2005, p. 1047, obs. Ch. Radé, 28 avr. 2006, LS n° 956 du 10 mai 2006 ; SSL n° 1261 du 15 mai 2006, note F.C ; V. également, Cass. Soc. 10 octobre 2007, n° 05-45.347 ; Bull. civ., V n° 154.

⁹³ A. Lyon-Caen, art. cit.

⁹⁴ P.-E. Berthier, *La récompense en droit du travail, Contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de thèses en droit social », t. 63 n° 571. Il conviendrait ainsi de distinguer les critères « qui se situent dans le prolongement de son pouvoir, de ceux bénéficiant d'une assise tangible, externe au décideur », Ibid., n° 586.

l'article L1134-1 du Code du travail issu de la directive 2000/78, lorsqu'un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié établit une présomption de discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination». ⁹⁵

III. *L'objectivité pour convaincre d'une réalité conforme aux choix de l'employeur*

21. Même si elle atténue le pouvoir discrétionnaire de l'employeur en l'obligeant à extérioriser ses raisons d'agir, l'exigence d'objectivité requiert beaucoup plus qu'une telle action. En effet, justifier que les choix patronaux reposent sur une démarche rigoureuse exige de la part de l'employeur de prouver que son argumentation est objectivement valable. C'est à cela qu'invite en particulier, l'emploi du vocable de « raison objective ». Dès lors, l'exigence d'objectivité ne se résume pas seulement au fait que l'argumentation fasse état d'« éléments matériellement vérifiables » ou bien de « critères objectifs » ou d'une « situation objective ». Encore faut-il s'assurer de leur qualité de prémisses logiques c'est-à-dire de leur capacité d'inférence. Satisfaire à cette exigence invite ainsi l'employeur à communiquer les moyens de preuve au soutien de la réalité des raisons énoncées. **(A)** Toutefois, leur usage pour persuader d'une réalité conforme aux souhaits de l'employeur atteste de l'ambivalence de l'exigence d'objectivité, une ambivalence qui peut être préjudiciable aux salariés. **(B)**

⁹⁵ Souligné par nous. Cette formulation est issue de l'art.4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; Cf. directive 97/80 du 15 déc. 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination à raison du sexe, JOCE n° L14 du 20 janv.1998 ; Dr. ouvr. 1998, p. 313 et p. 688 ; M.-T. Lanquetin, « Discriminations à raison du sexe V. aussi art. 8 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 1 de la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002, modifiant la directive 80/987 du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ; art. 9 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; art. 19 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement

A. Les moyens de preuve

22. L'extériorisation des raisons d'agir devant le juge oblige l'employeur à avancer les éléments de preuve au soutien des raisons énoncées. Ainsi, c'est au stade du contentieux que l'exigence d'objectivité revêt tout son sens puisque l'employeur est alors tenu de prouver l'exactitude matérielle des éléments énoncés au soutien des raisons d'agir. A cet égard, le contrôle de l'objectivité par le juge judiciaire emprunte au contrôle de l'exactitude matérielle des faits effectué par les juges administratifs en cas de contestation d'un acte administratif unilatéral.⁹⁶ Partant, le procès constitue un cadre de recherche d'une adhésion sur la réalité des raisons d'agir, celui où l'employeur n'a d'autre choix que de convaincre ou du moins, de persuader l'auditoire judiciaire de leur existence.⁹⁷ L'objectivité a trait alors à l'élément de preuve au soutien de la raison énoncée. En effet, l'employeur qui souhaite maximiser ses chances de voir ses prétentions couronnées de succès a intérêt présenter des éléments de preuve suffisamment convaincants ou persuasifs au soutien de ses raisons d'agir et ce, quel que soit le régime de preuve applicable. Il demeure donc stratégique pour lui de satisfaire pleinement à son exigence d'objectivité. Pour ce faire, l'exigence d'objectivité implique une sélection des éléments de fait aptes à prouver la raison avancée au soutien d'une mesure de gestion. En ce sens, l'objectivité des raisons d'agir se manifeste par la fiabilité des éléments de preuve avancés au soutien de ces derniers c'est-à-dire, à leur degré de crédibilité. Même s'il n'existe pas de preuve parfaite, s'assurer d'une fiabilité suffisante des éléments fondant les choix de gestion de l'employeur est nécessaire compte tenu des conséquences préjudiciables que peut subir le salarié ou un candidat à l'embauche du fait de l'exercice du pouvoir.

23. Toutefois, l'exercice du pouvoir offre un avantage probatoire considérable de l'employeur par rapport aux salariés, un avantage qui lui permet de satisfaire assez aisément à son exigence d'objectivité. En effet, il lui permet de disposer d'un nombre conséquent de données factuelles

entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

⁹⁶ Sur l'emprunt de cette technique de contrôle par le juge judiciaire cf. N. Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2009, p. 463.

⁹⁷ Sur les auditoires, cf. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Univ. De Bruxelles, coll. « UBlire : Fondamentaux », 2008.

susceptibles d'être utilisées comme des éléments de preuve au soutien des raisons d'agir. Il est proposé de les analyser suivant deux approches distinctes.

24. Tout d'abord, il est possible de les étudier comme des procédés discursifs. En effet, lorsque l'employeur extériorise ses raisons d'agir, l'objectivité se manifeste d'abord par l'emploi d'un registre discursif particulier, le réalisme. Ainsi, l'objectivité conduit l'employeur à maîtriser un langage lui permettant de persuader de la réalité des raisons énoncées. La formalisation des données matériellement vérifiables dans une narration permet par exemple, de persuader de leur vraisemblance, dans la mesure où leur articulation dans le récit leur confère une certaine cohérence.⁹⁸ La lettre de licenciement peut ainsi faire état d'une narration des faits à l'origine de la rupture. Il en va de même d'autres éléments de preuve comme les attestations ou les témoignages. Plus encore, le réalisme peut également conduire l'employeur à se référer dans son discours sur les raisons d'agir à un langage issu de savoirs annexes au droit. Tel est le cas lorsque l'employeur se réfère à des indicateurs comptables, ou à des critères d'évaluation professionnelle des salariés issus des méthodes et techniques élaborées en gestion des ressources humaines.⁹⁹

25. En outre, il est possible d'étudier les moyens de preuve au soutien des raisons d'agir à travers leurs supports. Il en va ainsi lorsque la qualité des données est étroitement attachée à la fiabilité de ceux-ci. Tel est le cas lorsque l'employeur se sert des éléments de faits enregistrés sur des supports technologiques de surveillance des salariés.¹⁰⁰ Par exemple, l'employeur peut se référer aux données recueillies par des technologies de l'information et de la communication ou dans des hypothèses particulières, aux données prélevées par des tests de dépistage de substances prohibées sur le lieu de travail.

B. L'ambivalence de l'exigence d'objectivité en droit du travail

26. Même si elle limite l'exercice du pouvoir, l'exigence d'objectivité demeure une norme pour l'action, un moule dans lequel l'employeur coule sa décision pour éviter qu'elle ne soit

⁹⁸ Cf. infra n° 111 s.

⁹⁹ Cf. infra n° 276 s.

¹⁰⁰ Cf. infra n° 455 s.

remise en cause. Cela veut dire que si elle est correctement mise en œuvre, pareille exigence permet à l'employeur d'exploiter les éléments énoncés au soutien des raisons d'agir en fonction d'une finalité, d'un but. L'exigence d'objectivité lui permet alors d'expliquer la rationalité de la mesure, son motif, sans qu'un débat s'engage sur le but poursuivi, de jure inappréciable.¹⁰¹ Par conséquent, ladite exigence contribue à légitimer des choix de gestion par essence subjectifs, des choix au soutien de l'intérêt de l'entreprise. Un tel usage de l'exigence d'objectivité peut s'avérer problématique dans la mesure où elle alimente un conflit entre cet intérêt et les droits et libertés des salariés. Eu égard à l'ambivalence de l'exigence d'objectivité en droit du travail, il convient donc de relativiser sa portée.

27. L'instrumentalisation de l'exigence d'objectivité par l'employeur peut être le vecteur d'une relativisation de la protection des droits et libertés des salariés au profit de la défense de l'intérêt de l'entreprise. Par exemple, le choix de procéder à des licenciements pour motif économique porte bel et bien atteinte au droit à l'emploi des salariés. Pourtant, satisfaire à l'exigence d'objectivité contribue à justifier ce type de rupture, et in fine à légitimer les réorganisations donc les choix économiques de l'employeur. En matière de licenciement pour motif personnel, la création prétorienne du motif de licenciement tiré du trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise illustre également une telle ambivalence de l'exigence d'objectivité. En effet, bien que destiné à protéger le salarié contre l'extension du pouvoir disciplinaire de l'employeur dans sa vie personnelle, le trouble objectif peut néanmoins contribuer à légitimer un licenciement non disciplinaire tiré de la vie personnelle du salarié et donc, justifier au nom de l'intérêt de l'entreprise une atteinte au droit au respect de la vie personnelle du salarié. Il en va ainsi parce que l'exigence d'objectivité conduit l'employeur à fonder la décision sur les conséquences du comportement du salarié sur l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise.¹⁰² Allant plus loin, l'employeur peut être conduit à renforcer son pouvoir de contrôle sur les salariés par des procédés de collecte des données à caractère personnel dans la mesure où ces derniers peuvent contribuer à la preuve des raisons d'une mesure de gestion du personnel. Or, la mise en œuvre de ces procédés de contrôle peut porter une atteinte

¹⁰¹ E. Lafuma, op. cit., p. 119.

¹⁰² En ce sens, cf. T. Sachs, op. cit., p. 58.

excessive aux droits et libertés des salariés. Il peut en aller ainsi des méthodes et techniques d'évaluation professionnelle du personnel susceptibles de menacer entre autres, la santé des salariés comme des technologies de l'information et de la communication qui peuvent porter atteinte à leur vie personnelle. 103

28. L'instrumentalisation de l'exigence d'objectivité pour défendre l'intérêt de l'entreprise peut également contribuer à relativiser le principe d'égalité dans la mesure où elle sert à justifier des différences de traitement.¹⁰⁴ En effet, alors même qu'elle permet de contrecarrer les discriminations dans l'emploi, l'exigence d'objectivité peut se retourner contre le salarié lorsqu'elle est mobilisée au soutien d'inégalités de traitement. Plus encore, lorsqu'elle est utilisée pour justifier des discriminations indirectes, l'exigence d'objectivité contribue à légitimer une situation susceptible d'être désavantageuse pour un groupe majoritairement composé de personnes relevant d'un critère de discrimination prohibé. Dans cette hypothèse, l'objectivité de la justification des discriminations est arrimée à la poursuite d'un but légitime, c'est-à-dire à l'intérêt de l'entreprise. Or, une telle justification permet à l'employeur de légitimer bien plus aisément les différences de traitement créées que celles résultant de discriminations directes qui demeurent difficilement justifiables.

IV. Plan de l'étude

29. Acquise au terme d'un processus d'adhésion à la réalité des raisons d'agir, l'objectivité est finalement une qualité qui se construit en deux temps. Le premier temps marque celui de la procédure et des apparences, un temps où à l'ombre du juge l'employeur cherche à persuader les destinataires de la mesure en extériorisant des données matériellement vérifiables au soutien des raisons d'agir. Même si cette phase du processus ne fait que présumer de leur objectivité sans l'établir, elle n'en demeure pas moins indispensable parce que la recherche d'un consensus sur les raisons d'un acte de pouvoir implique leur énonciation. (**Première partie**) Le second temps est celui du procès donc, de la contestation des apparences élaborées en interne et du contrôle de leur objectivité. A ce stade, l'employeur doit en principe convaincre les juges de l'existence des

¹⁰³ Cf. infra n° 501 s. et n° 515 s.

¹⁰⁴ Cf. infra n° 138 s. et n° 356 s.

éléments avancés au soutien des raisons d'agir en apportant des preuves suffisantes. (**Seconde partie**)

Partie 1 : L'énonciation des raisons d'agir

Partie 2 : La preuve des éléments avancés au soutien des raisons d'agir

Partie 1 : L'énonciation des raisons d'agir

47. L'énonciation se définit comme « la production individuelle d'un énoncé dans des conditions spatio-temporelles précises ». ¹⁰⁵ Sont ainsi mises en évidence deux dimensions d'une telle action : son résultat et son contexte. La première se réfère à « ce qui est dit » par l'employeur tandis que la seconde se rapporte au « dire » ou aux « circonstances » dans lesquelles les raisons ont été énoncées. ¹⁰⁶ Or, l'exigence d'objectivité des raisons d'agir repose justement sur cette double facette de l'énonciation. Ainsi, l'employeur doit énoncer les raisons de son action ce qui implique en même temps, de s'adresser aux destinataires de la mesure ou en cas de litige, aux juges. Même si ces deux aspects de l'énonciation sont corrélés dans le langage courant, s'agissant des raisons d'agir, ils renvoient à deux perspectives bien distinctes : discursive et processuelle.

48. S'agissant de la perspective discursive, à savoir « ce qui est dit » par l'employeur à l'appui de sa décision, une telle perspective implique d'analyser la manière dont l'employeur ordonne les éléments de fait qui fondent ladite décision. L'intérêt porté au discours patronal sur les raisons d'agir n'est pas anodin. En effet, la perspective discursive emporte une conception moins radicale de la vérité et de là, du processus probatoire des éléments énoncés au soutien de la mesure de gestion. Plus encore, adopter une analyse discursive pour cerner l'exigence d'objectivité c'est exprimer l'idée que ce qui fait du fait un fait, *c'est ce qui est dit du fait*. Une telle approche de la vérité rejoint celle des pays de Common Law dans lesquels celle-ci est un « attribut de ce qui se dit » ¹⁰⁷ alors que dans les pays de droit civil, comme le droit français, la

¹⁰⁵ V. « Enonciation », 3^e sens, www.larousse.fr/dictionnaire/français.

¹⁰⁶ Sur ces deux perspectives de l'énonciation, v. F. Rinck, « L'analyse linguistique des enjeux de connaissance dans le discours scientifique », *Revue d'anthropologie des connaissances* 2010/3 (Vol 4, n° 3), p. 427. URL : www.cairn.info/revue-anthropologie-des-connaissances-2010-3-page-427.htm ; A. Helbo, « II. Enonciation », in *L'enjeu du discours. Lecture de Sartre*, ss. la dir A. Helbo, Paris, Editions complexe, coll. « Creusets », 1978, p.151.

¹⁰⁷ X. Lagarde, « Finalités et principe du droit de la preuve », *JCP G* 2005, n° 17, doctr. 133 ; T. Anderson et W. Twining, *Analysis of evidence, How to do things with facts based on Wigmore's science of judicial proof*, Northwestern University Press 1991, p. 443-448.

vérité est perçue de manière assez dogmatique comme « la substance de ce qui est ». ¹⁰⁸ Ainsi, au lieu de rechercher une essence par définition insaisissable de la vérité, il est plus pertinent de prêter attention aux formes de langages qui créent un effet de réalité c'est-à-dire, aux procédés discursifs par lesquels l'employeur présente la réalité pour justifier sa décision. Ce sont les propositions ou plutôt, les énoncés qui sont l'objet du processus probatoire. En d'autres termes, l'adhésion que recherche l'employeur porte alors sur ce qu'il dit de la réalité et non pas sur son essence.

49. S'agissant de la perspective processuelle, « le dire » si l'on préfère, celle-ci se réfère au contexte de l'énonciation, c'est-à-dire à l'accomplissement d'une procédure. Même si l'énonciation n'est pas une condition suffisante de l'exigence d'objectivité, pareille action se révèle néanmoins nécessaire. En effet, le contrôle de l'objectivité des raisons d'agir suppose que l'employeur les énonce. A cet égard, l'énonciation implique une extériorisation ou un passage du for interne au for externe, démarche originelle vers l'acquisition de la qualité objective. Autrement dit, une telle exigence ne peut être satisfaite en dehors de tout rapport à l'objet et à autrui. L'énonciation constitue plus largement une étape préalable de toute démarche pour convaincre. Même si énoncer n'est pas prouver, il n'en demeure pas moins que l'extériorisation de raisons d'agir matériellement vérifiables peut contribuer à persuader de leur existence, à leur conférer une apparence d'extériorité. Autrement dit, l'énonciation des raisons d'agir est de nature à encourager l'adhésion à la mesure de gestion du personnel, ce qui n'est pas sans intérêt dès lors qu'est en jeu la justification d'une action patronale.

50. L'étude entreprise doit tendre à démontrer comment l'apparence d'objectivité – condition nécessaire mais non suffisante de l'exigence- repose à la fois sur les caractéristiques des énoncés employés pour rendre compte des raisons d'agir, (**Titre 1^{er}**) ainsi que sur le contexte de leur énonciation. (**Titre 2nd**)

¹⁰⁸ X. Lagarde, art. cit.

Titre 1 : Les caractères des énoncés

51. Avant d'apporter la preuve de leur existence matérielle devant le juge, l'employeur doit d'abord énoncer les éléments à l'appui de la mesure de gestion de manière à persuader de leur vraisemblance. L'énonciation constitue donc la première action du processus d'adhésion à la réalité des raisons d'agir qu'implique l'exigence d'objectivité, une action qui sert à créer des apparences. En d'autres termes, l'objet de l'énonciation des prémisses d'un acte de pouvoir est de laisser paraître que ledit acte repose sur des raisons objectives. En ce sens, l'exigence d'objectivité s'analyse comme une manière particulière de s'exprimer de l'employeur. Plus encore, l'étude des énoncés qui se réfèrent aux éléments au soutien d'une mesure de gestion du personnel permet d'identifier la qualité distinctive de l'objectivité des raisons d'agir, leur extériorité. Or, la qualité d'extériorité attachée aux raisons d'agir charrie l'idée que la mesure de gestion est dotée d'une assise tangible. Par conséquent, le registre de l'employeur dans son discours sur les raisons d'agir doit être celui du réalisme.

52. Deux enseignements peuvent être tirés du registre réaliste dont l'employeur doit user. D'une part, l'étude des énoncés des prémisses factuelles de la décision permet de définir l'exigence d'objectivité par ce qu'elle n'est pas. Ainsi, il importe de souligner dans un premier temps, que l'extériorité des raisons d'agir exclue toute référence aux mobiles dans la justification patronale au profit des motifs. (**Chapitre 1^{er}**) Positivement il en ressort d'autre part, que l'employeur doit présenter des données matériellement vérifiables au soutien des motifs énoncés. Chemin faisant, s'il veut persuader de leur vraisemblance, puis de leur existence matérielle donc, de leur objectivité, il a intérêt à se livrer à un exercice de formalisation de ces mêmes données. (**Chapitre 2nd**)

Chapitre 1 : L'exclusion des mobiles au profit des motifs

53. Les mobiles et les motifs constituent les différentes catégories de raisons d'agir.¹⁰⁹ Exclure les premiers de la justification au profit des seconds n'est pas anodin. Rechercher les mobiles c'est répondre au « pourquoi », aux finalités poursuivies. En matière contractuelle par exemple, cela renvoie à la cause impulsive et déterminante du contrat qui pousse une personne à agir. Même si elles peuvent être extériorisées, formalisées dans un écrit, il n'en demeure pas moins qu'elles relèvent du for interne. La seconde conception des raisons d'agir en revanche, met l'accent sur le « comment », « les circonstances qui ont engendré la mesure. Les raisons d'agir sont alors les prémisses ayant entraîné la mesure, cette dernière apparaissant comme la conséquence et l'aboutissement d'une série d'événements. »¹¹⁰ Ainsi, il s'agit de mettre en évidence les données factuelles ayant provoqué l'action, d'insister finalement sur quelque chose d'extérieur à l'employeur. Par conséquent, le contrôle d'objectivité des raisons d'agir consiste à vérifier que l'action repose bien sur des prémisses factuelles. C'est d'ailleurs en ce sens qu'à propos du contrôle de la cause réelle de licenciement par la Cour de cassation, un magistrat précisait que le « motif » doit reposer « sur un fait objectif dont la matérialité est établie ».¹¹¹

¹⁰⁹ Sur cette distinction, voir en droit privé R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, t. 254, 1996, p. 340 ; M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 309. En droit public, cette distinction entre deux types de raisons d'agir a notamment été développée par R. Bonnard « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », RDP 1923, p 363. Cf. également Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, textes réunis par S. Rials, 1983, Tome II, p. 596 et s. ; Ch. Eurieult, *But et motif des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1972 ; R.-E. Charlier, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », EDCE 1951, p. 32 et s. Pour un aperçu des différentes typologies des raisons d'agir en droit administratif, voir G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey 1934, p. 193 et s. 184.

¹¹⁰ B. Dabosville, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 123, 2013, p. 40.

¹¹¹ Ph. Waquet, « Le contrôle de la Chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », *Dr. Soc.* 1992, p.980. Pour un « bilan jurisprudentiel », cf. E. Poumeroulier, « L'objectivité de la cause de licenciement », CSBP, 01/09/2009, p. 25. Une précision terminologique s'impose toutefois en matière de licenciement, entre cause et motif. Même si la cause du licenciement recouvre le motif, il n'en demeure pas moins que ces deux éléments doivent être distingués dans le cadre du contrôle judiciaire de l'objectivité du licenciement. En effet, l'objectivité de la cause est vérifiée dans la seconde phase du contrôle judiciaire, celle de la justification du licenciement, tandis que l'objectivité du motif est vérifiée dans la première phase dudit contrôle, celle de la motivation du licenciement dans la lettre de notification. Sans nier l'importance pratique de cette distinction pour la

54. A travers les catégories des motifs et des mobiles, se dessine ainsi une antonymie courante entre ce qui est tangible donc perceptible et ce qui échappe totalement à l'emprise des sens, donc à l'observation externe. Rapportée à l'exigence d'objectivité des choix patronaux cette opposition entre l'externe et l'interne est riche de sens. En effet, l'extériorité qui demeure la qualité distinctive de l'objectivité des raisons d'agir est inconciliable avec ce qui est inhérent à l'expérience interne et qui ne peut dès lors, être représenté par un objet externe à l'individu. Autrement dit, l'objectivité est inconciliable avec ce qui n'est pas susceptible de preuve. Pareille qualité ne peut donc être attachée aux mobiles d'un acte de pouvoir mais uniquement à ses motifs. Plus encore, l'exclusion des mobiles de la justification objective vise surtout à chasser les préjugés et les convenances personnelles des raisons d'agir.¹¹² De manière plus générale, les simples croyances ou opinions personnelles de l'employeur ne sauraient être considérées comme des raisons objectives. **(Section 1)** Leur exclusion de la justification invite alors l'employeur à énoncer des éléments extérieurs indépendants de son pouvoir unilatéral. **(Section 2)**

Section 1 : L'incompatibilité de l'exigence d'objectivité avec les opinions personnelles de l'employeur

55. L'opinion renvoie au jugement personnel, donc à un jugement qui n'est pas nécessairement juste.¹¹³ Cela veut dire entre autres, que l'opinion personnelle peut être à l'origine d'inférences inexacts.¹¹⁴ L'absence de justesse de l'opinion peut être liée soit au fait qu'elle a valeur de simple affirmation, soit qu'elle est incertaine ou qu'elle est fautive parce

compréhension de l'exigence d'objectivité, il convient néanmoins de ranger ici la cause réelle et sérieuse du côté des motifs compte tenu de l'approche négative de ladite exigence à l'aune de son opposition aux mobiles.

¹¹² C'est ce qui a par ailleurs motivé le législateur à conditionner le licenciement à une exigence de cause réelle et sérieuse. Cf. JO Déb. Ass. nat., 1973, n° 352, p.46 : « La cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. »

¹¹³ V° « Opinion », 1^{er} sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine ; Sur les différences entre l'expression de l'opinion personnelle et celle d'une connaissance fondée sur un savoir, C. Vet, « Savoir et Croire », Langue Française, 1994, n°102, pp.56-68. L'auteur fait remarquer que pour le savoir, on ne peut pas s'informer des raisons pour lesquelles on sait quelque chose mais seulement, de la manière dont on est arrivé à ce savoir. Pour l'opinion ou la croyance c'est l'inverse.

¹¹⁴ En effet, la justesse charrie l'idée de vérité ou d'exactitude. Chemin faisant, l'exigence d'objectivité ne peut se concevoir que comme une exigence tendant à assurer la justesse de l'appréciation patronale. V « Juste », 2^e sens,

qu'elle repose sur des erreurs voire, sur des préjugés. Il en ressort que toute référence aux sentiments ou impressions de l'employeur à l'égard du salarié ne saurait constituer un fondement objectif d'une mesure de gestion du personnel.

56. De manière plus précise, l'incompatibilité de l'exigence d'objectivité avec les opinions de l'employeur se traduit par l'illicéité de deux types de mobiles. D'une part, l'exigence d'objectivité exclue des raisons d'agir de l'employeur les mobiles tirés de la qualité de ses rapports avec le salarié telle la perte de confiance. Partant, l'abandon de ce type de mobile va de pair avec le déclin d'un registre argumentatif qualifié de justification « domestique ».115 **(Paragraphe 1^{er})** D'autre part, l'exigence d'objectivité exclue des raisons d'agir de l'employeur les mobiles relatifs à la volonté de discriminer en fonction de certains attributs du salarié. Plus encore, pareille exigence est incompatible avec les critères de discrimination prohibés. **(Paragraphe 2nd)**

Paragraphe 1 : L'incompatibilité de l'exigence avec un registre de justification domestique

57. Quelques sociologues ont attiré l'attention sur l'existence d'une pluralité de registres de justification. Parmi les différents ordres du juste figure le registre domestique qui se distingue par la référence aux relations de dépendances personnelles.116 La domesticité est par exemple, un principe de justice dans lequel la grandeur des personnes dépend de leur position hiérarchique

TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

¹¹⁵ L. Boltanski et L. Thévenot, De la justification. Les économies de la grandeur, Gallimard, 1991. Les travaux de ces auteurs offrent un cadre d'analyse et une typologie des principes de justice qui peuvent justifier une action ou une décision. Les auteurs dégagent six principes de justice, classés dans une typologie des registres de justification : la concurrence marchande, l'efficacité industrielle, le renom de l'opinion, la solidarité civique, la confiance domestique et l'inspiration. Ces registres ont été présentés par F. Guiomard, La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2000, pp.371 et s.

¹¹⁶ L. Boltanski et L. Thévenot, op. cit., pp.116 s. et pp. 206 s.

dans une chaîne de dépendances personnelles à l'intérieur d'un univers ordonné et hiérarchisé. D'après cet ordre de grandeur, la personne individuelle n'est qu'un maillon sur une chaîne où chacun est un père pour ses subordonnés et entretient des relations familiales avec l'autorité. Compte tenu de l'importance accordée à la position hiérarchique, la qualité des liens personnels devient un argument légitime pour déterminer la valeur d'une personne. Les relations de confiance associées au principe de justice domestique forment ainsi un ensemble cohérent susceptible de description qu'est le « monde domestique ». Ainsi, l'entreprise correspondrait à la « maison » et l'employeur au « père » qui formerait une décision en fonction de la qualité de ses rapports avec chaque salarié ou de l'opinion qu'il se forme des rapports entre ses salariés, donc en fonction de perceptions psychologiques. En somme, la qualité des rapports personnels constitue le référent d'appréciation dans le « monde domestique ».

58. Or, un tel référent fait nécessairement appel à l'affect et par conséquent, aux considérations personnelles sources d'éventuels préjugés de la part de l'employeur à l'encontre du salarié. A cet égard, la perte de confiance en matière de licenciement pour motif personnel a constitué jusqu'à l'arrêt Fertray, le terreau du registre de la justification domestique. Comme les raisons d'agir doivent être dorénavant matériellement contrôlables ou susceptibles de preuve, s'en est suivi le déclin, puis l'éviction en 2001 de la perte de confiance parmi les motifs personnels de licenciement. De même, l'exigence d'objectivité a conduit au recul des licenciements pour mésentente et incompatibilité d'humeur.¹¹⁷

59. Devant être également pertinentes, les raisons objectives supposent en matière de licenciement pour motif personnel d'être conjuguées à une exigence d'imputabilité. Une telle combinaison d'éléments à la fois objectifs et imputables garantit plus sûrement contre un licenciement guidé par des conceptions purement domestiques des relations de travail. Chemin faisant, pareille conjugaison des exigences d'objectivité et d'imputabilité en matière de licenciement pour motif personnel promeut un principe de justice industriel fondé sur l'efficacité de l'organisation. En effet, un tel principe exige que « l'employeur montre concrètement que le

¹¹⁷ Cass. Soc. 5 fév. 2002, n° 99-44.383, Bull. civ., V n° 50 ; D 2002, p. 2091, note S. Frossard ; Cass. Soc. 27 novembre 2001, n° 99-45.163, Bull. civ., V n° 360 ; JSL, 2002, n°96, p. 9, note J.-E. Tourreil ; LPA, 02/05/2002, n°88, p. 17, note M. Faure-Abbad.

comportement du salarié nuit à l'efficacité du fonctionnement de l'entreprise ». ¹¹⁸ En d'autres termes, l'employeur doit apporter la preuve de pareille atteinte ce qui exclut toute référence à un sentiment ou à de simples soupçons. Rattacher l'exigence d'objectivité et d'imputabilité aux valeurs industrielles c'est donc mettre l'accent sur un impératif de rationalisation des choix patronaux et laisser dans l'ombre ce qui relève plus généralement, de l'opinion personnelle infondée. Pareille conception des relations de travail n'a cependant rien d'une évidence. En effet, les exigences d'objectivité et d'imputabilité en matière de licenciement personnel résultent d'une lente maturation législative, puis jurisprudentielle tant la théorie de l'employeur seul juge a longtemps favorisé l'essor du registre de la justification domestique. **(A)** C'est ainsi que la consécration de ces deux exigences est allée de pair avec le déclin de ce type de justification. **(B)**

A. L'essor du registre domestique sous l'empire de la théorie de l'employeur seul juge

60. L'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement posée par la réforme de 1973 aurait dû sonner le glas de la perte de confiance comme motif de licenciement. Il n'en a rien été. Bien au contraire, c'est une « offensive judiciaire »¹¹⁹ qui a été menée en faveur de la perte de confiance comme fondement réel et sérieux du licenciement à la suite de la loi susmentionnée. Jusqu'à deux arrêts remarquables du 29 novembre 1990¹²⁰ et du 9 janvier 1991, c'est-à-dire pendant deux décennies après l'entrée en vigueur de la réforme de 1973, la Cour de cassation a développé une jurisprudence *contra legem*.¹²¹ Pareille résistance de la Haute juridiction était lourde de sens à une époque où celle-ci contrôlait encore la qualification de cause réelle et sérieuse du licenciement. Même si cela n'a jamais été explicitement assumé par les magistrats du quai de l'Horloge de l'époque, c'est bien la théorie de l'employeur seul juge¹²² qui a justifié la survie de la perte de confiance. La référence lapidaire à « l'intérêt de l'entreprise » faite par certains conseillers de la Chambre sociale pour justifier l'admission de la perte de confiance corroborait

¹¹⁸ F. Guiomard, *op. cit.*, p. 371.

¹¹⁹ A. Chirez, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, *chron.*, p. 193.

¹²⁰ *Cass. Soc.* 29 novembre 1990, n° 87-40.184, *Bull. civ.*, V n°597, (arrêt Fertray) ; *D.* 1991, p. 190, note J. Pélissier.

¹²¹ F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. Soc.* 1992, p.32.

¹²² Pour une illustration de la mise en œuvre de la théorie de l'employeur seul juge en dehors de la perte de confiance, cf. *Cass. Soc.* 21 mai 1980, n° 78-417.71, *Bull. civ.*, V n° 449 ; *Cass. Soc.* 5 janv. 1984, n° 81-42.766, *Bull. civ.*, V n° 2.

cette orientation jurisprudentielle.¹²³ Du reste, pareille justification du licenciement a été également avancée par une partie de la doctrine dans les années 1980. Ainsi, un auteur mettait en garde contre une admission trop fréquente de la perte de confiance qui était devenue un « motif quasi incontrôlable d'un droit de rompre presque discrétionnaire ». ¹²⁴ En effet, la théorie de l'employeur seul juge a pour corollaire l'absence de contrôle effectif du caractère réel et sérieux du licenciement. Plus encore, cette théorie implique l'absence de tout contrôle exercé par un tiers sur l'exercice du pouvoir, l'employeur étant seul juge des circonstances qui le déterminent à prendre une mesure de gestion à l'égard du personnel. L'admission de la perte de confiance comme cause réelle et sérieuse du licenciement était donc une illustration de la solution dégagée en 1956 par l'arrêt Brinon en vertu duquel, le juge ne pouvait pas apprécier les circonstances ayant conduit l'employeur à cesser son exploitation et ce, en raison de la responsabilité qu'il assume à l'égard de l'entreprise.¹²⁵ Comme les raisons de ses choix de gestion ne faisaient pas l'objet d'un contrôle judiciaire effectif, l'employeur ne rencontrait aucune limite dans l'exercice de son pouvoir et pouvait donc fonder ses décisions en fonction d'un sentiment de défiance à l'égard du salarié.

61. La mise en œuvre de la théorie de l'employeur seul juge était au demeurant facilitée par le régime probatoire de la cause réelle et sérieuse du licenciement qui a prévalu jusqu'en 1989. En effet, jusqu'à cette période perdurait la jurisprudence du « motif en apparence réel et sérieux » qui ne nécessitait pas que l'employeur démontre son objectivité. Compte tenu de l'ambiguïté de l'ancien article L122-14-3 selon lequel l'employeur n'avait pas particulièrement la charge de la preuve, une telle jurisprudence faisait primer l'allégation de celui-ci sur la contestation du salarié. En d'autres termes, si les investigations du juge ne lui permettaient pas de former sa conviction,

¹²³ « Ambiguïtés et logique du contrôle de la Cour de cassation », Table ronde sur « Le contrôle par la Chambre sociale de la Cour de cassation du caractère réel et sérieux de la cause du licenciement » organisée le 17 janvier 1986 par le Parquet général de la Cour de cassation, Dr. Soc. 1986. p.179, sp. pp. 181 s.

¹²⁴ A. Chirez, « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », D. 1981, chron., p. 194.

¹²⁵ Dans un arrêt Brinon de 1956, les juges de la Cour de cassation ont retenu que « l'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi. Cass. Soc. 31 mai 1956, n° 56-04.323, D. 1958, p. 21, note G. Levasseur ; JCP G 1956. II. 9397, note P. Esmein ; Les grands arrêts du droit du travail, G. Lyon-Caen et J. Pélissier, éd. 1980, Sirey, n° 79.

s'il ne parvenait pas à établir que les motifs avancés par l'employeur étaient ou non sérieux ou surtout réels, l'apparence bénéficiait à l'employeur et le salarié supportait le risque de la preuve.¹²⁶ C'est donc au travers d'un régime probatoire défavorable au salarié qu'était mise en œuvre la théorie de l'employeur seul juge de ses choix de gestion et en particulier, de la confiance à l'égard de ses salariés. En effet, l'hypothèse du licenciement pour perte de confiance relevait typiquement de ce régime probatoire jurisprudentiel, ce qui posait de redoutables problèmes de preuve dont le salarié faisait les frais dès lors qu'il supportait la charge de la preuve. Ainsi, comment pouvait-il s'assurer objectivement de l'état d'esprit de l'employeur ? Devant une telle hypothèse de *probatio diabolica* en raison du caractère impalpable du sentiment de défiance à l'égard du salarié, il suffisait à l'employeur d'alléguer une rupture de confiance pour rendre le licenciement en apparence fondé sur une cause réelle et sérieuse.¹²⁷

A des fins d'illustration de la facilité avec laquelle l'employeur pouvait justifier le licenciement grâce à la jurisprudence des motifs en apparence réels et sérieux, peut être cité un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1978 dans lequel était admis le bien fondé du licenciement pour perte de confiance d'une aide-comptable soupçonnée d'avoir commis un vol.¹²⁸ En l'espèce, la Chambre sociale avait censuré l'arrêt d'appel ayant déclaré le licenciement abusif en raison de l'absence de preuve sérieuse que le vol était imputable à la salariée. En application de la jurisprudence des motifs en apparence réels et sérieux, compte tenu du seul fait qu'il existait une incertitude sur le comportement de la salariée ayant entraîné la méfiance de l'employeur, ladite incertitude devait profiter à l'employeur. D'où la cassation de l'arrêt d'appel. Ainsi, jusqu'au renversement du régime probatoire en 1989 en faveur du salarié, la simple allégation de la perte de confiance née d'un agissement hypothétique de ce dernier permettait de justifier le licenciement.

¹²⁶ Cass. Soc. 19 janv. 1977, n° 76-40.007, Bull. civ., V n° 37 ; D. 1978, p. 152, note Y. Letartre.

¹²⁷ Situation difficilement acceptable si l'on décèle dans l'existence d'une preuve diabolique « un échec du droit de la preuve. Ce dernier ne parvient pas à la vérité puisque la preuve ne peut raisonnablement être rapportée, la justice n'est pas accomplie puisqu'une partie n'a pu faire valoir son droit, le système juridique n'est pas légitimé, car il produit une décision peu crédible et inacceptable pour celui qui succombe », H. Barbier, « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », Revue Lamy Droit civil, 1er mai 2010, suppl. ; V. également sur ce point, X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 239, 1994, n° 161 et s.

¹²⁸ Cass. Soc. 28 juin 1978, n° 76-41.049, Bull. civ., V n° 513 ; D. 1979, I.R. 26, obs. Ph. Langlois.

Un tel schéma probatoire faisait donc de la perte de confiance un motif « passe-partout »¹²⁹ laissant libre cours aux licenciements en fonction des convenances personnelles de l'employeur. Plus encore, derrière l'allégation d'un sentiment ou d'une perception subjective telle la perte de confiance, ce qui était problématique c'était le caractère suffisant au soutien du licenciement d'énoncés tels que des soupçons sur la fidélité du salarié.¹³⁰ Autrement dit, nulle discussion n'avait lieu sur la réalité de l'atteinte portée à l'intérêt de l'entreprise par la situation ayant provoqué la méfiance de l'employeur à l'égard du salarié. Ainsi, par l'énonciation d'une perte de confiance, c'est le simple risque, l'éventualité ou bien l'*hypothèse* d'une atteinte à l'intérêt de l'entreprise qui suffisait pour justifier le licenciement. C'est ainsi que dans un arrêt en date du 4 juin 1987 la cour d'appel de Paris avait admis le bien-fondé du licenciement d'une salariée en concubinage avec un salarié d'une entreprise concurrente parce qu'une telle situation entraînait un risque de divulgation d'informations confidentielles.¹³¹ Même si le terme de perte de confiance n'était en l'espèce pas utilisé, on retrouvait bien ce mobile en filigrane puisque les juges rappelaient que les relations entre employeur et salarié étaient fondées sur la confiance et que le chef d'entreprise soutenait que le concubinage rendait impossible le maintien de ces relations de travail. Or, l'embauche du concubin de la salariée par une entreprise concurrente n'était pas imputable à ladite salariée. De même, l'employeur ne démontrait pas concrètement que la salariée avait porté atteinte à l'intérêt de l'entreprise. Bien au contraire, les juges ont pris acte de l'opinion de l'employeur. Plus encore, ils ont intégré à leur motivation ses préjugés tirés de la situation de concubinage de la salariée. Ainsi, la cour d'appel de Paris a repris le préjugé consistant à penser que la communauté de vie ainsi créée était propice à « des confidences puisées dans la trame de l'existence personnelle, notamment dans les activités professionnelles ». Allant plus loin, la Cour a préjugé à partir de la petite taille de l'entreprise que la salariée avait la possibilité d'accéder à des informations que l'employeur pouvait préférer garder secrètes. Le préjugé consistait à croire que dans « l'entreprise à faible effectif, tout se sait parce que tout le monde se connaît. »¹³² Il s'agissait bien là de préjugés relayés par les juges puisque la motivation de l'arrêt reposait sur des

¹²⁹ L'expression vient du conseil des Prud'hommes de Forbach. Cf. J.-C. Javillier, *Droit du travail*, LGDJ, 1978, p.266.

¹³⁰ V. sur ce point, F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. Soc.* 1992, p.33-34.

¹³¹ CA Paris 4 juin 1987, D. 1987, Jurisp. p.610, note J. Mouly.

allégations patronales dont la réalité n'avait pas été démontrée concrètement. Autrement dit, l'employeur n'a pas eu besoin de prouver la réalité des conséquences tirées à partir de l'observation de la situation de concubinage de la salariée avec un salarié embauché par une entreprise concurrente. De même, il n'a pas eu besoin de prouver qu'au vu du faible effectif, les salariés étaient mieux informés qu'ailleurs sur la situation financière et commerciale de l'entreprise. En outre, il n'était pas démontré que la salariée occupait un poste ou une fonction lui permettant d'être mieux informée. En effet, ladite salariée faisait remarquer qu'elle travaillait dans un secteur distinct de celui de son concubin. Plus encore, la salariée occupait une fonction assez modeste de secrétaire commerciale. Néanmoins, les juges d'appel n'ont pas relevé cette circonstance de nature à remettre en cause les préjugés de l'employeur et à leur permettre d'exercer un contrôle sur l'objectivité de la cause du licenciement. Il en ressort ainsi que la jurisprudence des motifs de licenciement en apparence réels et sérieux est allée de pair avec la primauté accordée au sentiment de l'employeur à l'égard du salarié.¹³³

62. Au demeurant, il résulte de ce qui précède, que l'admission du licenciement pour perte de confiance a eu pour effet de faciliter les atteintes portées à certains droits et libertés fondamentales du salarié comme le droit au respect de sa vie personnelle. En effet, il importait peu aux yeux de la Cour de cassation que la situation déclenchant la méfiance de l'employeur fût imputable ou non au salarié. Par exemple, la perte de confiance permettait aisément à l'employeur de faire reposer le licenciement sur des éléments tirés de la vie extra-professionnelle du salarié. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 juin 1987 en constitue une illustration. Il en est de même de l'arrêt Voisin qui avait admis qu'un employeur pouvait licencier une salariée en raison des relations tendues qu'il entretenait avec l'époux de cette salariée.¹³⁴ Du reste, pareille utilisation

¹³² CA Paris 4 juin 1987, D. 1987, Jurisp. p.610, note J. Mouly.

¹³³ En ce sens v. Cass. Soc. 23 juin 1976, n° 75-40.756, Bull. civ. V, n° 317 : « dès lors qu'il n'existe plus entre les deux parties de confiance mutuelle réciproque. », le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse (en l'espèce divergence de vue sur les fonctions du salarié) ; Cass. Soc. 16 décembre 1963, Publié au Bulletin, n° 880 (Possibilité de licencier le salarié en raison de son mauvais caractère) ; Cass. Soc. 11 mars 1964, Publié au Bulletin, n° 231 ; D. 1964, 285 (Salarié licencié pour mésentente avec son collègue) ; Cass. Soc. 14 déc. 1966, Publié au Bulletin, n° 941 ; D. 1967, 279 (Prétextes tels que congédiements pour ne pas déjuger un cadre).

¹³⁴ Cass. Soc. 26 juin 1980, n° 79-40.859, Bull. civ. V, n° 573 ; D. 1981, I.R., 127, obs. Ph. Langlois (un différend entre une société et le mari d'une salariée justifie le licenciement de cette dernière pour perte de confiance) ; V. également, Cass. Soc. 4 avril 1979, n° 78-40.554, Bull. civ., V n° 315 ; D. 1980, I.R. 25, obs. Langlois (mari

d'éléments tirés de la vie personnelle au soutien de la perte de confiance constituait un moyen détourné de pratiquer des discriminations en raison de la vie familiale. Surtout, le licenciement pour perte de confiance ou pour des motifs apparentés à celle-ci telle la mésentente, était susceptible de porter atteinte à d'autres libertés et droits fondamentaux comme la liberté d'expression du salarié.¹³⁵ En conséquence, l'usage de la perte de confiance illustre d'autant plus la facilité avec laquelle le licenciement pouvait reposer sur des préjugés, c'est-à-dire sur des affirmations non fondées par des éléments de preuve.

B. Le déclin du registre domestique avec le recul de la théorie de l'employeur seul juge

63. L'éviction de la perte de confiance des motifs de licenciement personnel est celle qui illustre le mieux le déclin d'un registre de justification domestique. (1) Malgré l'abandon de la perte de confiance, la justification du licenciement pour motif personnel n'est pas exempte de références qui rappellent les valeurs domestiques. En conséquence, si un déclin du registre de justification domestique peut effectivement être observé, celui-ci n'est que relatif. (2)

1. Un déclin illustré par l'éviction de la perte de confiance des motifs de licenciement

64. Malgré la loi du 13 juillet 1973 obligeant l'employeur à justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse, la perte de confiance a perduré pendant plusieurs années comme motif de licenciement avant que son essor ne soit freiné par deux arrêts au début des années 1990,¹³⁶ puis son énonciation en tant que motif de rupture bannie en 2001 par la Cour de cassation.¹³⁷ Le recul de la théorie de « l'employeur seul juge » a certes été voulu par le législateur en 1973 mais la Cour de cassation a tardé à le mettre en œuvre. A cet égard, c'est plutôt la modification des règles sur la preuve du licenciement par la loi du 2 août 1989 qui a joué un rôle moteur dans l'évolution de la jurisprudence. En effet, l'amorce du recul de la théorie de l'employeur seul juge est

démissionnaire passé au service d'un concurrent) ; Cass. Soc. 6 juill. 1983, n° 81-41.079, Bull. civ., V n° 395 (rapports tendus entre l'employeur et le mari de la salariée récemment licencié).

¹³⁵ La question se posait compte tenu de l'admission de licenciement en raison d'une divergence d'appréciation entre le salarié et l'employeur. Comme exemple d'une telle admission, v. Cass. Soc. 4 nov. 1982, n° 80-40.079, Bull. civ., V n° 594.

¹³⁶ Cass. Soc. 29 nov. 1990, n° 87-40.184, Bull. civ., V, n° 597 ; D. 1991, p. 190, note J. Pélissier ; Dr. Soc. 1992, p. 39, avec les commentaires de F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », p. 32 ; Cass. Soc. 9 janv. 1991, n° 89-43.918, Bull. civ., V n° 1 ; D. 1992, Somm. p. 348, obs. Serra.

redevable de la règle sur le doute qui profite dorénavant au salarié.¹³⁸ Malgré cela, l'éviction d'un registre de justification domestique telle la perte de confiance a été progressive. (a) Pour conforter le recul d'un tel registre de justification, l'exigence d'une énonciation objective des éléments à l'appui du licenciement pour motif personnel doit s'articuler avec une exigence d'imputabilité. (b)

a) Une éviction progressive

65. Depuis que la loi de 1989 dispose que le doute sur le caractère réel et sérieux de la cause du licenciement profite au salarié, il est devenu nécessaire pour l'employeur de démontrer concrètement l'atteinte portée au fonctionnement de l'entreprise. Par-là même, il a fallu marginaliser puis évincer tout ce qui est hypothétique parce qu'insaisissable, hors des motifs de licenciement. C'est ainsi que commentant l'arrêt Fertray et l'arrêt du 9 janvier 1991, un auteur conclue que la « condamnation d'un sentiment subjectif de l'employeur, la perte de confiance, comme cause de la rupture du contrat de travail s'accompagne d'une règle positive : la cause du licenciement doit reposer sur des éléments objectifs ». ¹³⁹ Le déclin de la perte de confiance témoigne ainsi de la nécessité de soumettre les raisons d'agir à une démonstration sous-tendue par des éléments matériellement vérifiables.

Ce rejet a été maintes fois réitéré. Ce fut le cas s'agissant à nouveau de la perte de confiance jusqu'à son éviction définitive des motifs de licenciement personnel. Parmi les arrêts précurseurs de son éviction, figure celui du 14 janvier 1998 en matière de motivation de la lettre de licenciement. Cet arrêt énonce que « le seul grief de perte de confiance mentionné dans la lettre de licenciement ne constituait pas, en l'absence d'énonciation d'éléments objectifs, l'énoncé d'un motif matériellement vérifiable ». ¹⁴⁰ Au-delà du fait que la Haute juridiction précise en l'espèce l'objectivité par la matérialité des éléments au soutien du licenciement, elle dénie à la perte de confiance toute vertu explicative en tant que telle. Autrement dit, les juges affirment une fois de

¹³⁷ Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341, Bull. civ., V n°183 ; GP, 06/03/2005, n° 65, pp. 35-36, note H. Vray.

¹³⁸ L1235-1 in fine du Code du travail.

¹³⁹ F. Gaudu, art. cit.

¹⁴⁰ Cass. Soc. 14 janv. 1998, n° 96-40.165, Bull. civ., V n° 14.

plus son insuffisance à motiver objectivement le licenciement confirmant ainsi son absence d'autonomie. Cela ne veut pas dire qu'il est interdit à l'employeur d'évoquer une perte de confiance dans la lettre de licenciement ni que celui-ci sera nécessairement jugé sans cause réelle et sérieuse en raison de la présence de ce mobile dans la lettre de rupture. Cela veut surtout dire que cette dernière ne peut se limiter à la simple évocation d'une perte de confiance. Est ainsi cassé pour violation de la loi, un arrêt d'une cour d'appel ayant jugé l'énonciation des motifs de licenciement conforme à l'article L1232-6 du Code du travail malgré « ses propres constatations que la lettre de licenciement se bornait à faire référence à une perte de confiance ».¹⁴¹ A fortiori, l'éviction définitive de la perte de confiance des motifs du licenciement par le célèbre arrêt du 29 mai 2001 corrobore pareille solution.¹⁴² Toutefois, là encore, cela ne veut pas dire qu'en mentionnant la perte de confiance dans la lettre de rupture, le licenciement soit automatiquement dépourvu de cause réelle et sérieuse. L'éviction de la perte de confiance signifie qu'elle ne peut plus influencer à quelque titre que ce soit sur la conviction des juges.¹⁴³ Cela vaut pour l'appréciation du caractère à la fois réel et sérieux de la cause de licenciement.

66. Chasser ainsi la perte de confiance ne veut pas dire que les juges du fond peuvent se dispenser d'examiner des éléments objectifs qui viendraient en appui de celle-ci. Est à cet égard cassé pour défaut de base légale, un arrêt d'une cour d'appel pour avoir refusé d'examiner si certains griefs reprochés au salarié constituaient une cause de licenciement.¹⁴⁴ En l'espèce, la cour d'appel avait ignoré les faits énoncés dans la lettre de licenciement parce qu'ils venaient en

¹⁴¹ Cass. Soc. 26 janv. 2000, n° 97-43.047, Bull. civ., V n° 40 ; SSL 2000, n° 969, p. 11, note C. Goasguen ; Droit et Patrimoine, 2000, n° 83, p. 116, note P.-H. Antonmattei.

¹⁴² Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341, Bull. civ. V, n° 183 ; A. Chirez, « La perte de confiance de l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », D. 1981, chron. p. 193 ; J. Pélissier, « La perte de confiance n'est pas en soi un motif de licenciement », D. 1991, p. 190 ; F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », Dr Soc. 1992, p. 32 ; A. Gardin, « L'éviction de la perte de confiance : une nouvelle étape dans l'objectivation du licenciement pour motif personnel », D. 2002, p. 921.

¹⁴³ On peut se demander si la perte de confiance ne fait pas un discret retour au travers de la vie personnelle, v. en ce sens J. Mouly « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. Soc. 2006, p. 839.

¹⁴⁴ Cass. Soc. 15 déc. 2010, n° 09-43.073, arrêt inédit. « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le refus de mettre en place auprès de ses collaborateurs la politique de rémunération définie par le comité de direction et d'intervenir auprès de son personnel pour expliquer la politique définie et arrêtée par ce comité, qui était invoqué dans la lettre de licenciement, constituait une cause de licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ; »

appui de la perte de confiance. En censurant cette absence d'examen des faits énoncés, la Cour de cassation distingue bien ce qui relève de la subjectivité, la perte de confiance qui ne saurait être pris en compte dans la conviction des juges et d'autre part, ce qui est objectif, d'ordre factuel obligatoirement soumis à leur examen parce que susceptible d'emporter leur adhésion.

67. L'exigence d'énoncer les raisons du licenciement par des éléments matériellement vérifiables incite l'employeur à exercer son pouvoir de manière raisonnée et non insensée. En effet, comme le souligne un auteur, « le propre de l'insensé est d'agir sans raison ou motif ». ¹⁴⁵ Or, invoquer un sentiment comme la perte de confiance au soutien du licenciement éloigne l'employeur de la raison. Le risque serait en effet trop important qu'à travers la perte de confiance tout puisse justifier le licenciement. Ainsi, faire reposer le licenciement sur les seules impressions de l'employeur comporte un danger : celui de dissimuler les raisons exactes de la mesure qui peuvent s'avérer inavouables.

Toutefois, en matière de licenciement pour motif personnel, l'exigence d'énoncer des éléments objectifs, matériellement vérifiables ne s'avère pas suffisante pour protéger le salarié d'une décision fondée sur les opinions personnelles de l'employeur. Celle-ci doit également se combiner avec une exigence d'imputabilité.

b) Une éviction confirmée par l'exigence d'imputabilité des éléments objectifs.

68. Formulée pour la première fois dans un arrêt du 7 décembre 1993 ¹⁴⁶, l'exigence d'imputabilité des éléments objectifs est venue préciser le contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement personnel. ¹⁴⁷ Ainsi, les éléments de fait énoncés par l'employeur au soutien du licenciement doivent être également imputables au salarié. Satisfaire à cette double exigence est fondamental pour la protection des droits et libertés du salarié et partant, empêche l'employeur de

¹⁴⁵ R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », RDP, 1923, p. 363.

¹⁴⁶ Cass. Soc. 7 déc. 1993, D. 1994, p. 309, note A. Lyon-Caen et C. Papadimitriou.

¹⁴⁷ Sur la question de l'application de l'exigence d'imputabilité en matière de licenciement pour insuffisance professionnelle, cf. Cass. Soc., 23 mai 2000, D. 2001, p. 823, note E. Peskine. Pour une réflexion plus générale sur l'imputation en matière de licenciement, cf. E. Peskine, « L'imputation en droit du travail », RDT, 2012, p. 347.

se fonder uniquement sur ses opinions personnelles. En effet, c'est ce qui garantit que le licenciement ne porte pas atteinte à la vie personnelle du salarié. Autrement dit, l'imputabilité empêche de faire reposer le licenciement sur des soupçons nourris par des faits tirés de la vie personnelle du salarié.¹⁴⁸ Par exemple, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 7 décembre 1993, l'imputabilité a été posée afin d'éviter que la vie professionnelle du compagnon (ou de la compagne) justifie un licenciement. En effet, comme elle oblige l'employeur à prouver l'inhérence du licenciement à la personne du salarié, l'imputabilité le conduit aussi à sélectionner, parmi les éléments matériellement vérifiables, les faits pertinents. Le contrôle du juge sur les raisons d'agir se veut alors plus resserré, puisque l'imputabilité précise l'objet de la preuve dès lors qu'il s'agit de montrer que le grief allégué est rattaché à une action ou à un comportement concret, tangible du salarié préjudiciable au fonctionnement de l'entreprise. De cette manière, il devient réellement possible de contrecarrer les mobiles fondés sur les opinions de l'employeur. Ainsi, dans l'arrêt du 7 décembre 1993 l'exigence d'imputabilité est venue limiter un peu plus le recours à la perte de confiance mais aussi, le recours à la mésentente et à l'incompatibilité d'humeur.¹⁴⁹ Avec la circonscription des faits allégués par l'exigence d'imputabilité, il s'agit également de contrer l'écueil auquel aurait pu mener la seule exigence d'énoncer des éléments matériellement vérifiables au soutien du licenciement. En effet, l'imputabilité met un terme à un important contentieux prenant en considération les données relatives à l'entourage du salarié,¹⁵⁰ des données qui ne sont pas pertinentes pour démontrer objectivement l'inhérence du licenciement à la personne du salarié. Ainsi, il est possible de considérer que l'imputabilité assure que le licenciement pour motif personnel repose sur des inférences objectivement valables. On peut donc en conclure que l'exigence d'imputabilité permet de fonder le caractère objectif de la démonstration à laquelle est tenue l'employeur en cas de contestation du licenciement pour motif personnel. En somme, l'imputabilité des faits à la personne du salarié est une condition nécessaire pour satisfaire à l'exigence d'objectivité, comprise non seulement comme une exigence d'énoncer des éléments matériellement vérifiables indépendants du pouvoir de

¹⁴⁸ Cass. Soc. 7 déc. 1993, D. 1994, p. 309, note A. Lyon-Caen et C. Papadimitriou.

¹⁴⁹ G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. « Précis » 32^e éd. 2019, §463, p. 575 ; Cass. Soc. 9 oct. 1991, JS UIMM 1992 12 (mésentente entre deux directeurs) ; Cass. Soc. 28 nov. 1992, *ibid.*, (incompatibilité d'humeur entre un directeur et un salarié) ; Cass. Soc. 27 nov. 2001, RJS 2/2002, n° 153 ; Cass. Soc. 23 fév. 2005, RJS 5/2005, n° 491.

¹⁵⁰ F. Gaudu, *art. cit.*, p.34.

l'employeur, mais également comme une exigence de prouver de manière pertinente l'inhérence du licenciement à la personne du salarié.¹⁵¹

2. Un déclin à relativiser

69. Malgré l'éviction de la perte de confiance des motifs de licenciement, en pratique celle-ci n'a jamais cessé d'être le moteur du pouvoir discrétionnaire dans un certain nombre de décisions. Il en va ainsi du recrutement comme du choix des salariés dans les promotions professionnelles.¹⁵² Plus encore, une résurgence du licenciement pour perte de confiance sous les habits de la faute disciplinaire peut s'observer. (a) De même, la persistance de notions proches de la perte de confiance est susceptible de remettre en cause le déclin du registre de justification domestique. (b)

- a) La résurgence du licenciement pour perte de confiance sous les habits de la faute disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle

70. S'agissant du licenciement pour motif disciplinaire, la perte de confiance semble retrouver une certaine vigueur derrière la généralisation de références à un défaut de loyauté ou à la probité du salarié dans sa vie personnelle. Le risque n'est pas négligeable en effet, que derrière ce type de références, l'employeur ne se fonde que sur des opinions incertaines c'est-à-dire, purement hypothétiques ou bien sur préjugés relatifs au probable comportement du salarié dans sa vie professionnelle.

Employées en principe pour sanctionner des agissements de concurrence déloyale,¹⁵³ les références à un manquement à la loyauté ou à la probité du salarié deviennent plus critiquables lorsque cela conduit à étendre de manière excessive la sphère du pouvoir disciplinaire à la vie personnelle du salarié. En effet, même si la Cour de cassation a posé en 1997 comme règle de principe qu'un « fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut constituer une faute

¹⁵¹ Sur les liens entre l'exigence d'objectivité et la pertinence de la preuve, cf. infra n° 291.

¹⁵² En ce sens, v. F. Guiomard, op. cit., p.371.

¹⁵³ Cass. Soc. 10 mai 2001, n° 99-40.584, Bull. civ. V, n° 159 (salarié effectuant une formation dans une société concurrente).

[disciplinaire] », ¹⁵⁴ les hypothèses exceptionnelles d'incursion du pouvoir disciplinaire en dehors du temps et du lieu de travail se sont multipliées. Autrement dit, il y a une tendance à la multiplication des exceptions au principe de l'immunité disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle du salarié, tendance née d'après certains commentateurs, de la nouvelle formulation prétorienne de la justification du licenciement disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle. ¹⁵⁵

Une telle incursion s'est faite de deux manières complémentaires : d'un côté par le rattachement à la vie professionnelle de faits tirés de la vie personnelle et de l'autre, par la généralisation d'obligations particulières comme la loyauté ou la probité du salarié. En effet, l'exercice de certaines fonctions jugées « sensibles » ou l'exécution de la prestation de travail dans une entreprise dite « sensible » peut donner l'occasion à l'employeur d'insérer dans le

¹⁵⁴ Cass. Soc. 16 déc. 1997, n° 95-41.326, Bull. civ., V n° 441; D. 1998, p. 42; JCP G 1998, n° 25 II. 10101, p. 1119, note M.-C. Escande-Varniol ; cf. du même auteur, « Les éléments constitutifs d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pour un motif extra-professionnel » : RJS 7/1993, p. 403 ; v. aussi J.-Y. Frouin, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », CSBP 1998, p. 123 ; J. Richard de la Tour, « La vie personnelle du salarié. Étude sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation », Rapport Cour cass. 1999, La Documentation française 2000, p. 19.

¹⁵⁵ Sur la nouvelle formulation de la justification du licenciement pour un fait tiré de la vie personnelle v. Cass. Soc. 3 mai 2011, n° 09-67.464, Bull. civ., V n° 105 : « Mais attendu qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail », Dr. ouvr. 2011, p. 601, note C. Bottin-Vaillant. Pareille formulation a été analysée par certains commentateurs comme l'amorce d'une souplesse par rapport à l'arrêt de principe de 1997 tel que réitéré en 2007 par l'arrêt Hairoville. En l'espèce, un salarié chargé de sortir les poubelles avec un véhicule de fonction, s'est vu retirer son permis de conduire pour des infractions commises au code de la route en dehors de son temps et lieu de travail. Pire, le salarié est licencié pour motif disciplinaire en raison de ces mêmes infractions. Tout en confirmant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation a décidé que ce fait tiré de la vie personnelle ne constituait pas une faute professionnelle. Certes, la Chambre sociale a décidé que le fait n'était pas fautif mais l'admission explicite d'exceptions à l'immunité disciplinaire du salarié pour un fait tiré de la vie personnelle a soulevé des inquiétudes parmi certains commentateurs. V. en ce sens, G. Loiseau, « Point de vue, Vie personnelle et licenciement disciplinaire », D. 2011, p. 1568. Pour une interprétation stricte des hypothèses de rattachement à la vie professionnelle de faits tirés de la vie personnelle, v. Cass. Soc. 27 mars 2012, n° 10-19.915, Bull. civ., V n° 105. En l'espèce le fait tiré de la vie personnelle est rattaché à la vie professionnelle par la Cour de cassation qui valide donc le licenciement disciplinaire en utilisant la même règle que celle formulée dans l'arrêt du 3 mai 2011. Vu les faits de l'espèce, la solution était aisément compréhensible. En effet, le salarié d'une compagnie aérienne faisant partie du personnel critique pour la sécurité, avait consommé des drogues dures lors d'une escale entre deux vols. Malgré l'absence d'incident lors de l'exercice de ses fonctions, il n'en demeure pas moins qu'il a fait courir un risque réel aux voyageurs. En effet, il a été établi que le salarié avait été sous l'influence de la drogue pendant son temps et son lieu de travail, ce qui est contraire à une obligation réglementaire précise. D'où le rattachement légitime à la vie professionnelle du fait tiré de la vie personnelle du salarié.

contrat de travail des clauses obligeant le salarié à adopter un comportement conforme à ses fonctions y compris en dehors de son temps et lieu de travail. Si elles demeurent cantonnées à des situations de travail très exceptionnelles, ces clauses contractuelles peuvent se justifier. Néanmoins, ce qui paraît plus problématique c'est d'invoquer un devoir général de loyauté, de probité ou de moralité à l'appui d'une sanction disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle de n'importe quel salarié travaillant dans une entreprise quelconque. La tentation en ce sens est grande, dès lors que l'employeur ne peut pas toujours démontrer l'existence d'un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise. Rappelons en effet, que ce dernier motif, d'origine prétorienne, est en principe le seul qui puisse justifier un licenciement pour un fait tiré de la vie personnelle du salarié.¹⁵⁶ En contrepartie toutefois, le licenciement ne peut être disciplinaire compte tenu du fait que par définition, le salarié n'est pas sous les ordres et le contrôle de l'employeur en dehors de son temps et lieu de travail.¹⁵⁷ Il n'en demeure pas moins, qu'un licenciement disciplinaire peut être prononcé y compris en raison d'un fait tiré de la vie personnelle, si l'employeur parvient à le rattacher à la vie professionnelle du salarié ou à établir un manquement à une obligation contractuelle particulière. Chassée par la porte, la perte de confiance de l'employeur à l'égard du salarié risque de revenir par la fenêtre en portant cette fois les habits de la faute disciplinaire.¹⁵⁸ Et les conséquences pour le salarié sont alors plus sévères puisqu'il risque d'être privé du bénéfice de ses indemnités de rupture.

71. La probable résurgence de la perte de confiance derrière le devoir pour le salarié d'adopter dans sa vie personnelle un « comportement conforme » à ses obligations contractuelles, est significatif à un autre titre également. Pareille résurgence marque l'admission des licenciements préventifs en matière personnelle. Dans une certaine mesure, un parallèle pourrait

¹⁵⁶ Sur ce motif v. Ph. Waquet, « Le trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise : une notion à redéfinir », RDT 2006, p. 304.

¹⁵⁷ Illustration avec Cass. Soc. 11 avril 2012, n° 10-25.764, inédit, RJS, 7/2012, n° 7, pp. 538-539 : en l'espèce, le salarié occupant la fonction de directeur d'un foyer de travailleurs migrants n'avait pas réglé plusieurs loyers du logement qu'il occupait via un contrat de location avec son employeur sachant qu'il ne s'agissait pas d'un logement de fonction. Cette situation avait donné lieu à des procédures contentieuses avec son employeur. La Cour de cassation décide en l'espèce que la situation relevant de la vie personnelle du salarié est certes caractéristique d'un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise eu égard à ses fonctions mais que pour autant, elle ne peut être qualifiée de faute compte tenu de l'absence de manquement du salarié à ses obligations contractuelles.

¹⁵⁸ J. Mouly « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de

être établi entre le licenciement pour sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et celui pour un fait tiré de la vie personnelle du salarié lorsque l'employeur craint que ledit fait ne se reproduise dans la vie de l'entreprise. En effet, dans ces deux cas de figure, la décision de l'employeur s'inscrit dans une démarche d'anticipation devant une menace pesant éventuellement sur le fonctionnement normal de l'entreprise. Toutefois, afin de concilier ces motifs de licenciement avec l'exigence d'objectivité, exigence qui s'oppose à la prise en compte de raisons purement hypothétiques, il convient de démontrer matériellement l'existence de ladite menace. Par exemple, dans celui du licenciement pour motif économique, la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise doit résulter d'éléments tangibles issus de l'environnement concurrentiel du secteur d'activité auquel elle appartient. En revanche, dans celui du licenciement disciplinaire en raison d'un fait tiré de la vie personnelle, la menace doit résulter d'un comportement dangereux du salarié pour le fonctionnement de l'entreprise si un tel comportement devait être réitéré dans sa vie professionnelle. Au-delà de l'exigence d'objectivité, l'admission de ce type de licenciement personnel est potentiellement attentatoire à certains droits et libertés fondamentales au premier rang desquelles le droit au respect de la vie personnelle et familiale du salarié. Toutes ces raisons justifient ainsi, que l'admission des licenciements préventifs sous la forme de licenciements disciplinaires pour des faits tirés de la vie personnelle soit cantonnée à des hypothèses très exceptionnelles où il existe un rapport très étroit entre les fonctions exercées et le fait tiré de la vie personnelle imputable au salarié. Comme déjà évoqué, il s'agirait d'hypothèses dans lesquelles les salariés exerceraient des fonctions jugées « sensibles » ou travailleraient dans des entreprises « sensibles », situations qui pourraient justifier que l'employeur exige de la part des salariés une confiance renforcée qui se traduirait par une obligation particulière de loyauté ou de probité.¹⁵⁹ Tel est par exemple le cas d'une salariée chargée du contrôle des fraudes à la Sécurité sociale et qui se livrait, auprès de sa propre caisse, aux agissements même qu'elle était chargée de dépister pour le compte de son employeur. La Haute juridiction justifiait en l'espèce le licenciement disciplinaire par la violation d'une obligation particulière de loyauté et de probité dont elle était tenue envers l'entreprise. En effet, le

confiance », Dr. Soc. 2006, p. 839.

¹⁵⁹ Compte tenu de l'ingérence du pouvoir disciplinaire dans la vie personnelle du salarié, y compris dans l'hypothèse exceptionnelle qui vient d'être évoquée, un auteur propose de rendre légitime le licenciement disciplinaire que « lorsqu'il n'existe pas d'autres moyens efficaces de protéger l'entreprise » et d'ajouter que pareille

rattachement à la vie professionnelle n'était guère discutable dans la mesure où il y avait un rapport étroit entre les faits imputables à la salariée tirés de sa vie personnelle et ses fonctions dans l'entreprise, fonctions qui exigeaient en outre, d'adopter un « comportement conforme » à celles-ci y compris en dehors du temps et du lieu de travail. Enfin, circonstance aggravante, les agissements frauduleux de la salariée dans sa vie personnelle étaient destinés à sa propre caisse, donc à son employeur. Cette hypothèse très particulière d'admission d'un licenciement disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle est conforme à l'exigence d'une cause objective de licenciement dans la mesure où l'employeur justifie concrètement le rattachement à la vie professionnelle. Autrement dit, la motivation de l'arrêt ne se contentait pas d'avaliser les craintes patronales sur la possible réitération du comportement de la salariée, dès lors que l'employeur démontrait les liens entre les faits reprochés à la salariée dans le cadre de sa vie personnelle et ses fonctions dans l'entreprise. Ainsi, la menace résultant du comportement du salarié dans sa vie personnelle est objective à partir du moment où de tels liens sont établis. Il est permis de penser qu'il n'en est pas de même lorsque l'employeur se contente d'invoquer un manquement à une obligation générale de loyauté à l'égard de n'importe quel salarié pour lui reprocher un fait tiré de sa vie personnelle.

72. Or, le problème avec l'admission même très exceptionnelle de licenciements disciplinaires pour des faits tirés de la vie personnelle, c'est que cela a donné lieu à des dérives jurisprudentielles au détriment du respect de la sphère de la vie personnelle du salarié et de l'exigence d'objectivité de la cause du licenciement. Cette double problématique résulte de l'admission par les juges de l'argument tiré d'un manquement à une obligation générale de loyauté du salarié. A cet égard, peut être cité un arrêt du 29 septembre 2014 dans lequel les juges considèrent que « la dissimulation par le salarié d'un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent peut constituer un manquement à la loyauté à laquelle il est tenu envers son employeur, dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice de ses fonctions. »¹⁶⁰ Cette nouvelle extension de l'obligation de loyauté illustre l'empiètement du pouvoir disciplinaire sur la vie personnelle du salarié. En même temps, une

condition « risque en réalité de n'être que rarement réalisée. » J. Mouly, art. cit., p.839.

¹⁶⁰ Cass. Soc. 29 sept. 2014, n° 13-13.661, Bull. civ., V n° 209 ; Dr. Soc. 2014, p. 957, note J. Mouly.

atteinte est portée à l'exigence d'objectivité de la cause du licenciement compte tenu du fait qu'un recours trop aisé à l'obligation de loyauté efface toute discussion sur l'atteinte réelle qui est portée ou qui risque d'être portée au fonctionnement de l'entreprise du fait du comportement du salarié dans sa vie personnelle. Autrement dit, le risque est grand de la sorte que le licenciement disciplinaire ne soit fondé que sur de simples supputations de l'employeur sur le comportement du salarié dans sa vie professionnelle. En l'espèce, le rattachement entre l'absence d'information de l'employeur sur les suites judiciaires d'une escroquerie pénale imputable à la salariée et sa vie professionnelle ne va pas nécessairement de soi compte tenu du fait que ce n'est pas l'infraction pénale qui est reprochée à la salariée, mais le fait qu'aient été dissimulées les suites pénales auxquelles elle avait donné lieu. Même si la Cour précise que l'absence d'une telle information est fautive dans la mesure où elle a une incidence sur l'exercice des fonctions du salarié, le risque est grand de revenir à un brouillage de la distinction entre faute et trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise. Plus encore, le rattachement des faits tirés de la vie personnelle du salarié à la vie de l'entreprise risque d'être dénué d'objectivité. En effet, quand bien même il y aurait un trouble objectif, la qualification de faute doit faire l'objet elle aussi d'une appréciation objective. Or, le brouillage entre ces deux motifs, brouillage favorisé par le recours à un manquement à une obligation générale de loyauté ou de probité du salarié permet d'éluder la discussion sur l'existence matérielle d'une faute, c'est-à-dire sur le rattachement concret à la vie de l'entreprise de faits tirés de la vie personnelle du salarié.

Un autre arrêt rendu par la Chambre sociale le 8 octobre 2014 pourrait confirmer un tel brouillage à travers l'admission d'un manquement à une obligation générale de loyauté du salarié pour fonder un licenciement disciplinaire en raison d'un fait tiré de sa vie personnelle. En l'espèce, le salarié a été licencié pour avoir insulté et menacé ses collègues et supérieurs hiérarchiques lors d'un séjour organisé par l'entreprise pour récompenser les lauréats d'un concours interne.¹⁶¹ Le rattachement à la vie de l'entreprise justifié en l'espèce par la Chambre sociale, n'est-il pas trop rapide au nom d'une obligation de loyauté ou de comportement conforme aux attentes de l'employeur en dehors du temps et du lieu de travail ? Le doute est permis sachant que les faits reprochés dans la vie personnelle du salarié n'étaient pas en lien

¹⁶¹ Cass. Soc. 8 octobre 2014, n°13-16.793, inédit.

étroit avec ses fonctions qui du reste, ne justifiaient pas une obligation particulière de loyauté puisqu'en l'espèce le salarié était conseiller commercial. Autant il aurait pu être discuté de l'existence d'un trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise, autant l'existence d'un manquement aux obligations contractuelles semblait douteuse. Quoi qu'il en soit, l'admission de la justification patronale par la Chambre sociale laisse perplexe. Dans quelle mesure, les juges n'ont-ils pas considéré le licenciement disciplinaire justifié parce que la situation reprochée au salarié avait causé un trouble au fonctionnement de l'entreprise ? A la lumière de la solution de l'arrêt du 29 septembre 2014, il est légitime de se demander si les juges n'ont pas en l'espèce opéré un brouillage entre faute et trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise.

- b) La survie de motifs apparentés à la perte de confiance : les licenciements pour mécontentement ou incompatibilité d'humeur

73. Des mobiles domestiques apparentés à la perte de confiance telle que la mécontentement ou l'incompatibilité d'humeur, n'ont pas suivi exactement la même destinée que la perte de confiance.¹⁶² Ainsi, un an après l'arrêt Fertray la Chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir justifié un licenciement pour incompatibilité d'humeur et divergence de vue d'un salarié avec son employeur.¹⁶³ En l'espèce, la Haute juridiction énonce de manière laconique que la cour d'appel « a décidé, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de [l'ancien article L.122-14-13 C. trav.], par une décision motivée, que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse ». Certes, depuis 1985 le contrôle de la Cour de cassation ne porte plus sur la qualification de la cause réelle et sérieuse, mais il n'en demeure pas moins, que cette solution est étonnante. Elle l'est d'autant plus que le litige portait en l'espèce sur une divergence de vue entre un salarié et son employeur. Autant un auteur justifie le maintien de la mécontentement comme cause réelle et sérieuse de licenciement lorsqu'elle porte sur des divergences entre salariés, à condition d'entraîner des difficultés objectives pour l'employeur,¹⁶⁴ autant les sentiments subjectifs de

¹⁶² M.-A. Souriac, « Une incompatibilité d'humeur et une divergence de point de vue entre employeur et salarié constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 1992, p. 289 ; S. Frossard, « La mécontentement avec un salarié peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 2002, p. 2091.

¹⁶³ Cass. Soc. 28 nov. 1991, n° 90-43.867, inédit.

¹⁶⁴ F. Gaudu, art. cit., p. 32.

l'employeur à l'égard du salarié ne devaient plus du tout suffire à justifier le licenciement.¹⁶⁵ S'en remettre purement et simplement à l'appréciation souveraine des juges du fond ne pouvait donc que soulever des critiques légitimes, « un peu comme si l'exigence d'une cause objective n'avait pas, en principe, à être rappelée ici ».¹⁶⁶ Pareille solution rappelle que la reconnaissance de la seule exigence d'objectivité n'a pas suffi à limiter la portée de tous les mobiles d'ordre « domestique » mais qu'il a fallu combiner ladite exigence avec celle d'imputabilité,¹⁶⁷ C'est ainsi que des arrêts ultérieurs en matière de mésentente ou d'incompatibilité d'humeur ont pu s'inscrire davantage dans la lignée de l'arrêt Fertray et contribuer ainsi à en limiter le recours.¹⁶⁸ Enfin, la règle probatoire sur le doute au profit du salarié a également permis d'éviter les dérives susceptibles de résulter de la référence à la mésentente.¹⁶⁹

74. Toutefois, si la double exigence d'objectivité et d'imputabilité combinée à la règle probatoire sur le doute a permis d'encadrer le recours à la mésentente ou à l'incompatibilité d'humeur, cela n'a pas permis de supprimer définitivement ce type de références des motifs du licenciement. En effet, c'est ce qui ressort d'un arrêt du 5 février 2002, rendu à peine quelques mois après le fameux arrêt du 29 mai 2001 évinçant explicitement la perte de confiance des motifs du licenciement.¹⁷⁰ En l'espèce, la Chambre sociale ne reprend pas la même analyse que pour la perte de confiance mais s'en tient à la jurisprudence précédente, à savoir que la

¹⁶⁵ Pour nuancer le propos sur le caractère insuffisant de la divergence de vue entre employeur et salarié pour fonder le licenciement, v. Cass. Soc. 9 oct. 1991, n° 88-44.513, inédit : « Attendu, enfin, que la cour d'appel (...) a par une appréciation souveraine de l'ensemble des éléments de la cause, relevé que l'hostilité entre M. Z... et M.Y..., qui ne se limitait pas à certains points précis, s'analysait comme une lutte personnelle pour prendre la direction de la société et a estimé que cette mésentente créait un climat nuisible à la bonne marche de l'entreprise ; qu'en l'état de ses énonciations, la cour d'appel (...) a, par un arrêt motivé, dans l'exercice du pouvoir qu'elle tient de l'article L. 122-14-3 du Code du travail, décidé que le licenciement procédait d'une cause réelle et sérieuse. » Souligné par nous.

¹⁶⁶ M.-A. Souriac, « Une incompatibilité d'humeur et une divergence de point de vue entre employeur et salarié constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 1992, p. 289.

¹⁶⁷ Cass. Soc. 7 déc. 1993, D. 1994, p.309, A. Lyon-Caen et C. Papadimitriou.

¹⁶⁸ Cass. Soc. 25 juin 1997, n° 95-42.451, Bull. civ., V n°236 ; D 1997, I.R. p. 166 ; Cass. Soc., 23 mai 2000, RJS 2000, n° 783, 3^e esp.

¹⁶⁹ Cass. Soc. 9 nov. 2004, n° 02-42.938, inédit : « Mais attendu que la mésentente entre un salarié et tout ou partie du personnel ne peut constituer une cause de licenciement que si elle repose objectivement sur des faits imputables au salarié licencié ; que la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de preuve soumis à son examen, a constaté l'existence de versions différentes sur l'origine de la dégradation des relations professionnelles au sein de l'entreprise et a fait profiter la salariée du bénéfice du doute ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; »

¹⁷⁰ Cass. Soc. 29 mai 2001, D. 2002, p. 921, note A. Gardin.

« mécontente ne constitue une cause de licenciement que si elle repose sur des faits objectifs imputables au salarié. » Une telle divergence de jurisprudence n'est pas anodine compte tenu du fait que l'arrêt de 2002 a été publié au bulletin. L'intention de lui assurer une certaine publicité signifie bien que la Chambre sociale n'entend pas réserver tout à fait le même sort à la mécontente ou à l'incompatibilité d'humeur qu'à la perte de confiance. Compte tenu de leur proximité, un commentateur de l'arrêt de 2002 avoue son impuissance à « expliquer des interprétations prétoriennes différentes concernant des notions aussi voisines que la mécontente et la perte de confiance. »¹⁷¹

Même si toute référence au registre de l'affect parmi les motifs de licenciement n'a pas disparu, il n'empêche que la mécontente et l'incompatibilité d'humeur sont des motifs tombés dans une certaine désuétude. En témoigne le faible contentieux portant sur ce type de licenciements. A peine 194 arrêts de cours d'appel ont été rendus depuis 2010 à propos d'un licenciement pour incompatibilité d'humeur ou pour mécontente.¹⁷²

L'étude de certains de ces arrêts permet toutefois de justifier de la mécontente comme motif de licenciement dans certaines situations et d'observer qu'une telle référence n'est pas nécessairement incompatible avec l'exigence d'objectivité dès lors qu'il est possible de démontrer qu'elle est préjudiciable au fonctionnement et à l'organisation de l'entreprise. En atteste un arrêt rendu par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ayant justifié un licenciement pour mécontente du salarié avec ses collègues.¹⁷³ En l'espèce, ce sont les témoignages de ses supérieurs hiérarchiques, à savoir ses chefs d'équipe successifs qui confirment de manière circonstanciée d'après la motivation de l'arrêt, que le comportement du salarié rendait impossible le travail en équipe dans de bonnes conditions d'entente et de sécurité. Ainsi, c'est la désorganisation au sein de l'entreprise que la mécontente a entraînée, qui a fait l'objet d'une appréciation in concreto. Plus précisément, les juges ont tenu compte des conséquences du comportement du salarié sur son travail et celui de ses collègues. En l'espèce, le mauvais comportement du salarié avec ses collègues lui a valu trois changements d'équipe. Or,

¹⁷¹ S. Frossard, art. cit., p. 2091 ; Cass. Soc. 5 fév. 2002, n°99-44.383, Bull. civ., V 50, p.48.

¹⁷² Recensement fait à partir de la base de données Lamyline le 7 octobre 2017.

¹⁷³ CA Saint-Denis de la Réunion du 29 sept. 2015, n° 15/373.

l'employeur faisait valoir que cette situation constituait dans un secteur d'activité comme le BTP, un travail considérable en termes de gestion des équipes et des plannings. Pareille observation est reprise dans la motivation de l'arrêt, ce qui montre que les juges ont apprécié la mésentente à la lumière de ses conséquences sur l'exécution du travail, conséquences qui peuvent faire l'objet d'une démonstration. Cependant, compte tenu de la mention d'une insubordination du salarié vis-à-vis de sa hiérarchie dans la lettre de licenciement, on peut tout de même se demander si la situation de mésentente avec le personnel n'était pas plutôt la résultante d'une faute ayant perturbé le fonctionnement de l'entreprise. En effet, dans un autre arrêt de cour d'appel rendu à Poitiers, l'employeur avait procédé à un licenciement pour faute grave en mentionnant la mésentente avec le personnel comme une conséquence de ladite faute et ce, en s'appuyant sur un grand nombre d'attestations des collègues jugées en l'espèce, précises et convergentes. Plus avant, l'employeur reprochait l'inexécution de la prestation de travail entraînant une mésentente avec les collègues de la salariée dans « la mesure où celles-ci étaient obligées de faire le travail à sa place en ramassant les produits qu'elle devait trier, ce qui alourdissait leur tâche ».174 En l'espèce, la mésentente avec les collègues était allée de pair avec un harcèlement moral imputable à la salariée, également mentionné dans la lettre de licenciement.

Si contrairement à la perte de confiance, la situation de mésentente avec le personnel peut être matériellement vérifiable et imputable au salarié à travers des témoignages précis et convergents, il n'en demeure pas moins que pareille mésentente doit résulter d'un autre motif de licenciement seul à même de justifier objectivement le licenciement. Ainsi, l'absence d'autonomie de la salariée ou de l'incompatibilité d'humeur devrait être affirmée plus clairement, à l'instar de l'insuffisance de résultats.¹⁷⁵ Malgré cela, il reste que la plus grande prudence doit toujours s'imposer en présence de références à la qualité des rapports interpersonnels en raison de leur dimension subjective. A l'instar de la perte de confiance, le plus grand danger demeure que derrière la mésentente ou l'incompatibilité d'humeur, l'employeur ne soit guidé que par ses opinions personnelles et surtout, par ses préjugés.

¹⁷⁴ CA Poitiers du 4 mars 2015, n° 13/04204.

¹⁷⁵ Sur cette notion, cf. infra n° 129 et n° 347.

75. Le recul du registre « domestique » ne permet pas à lui seul de s'assurer que l'employeur chasse ses croyances de la justification des mesures de gestion prises à l'égard des salariés. Plus que la référence aux liens intersubjectifs, certains critères de discrimination sont prohibés justement parce qu'ils charrient des opinions incompatibles avec l'exigence d'objectivité, des opinions qui reposent uniquement sur des préjugés sources d'inférences inexactes.

Paragraphe 2 : *L'incompatibilité de l'exigence avec les discriminations*

76. Assurément, les critères de discriminations prohibés sont une source de préjugés incompatibles avec l'exigence d'objectivité des raisons d'agir. Ainsi, en vertu de l'article L1134-1 du Code du travail issu de la directive 2000/78, lorsqu'un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou le salarié établit une présomption de discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse « de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». ¹⁷⁶ Il importe alors pour le défendeur, l'employeur, de sélectionner parmi les éléments matériellement vérifiables à l'appui de la défaveur alléguée, ceux qui ne sont pas des critères de discrimination prohibés par la loi. ¹⁷⁷

77. Certes l'exigence d'objectivité permet de contrecarrer les discriminations dans l'emploi mais, il n'en demeure pas moins qu'elle peut également contribuer à justifier des différences entre salariés. Un tel usage pourrait révéler la « face obscure » de l'exigence d'objectivité, celle

¹⁷⁶ La même formulation est utilisée également pour le régime probatoire en matière d'égalité professionnelle à l'art. L1144-1 du Code du travail. Il en va également de même pour celui qui porte sur les inégalités subies par un salarié ayant relaté certains faits ou déclaré des faits de corruption Cf. art. L1132-3-3 al. 3 du C. du trav. Pareille formulation est issue de l'art. 4 de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ; Cf art. 8 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 1 de la directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 sept. 2002, modifiant la directive 80/987 du Conseil concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ; art. 9 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services ; art. 19 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

¹⁷⁷ Art. L1132-1 à L1132-3-3 du C. du trav.

qui nourrit le plus son ambivalence. Pareille justification révèle alors que l'exigence d'objectivité peut avoir différents usages. Toutefois, les possibilités d'une justification objective des différences observées sont plus ou moins aisées à opérer en fonction du type de discrimination. Par exemple, si cette dernière est directe, l'employeur doit démontrer une exigence professionnelle essentielle et déterminante.¹⁷⁸ En d'autres termes, les éléments objectifs à l'appui de la justification des différences de traitement doivent être aptes à prouver l'existence d'une telle exigence. Une sélection doit donc être opérée par l'employeur en ce sens parmi les éléments de fait à sa disposition. Or, pareille sélection est difficile à faire compte tenu de l'interprétation très stricte dont fait l'objet l'exigence professionnelle essentielle et déterminante.¹⁷⁹ C'est ce qui permet à l'exigence d'objectivité de demeurer un instrument de lutte contre les préjugés de l'employeur. (A)

78. En revanche, si la discrimination est indirecte, les possibilités de justification offertes à l'employeur sont plus étendues. En effet, le critère susceptible d'être à l'origine des différences de traitement pour l'un des motifs de discrimination prohibés, peut être objectivement justifié par un but légitime sous réserve que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés.¹⁸⁰ Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en particulier, que ces conditions peuvent être interprétées de manière souple.¹⁸¹ De manière plus précise, c'est le fait de considérer comme objective la justification reposant sur le but de satisfaire à l'intérêt de l'entreprise qui alimente l'ambivalence de l'exigence d'objectivité. Pire, cela contribue à sa dénaturation. C'est donc dans cette hypothèse qu'il existe un danger que la référence à l'objectivité serve de prétexte à un recul de la protection des salariés contre les discriminations et partant, contre les opinions et préjugés de l'employeur. (B)

¹⁷⁸ Art. L1133-1 du Code du travail. A l'exigence professionnelle essentielle et déterminante s'ajoute la condition que l'objectif poursuivi soit légitime et l'exigence proportionnée.

¹⁷⁹ Pour une interprétation de cette exigence, cf. K. Berthou, « Différences de traitement : esquisse des 'exigences professionnelles essentielles' après la loi du 27 mai 2008 », Dr. Soc. 2009, p. 410.

¹⁸⁰ Art. 1^{er} al. 2 in fine de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

¹⁸¹ Cf. infra n° 80.

A. Un instrument de lutte contre les préjugés dans le cadre de la justification des discriminations directes

79. Aux termes de l'article 2 de la directive 2000/78, une discrimination directe se produit « lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ». ¹⁸² Cette définition de la discrimination directe n'est pas tout à fait la même que celle qui a été adoptée par le droit français. En effet aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 une discrimination directe se produit lorsqu' « une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ». Ainsi, là où le droit de l'Union européenne utilise le conditionnel, le droit français lui substitue le futur antérieur. Cela signifie que le droit de l'Union européenne admet de probables situations de discrimination là où le droit français est attaché à la démonstration de situations de discriminations plus certaines, rendant ainsi son admission moins facile. Autrement dit, le droit de l'Union européenne admet que la comparaison entre salariés soit hypothétique alors que le droit français exige des comparaisons avec des situations plus concrètes. Cette étape probatoire est importante. En effet, c'est de la démonstration préalable d'une situation de rupture d'égalité que découle l'effort de justification de l'employeur. A ce stade, le salarié n'établit pas la discrimination mais seulement une présomption de discrimination que l'employeur peut renverser en démontrant que la différence observée s'explique par une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Issue de la directive communautaire précitée, cette catégorie de justification a été transposée à l'identique en droit français à l'article L1133-1 du Code du travail. Son principal mérite est de faire l'objet d'une interprétation très stricte par la Cour de Justice de l'Union européenne et donc de rendre plus difficile voire plus exceptionnelle, la justification des discriminations directes y compris en droit français. Dans ce cas, l'exigence d'objectivité conserve tout son sens comme instrument de lutte contre les préjugés de l'employeur à l'encontre du salarié. En effet, l'exigence

¹⁸² Art. 2, § 2, a) de la directive 2000/78. Sont couverts par la directive les motifs de discrimination suivants : la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et les orientations sexuelles.

professionnelle doit être imposée en raison de la nature des activités ou de ses conditions d'exercice donc, en raison d'éléments extérieurs à la volonté de l'employeur. C'est ce que rappelle la Cour de Justice dans l'affaire Bougnaoui lorsqu'elle répond à la question préjudicielle posée par Cour de cassation française que « la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante (...) renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. »¹⁸³ Ladite exigence a par exemple été retenue, dans des cas très limités en matière de limite d'âge et uniquement pour des emplois particulièrement physiques et opérationnels.¹⁸⁴ En revanche en matière de religion et plus précisément, d'interdiction du port du voile islamique d'une salariée en réaction aux souhaits émis par un client de l'employeur, la Cour de Justice dans l'affaire Bougnaoui se montre plus ferme.

En l'espèce, la Cour de Luxembourg devait se prononcer sur l'existence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante justifiant l'interdiction du port du voile islamique par une salariée en raison de la demande ponctuelle d'un client de ne pas être confronté à une salariée portant ledit voile. A cette question préjudicielle posée par la Cour de Cassation française, les juges communautaires répondent que la notion d'exigence professionnelle ne saurait « couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers des clients ». ¹⁸⁵ Par conséquent, « la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Appréciée de manière objective, pareille exigence permet effectivement de conclure que si rupture d'égalité il devait y avoir, une telle rupture ne serait motivée que par des contraintes extérieures à la volonté de l'employeur et non par un critère de discrimination prohibé source de préjugés. En l'espèce, même si les souhaits du client

¹⁸³ CJUE, gr. Ch., 14 mars 2017, aff. C-188/15 Bougnaoui et ADDH c/Micropole SA, pt. 40. ; Cette décision fait suite à la question préjudicielle posée par Cass. Soc. 9 avr. 2015, n° 13-19.855, Bull. civ., V n° 75 ; C. Wolmark « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat. », Dr. Soc. 2015, p. 648, note ; J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise : nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination », D. 2015, p. 1132, note ; SSL 2015, n° 1672, obs. F. Champeaux ;

¹⁸⁴ CJUE, gr. ch., 12 janv. 2010, aff. C-229/08, Wolf c/ Stadt Frankfurt am Main : JurisData n° 2010-004244 ; Rec. CJUE 2010, p. I-1 ; CJUE, gr. ch., 15 nov. 2016, aff. C-258/15, Sorondo : JurisData n° 2016-024954.

constituaient une donnée objective pour l'employeur, il n'en demeurait pas moins que ce dernier ne pouvait faire siens les préjugés de son client. A travers une appréciation objective de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante excluant la prise en compte des souhaits spécifiques des clients, est finalement consacrée une « obligation de résistance » de l'employeur vis-à-vis des préjugés de ces derniers. Il en est d'ailleurs de même à l'égard des préjugés des collègues du salarié.¹⁸⁶ Toutefois dans l'affaire Bougnaoui, l'interdiction de prendre en compte les souhaits ponctuels des clients signifie aussi que l'employeur est dans l'obligation d'aller à l'encontre de ses intérêts économiques. Tel est donc le prix à payer pour ne pas perpétuer les discriminations les plus inadmissibles y compris pour d'autres motifs que la religion.

B. Un instrument au service de l'intérêt de l'entreprise dans le cadre de la justification des discriminations indirectes

80. Consacrées par la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, les discriminations indirectes se produisent lorsqu'un critère, apparemment neutre, est cependant susceptible de créer un désavantage pour un groupe majoritairement composé de personnes relevant d'un critère de discrimination. Cette définition a été fidèlement transposée en droit français à l'article 1^{er} al. 2 de la loi du 27 mai 2008. De même, ont été également reprises les conditions dans lesquelles ce type de discriminations peut être justifié. En effet, un critère ou une pratique neutre en apparence mais source d'inégalité peut être objectivement justifiée par un but légitime sous réserve que les moyens pour réaliser ce but soient nécessaires et appropriés.¹⁸⁷

Cependant, à l'inverse de la justification des discriminations directes, l'employeur dispose de plus de facilités pour légitimer les différences entre salariés à l'origine de discriminations indirectes. En ce sens, l'affaire belge Achbita jugée par la Cour de Luxembourg le même jour que l'affaire Bougnaoui pour des faits similaires, illustre le mieux l'ambivalence de l'exigence

¹⁸⁵ CJUE, gr. Ch., 14 mars 2017, aff. C-188/15 Bougnaoui et ADDH c/Micropole SA, pt. 40.

¹⁸⁶ V. par exemple en ce qui concerne l'orientation sexuelle, les préjugés pouvant exister s'agissant des emplois de militaires, CEDH 27 sept. 1999, n°33985/96, Smith et Grady c/Royaume-Uni, RTD civ. 1999, p. 917, obs. J.-P. Margénaud.

¹⁸⁷ Art. 1^{er} al. 2 in fine de la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

d'objectivité en matière de discriminations.¹⁸⁸ En l'espèce, une salariée de confession musulmane a commencé à travailler comme réceptionniste pour une entreprise dans laquelle prévalait une règle non écrite, que les travailleurs ne pouvait porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques et religieuses.¹⁸⁹ Or, quelques années après son recrutement la salariée a fait savoir à ses supérieurs qu'elle avait désormais l'intention de porter le foulard islamique pendant les heures de travail. En réponse, la direction de l'entreprise l'a informé que le port d'un foulard ne serait pas toléré car le port visible de signes politiques, philosophiques ou religieux était contraire à la neutralité à laquelle s'astreignait l'entreprise. A la suite de ces échanges, le comité d'entreprise belge a approuvé une modification du règlement intérieur aux termes de laquelle « il est interdit aux travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions politiques, philosophiques ou religieuses ou d'accomplir tout rite qui en découle ». Or, devant la volonté persistante de la salariée de porter en tant que musulmane le foulard islamique sur son lieu de travail, celle-ci a été licenciée.

81. Saisie par la Cour de cassation belge dans le cadre d'une question préjudicielle, la Cour de Luxembourg était invitée à dire si l'interdiction de porter un foulard islamique en vertu d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant de manière générale le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, constitue une discrimination directe prohibée par la directive 2000/78/CE. A cette question, la Cour de Luxembourg a répondu par la négative compte tenu de la présence d'une règle interne qui visait l'ensemble des travailleurs de l'entreprise et ce, de manière générale et indifférenciée.¹⁹⁰

¹⁸⁸ CJUE, 14 mars 2017, aff. : C-157/15, Achbita c/ G4S Secure Solutions NV. Sur la réception de cet arrêt et son apport en droit interne, cf. H. Nasom-Tissandier, « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », *Dr. Soc.*, 2018, p. 348 ; A. Gardin et J.-P. Lhernould, « Autour du principe de neutralité dans l'entreprise », *Dr. Soc.*, 2018, p. 312.

¹⁸⁹ A l'inverse des faits ayant donné lieu à l'affaire Bougnaoui où il n'y avait pas dans l'entreprise en question de règles instaurant une politique de neutralité.

¹⁹⁰ CJUE 14 mars 2017, aff. : C-157/15, Achbita c/ G4S Secure Solutions NV.pt. 30. Pour une critique de cette réponse, cf. S. Laulom, « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *SSL* 2017, n°1785, 9/10/2017, suppl. ; G. Calvès « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *SSL* 2017, n°1785, 9/10/2017, suppl. ; S. Robin-Olivier, « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », *RTD Eur.* 2017, p. 229 ; J. Mouly, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *D.* 2017, p. 947 ; Y. Pagnerre « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] entreprise », *Dr. Soc.* 2017, p.°450.

Toutefois, la Cour va plus loin en affirmant qu'une différence de traitement fondée sur la religion est susceptible de constituer une discrimination indirecte si l'obligation apparemment neutre qu'elle impose aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données. Surtout cela permet à la Cour de Justice d'affirmer qu'en présence d'une règle interne instaurant une politique de neutralité à l'égard des relations avec les clients, la discrimination indirecte, à la supposée établie, est objectivement justifiée par un but légitime, nécessaire et approprié.¹⁹¹ Alors que les deux dernières conditions appellent un contrôle de proportionnalité, la première fait plus précisément l'objet d'une appréciation objective. Or, il est jugé que la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme objectivement légitime. Plus encore, un tel souhait se rapporte pour la Cour à la liberté d'entreprise.¹⁹² D'où la faculté d'interdire le port du voile sur le lieu de travail et de restreindre la liberté religieuse. Ainsi, « l'entreprise bénéficie d'une promotion inattendue ; son image à elle seule justifie une restriction générale à la liberté d'opinion. »¹⁹³ Du caractère approprié de la discrimination indirecte observée, il résulte toutefois que la règle édictée doit être apte à assurer la bonne application d'une politique de neutralité, à condition que cette politique soit véritablement poursuivie de manière cohérente et systématique.¹⁹⁴ Quant à son caractère nécessaire enfin, il résulte que l'interdiction du port du voile ne peut concerner que les salariées dont les fonctions les conduisent à être en relation avec les clients.¹⁹⁵

82. Cette solution qui n'est pas sans incidence sur certaines dispositions dans le Code du travail relatives au règlement intérieur,¹⁹⁶ attire l'attention plus particulièrement sur le fondement

¹⁹¹ Cette faculté de justifier objectivement le refus d'autoriser le port du voile à une salariée par une règle interne instaurant une politique de neutralité, est également mentionnée dans l'affaire Bougnaoui rendue le même jour. CJUE, gr. Ch., 14 mars 2017, aff. C-188/15 Bougnaoui et ADDH c/Micropole SA, pt. 31 et 32.

¹⁹² CJUE 14 mars 2017, aff. : C-157/15, Achbita c/ G4S Secure Solutions NV, pt. 37 et 38.

¹⁹³ Y. Pagnerre « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] entreprise », Dr. Soc. 2017, p. 450.

¹⁹⁴ CJUE 14 mars 2017, aff. : C-157/15, Achbita c/ G4S Secure Solutions NV, pt. 40.

¹⁹⁵ Décision précitée pt. 42.

¹⁹⁶ En effet, il peut être soutenu que la décision de la Cour de Luxembourg légitime tout en encadrant l'interprétation de l'article L1321-2-1 du Code du travail en vertu duquel le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont

de la restriction de la liberté de l'opinion, à savoir la liberté d'entreprise protégée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Plus encore, ce qui mérite attention c'est le fait de considérer que la liberté d'entreprise est un but légitime apprécié de manière objective. En effet, l'exigence d'objectivité n'est-elle pas dénaturée lorsqu'elle est utilisée pour apprécier une finalité, la liberté d'entreprise, en tant que telle inappréciable ? Chemin faisant, ce qu'il importe de souligner c'est le paradoxe qu'il y a à déclarer objective une différence de traitement fondée sur un acte qui demeure purement unilatéral et qui peut charrier des préjugés et ce, malgré l'existence de certaines garanties procédurales indispensables pour satisfaire à l'exigence d'objectivité.

Même si le respect de ces mêmes garanties est fondamental pour qu'une raison d'agir soit considérée comme objective, il reste que leur respect n'assure pas la preuve de son objectivité. Pourtant la Cour de Justice confère une portée très grande à ces apparences au nom du respect de la liberté d'entreprise. Ainsi, c'est parce que l'employeur aura pris le temps d'élaborer une politique de neutralité en amont, qu'il en aura informé les salariés au préalable, que pareille politique s'adressera de manière indifférenciée à tout le monde et qu'elle visera tous les types de convictions, qu'il sera en mesure de se prémunir de toute contestation de l'objectivité d'une mesure de gestion prise en application de la règle ainsi instaurée. Ainsi, la mesure d'interdire le port du voile islamique devant les clients est fondée objectivement parce que l'employeur aura suivi une procédure afin d'instaurer une politique de neutralité. Or, cela est en soi critiquable puisque pareille procédure demeure attachée à son pouvoir unilatéral. En effet, ce n'est pas parce qu'une procédure a été respectée qu'il suffit de considérer que la mesure de gestion est fondée sur une raison extérieure à la volonté de l'employeur ou bien sur des éléments indépendants de son pouvoir.

Toutefois, dès lors que la liberté d'entreprise est considérée comme un objectif légitime permettant de restreindre la liberté d'opinion d'un salarié qui serait en contact avec les clients de l'employeur, il s'en suit nécessairement une instrumentalisation voire une dénaturation de l'exigence d'objectivité lorsqu'elle est mobilisée par l'employeur. Utilisée pour défendre les

intérêts économiques de l'entreprise, ladite exigence s'avère dangereuse pour les salariés parce qu'elle autorise des discriminations. Pire, elle peut institutionnaliser des préjugés par le truchement d'une règle interne. Comme l'observe un auteur, « force est de constater (...) une forte prise en compte, [par les arrêts du 14 mars 2017], des intérêts économiques de l'entreprise qui aboutit, en fin de compte, à un recul significatif de la protection des travailleurs contre les discriminations. »¹⁹⁷

83. De cette première manière de définir l'exigence d'objectivité par ce qu'elle n'est pas, il en ressort qu'en principe pareille exigence est attachée au raisonnement de l'employeur. En effet, ce sont les conséquences qu'il tire de l'observation d'une situation sur le fonctionnement ou l'organisation de l'entreprise qui doivent être objectives. L'affirmation mérite cependant, d'être nuancée compte tenu de l'usage de l'exigence d'objectivité pour justifier les discriminations. Autant la justification des discriminations directes est très exceptionnelle ce qui ne dénature pas le sens de l'exigence, autant celle des discriminations indirectes portant en particulier sur la religion ou les convictions est plus aisée. La prise en compte de la protection de la liberté d'entreprise comme objectif légitime de restriction générale de la liberté de religion ou d'opinion dénature l'exigence d'objectivité puisque dans ce cas, elle ne se détache pas du pouvoir de l'employeur et ce, quand bien même l'employeur justifie du respect d'une procédure. Or, si la mesure de gestion doit être objective ou extérieure à l'employeur, il convient pour ce dernier de se référer à des éléments indépendants de son pouvoir et non à sa seule volonté.

Section 2 : L'énoncé d'éléments indépendants du pouvoir de l'employeur

84. L'indépendance des éléments au soutien des raisons d'agir par rapport au jugement évaluatif de l'employeur est une qualité inhérente à l'objectivité.¹⁹⁸ Plus encore, le caractère indépendant de l'élément par rapport au jugement unilatéral est censé empêcher l'employeur de ne se référer qu'à lui-même. En bref, il ne doit pas simplement se fonder sur sa

l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.

¹⁹⁷ J. Mouly, « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », D. 2017, p. 947.

¹⁹⁸ Sur cette idée, v. P-E. Berthier, La récompense en droit du travail. Contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 63, 2014, n° 571 et s.

« discrétionnalité ». ¹⁹⁹ Est donc objectif, l'élément qui n'enferme pas le jugement évaluatif dans une forme « d'autoréférence ». Dans le langage courant, l'autoréférence se révèle quand un énoncé ne fait référence qu'à lui-même. Rapportée à un sujet, l'idée d'autoréférence renvoie à sa capacité à ne se référer qu'à sa propre appréciation. Autrement dit, l'autoréférence charrie l'image du « serpent qui se mord la queue ». Pareille métaphore pourrait s'appliquer aux prémisses d'un raisonnement constituées uniquement de l'évaluation unilatérale de l'employeur. Dans une telle situation, l'appréciation de l'employeur ne se référerait donc qu'à de pures allégations, reflets de son pouvoir discrétionnaire.

85. Ainsi interprétée, l'exigence d'objectivité fait échos à la prohibition des conditions potestatives en droit des contrats en vertu de l'article 1304-2 du Code civil qui dispose qu'est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Rapporté au droit du travail, le rejet de la condition potestative est censé prémunir le salarié de décisions imprévisibles car variables au gré des envies de l'employeur. Il s'agit d'une autre dimension de l'arbitraire de l'employeur à l'encontre de laquelle se positionne l'exigence d'objectivité. En effet, l'objectivité des raisons d'agir c'est-à-dire, leur extériorité, découle du statut de prémisses « logique » des éléments auxquels l'employeur se réfère. Partant, leur existence doit permettre d'expliquer rationnellement une action et d'attester ainsi de son indépendance par rapport à sa seule volonté. En d'autres termes, c'est la filiation de la mesure de gestion à un référent contraignant et non pas seulement au pouvoir discrétionnaire de l'employeur qui alimente l'extériorité ou l'objectivité des raisons d'agir. Cette inscription des prémisses de l'action dans l'ordre de la nécessité est source de perturbations parce qu'elle implique un effacement des choix patronaux et partant, celui du pouvoir. En effet, l'objectivité des raisons d'agir nécessite de se référer à une cause extérieure à l'employeur, ce qui ne veut pas dire que ce dernier ne dispose pas d'une marge d'appréciation discrétionnaire. **(Paragraphe 1^{er})** Chemin faisant, il s'en suit que l'employeur ne saurait se contenter d'énoncer des formules stéréotypées ou génériques lorsqu'il extériorise les prémisses factuelles de son appréciation. **(Paragraphe 2nd)**

¹⁹⁹ Selon l'expression de Ch. Eisenmann, Cours de droit administratif, textes réunis par S. Rials, LGDJ, 1983, Tome II, p. 660.

Paragraphe 1 : La référence à une cause *extérieure* à l'employeur

86. De prime abord, l'existence d'une cause extérieure à la volonté de l'employeur charrie l'idée que l'employeur n'est qu'un exécutant et non pas un vrai décideur. En ce sens, la mesure de gestion du personnel ne serait que l'effet d'une cause naturelle ou mécanique qui ne pourrait lui être attribuée. Contrairement à la cause en droit civil, la volonté de l'employeur resterait dans l'ombre.²⁰⁰ Pareille compréhension nie toutefois le fait que les mesures de gestion du personnel constituent des actes de pouvoir. Malgré l'existence de contraintes externes, la décision de l'employeur conserve une part irréductible de liberté. C'est pour cela que l'existence d'une causalité s'inscrit dans le régime du contrôle du pouvoir. En conséquence, les raisons d'agir relèvent moins de l'explication que d'une compréhension de l'action patronale en référence à une causalité empreinte de réalisme.²⁰¹ Plus encore, l'existence d'un rapport de causalité en droit du travail sert à justifier la mesure auprès de son destinataire, le salarié, mais surtout devant le juge chargé de contrôler sa légitimité.²⁰² En droit du travail, la causalité prend donc place dans l'exigence de justification.

87. Le rapport de causalité dans le cadre de l'exigence de justification implique à l'instar de l'obligation de motiver la lettre de licenciement, d'extérioriser ou d'énoncer les raisons d'agir. Surtout, un tel rapport est l'objet d'un débat encadré par la technique du standard, c'est-à-dire par une norme à texture ouverte laissant place au pouvoir créateur du juge et qui peut de ce fait, accueillir une pluralité de significations.²⁰³ Toutefois, le recours au standard n'est pas un blanc-

²⁰⁰ Sur les enseignements d'un rapprochement entre la cause réelle et sérieuse et la causalité en droit des obligations v. T. Sachs, La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 58, 2013, p. 110 s. et p. 122 s.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² En effet, devant le salarié l'employeur est surtout tenu à une obligation de motivation du licenciement c'est-à-dire, d'extériorisation des motifs sans être tenu de justifier des faits l'ayant causé, tandis que devant le juge il est obligé d'apporter les éléments de fait à l'appui des motifs allégués dans la lettre afin que celui-ci puisse contrôler l'objectivité ou la matérialité de la cause du licenciement.

²⁰³ La définition du standard juridique combine trois éléments : matériels (indétermination normative a priori), formels (emploi de termes flous), et fonctionnels (délégation du pouvoir d'appréciation du juge). V. S. Rials, Le juge administratif et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, 1980.

seing offert au juge. S'il ménage un espace à l'interprétation prétorienne, il n'en demeure pas moins que le standard fixe un cadre argumentatif aussi bien pour les parties que pour les tribunaux. Même si le standard ne saurait être précisément défini, les termes qui le composent fixent les prétentions des parties, la délibération lors du procès et le raisonnement du juge dans un réseau lexical. Comme le résume un auteur, « le standard ne fournit pas un modèle de conduite prédéterminé, mais une référence nominale qui définit les contours d'un débat sur la légitimité des actes ». 204

88. En droit du travail, ce sont les standards de justification qui constituent le siège d'un débat sur la cause d'une mesure de gestion du personnel.²⁰⁵ Il en va ainsi du standard de la cause réelle et sérieuse de licenciement. Compte tenu du fait que l'objectivité n'est pas attachée à la cause sérieuse mais uniquement à la cause réelle, c'est par cette dernière qu'un débat relatif à cette exigence peut avoir lieu. **(A)** Une telle discussion peut également avoir lieu lorsqu'il s'agit de vérifier si l'employeur a bien respecté l'exigence d'égalité. A cet égard, celui-ci doit convaincre son auditoire de l'existence de raisons objectives et pertinentes. Des développements ayant été déjà consacrés aux justifications des discriminations, il sera plutôt question ici de la discussion sur les critères de différenciation permettant de légitimer objectivement les différences de traitement en vertu du principe d'égalité de traitement. **(B)**

A. L'existence d'une cause réelle de licenciement

89. Définie entre autres comme une cause « objective », la cause réelle de licenciement invite les parties à inscrire leur argumentation dans un registre réaliste. De cette manière, « la cause s'émancipe de son sens juridique, indexé sur la volonté, pour prendre sa signification commune, qui fait référence à un rapport de causalité. »²⁰⁶

²⁰⁴ F. Guiomard, La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur. Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2000, p. 347.

²⁰⁵ Sur la pluralité de ces standards de justification, *ibid.*, pp. 250 s.

²⁰⁶ T. Sachs, La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 58, 2013, p. 133.

90. La distinction entre le licenciement pour motif personnel et le licenciement pour motif économique permet de dégager deux types de prémisses « logiques », c'est-à-dire, deux formes de contraintes extérieures. D'une part, il y a les causes dues à la conduite du salarié, à savoir les griefs qui lui sont imputables (1) et d'autre part, les causes liées à l'environnement économique de l'entreprise. (2)

1. Des griefs imputables au salarié

91. Les références aux griefs imputables au salarié constituent des réceptacles à une causalité ordinaire c'est-à-dire, à des faits en rupture avec une situation ou un comportement dit « normal » ou habituel d'un salarié moyen. En effet, dans son étude sur la notion de causalité en droit de la responsabilité civile, un auteur défend l'idée selon laquelle la cause est ce qui « fait la différence ». Plus exactement, « est une cause tout événement marquant une différence par rapport au déroulement normal des choses et produisant un résultat distinct, même lorsqu'il ne s'agit plus d'un fait humain. »²⁰⁷ Les griefs imputables au salarié marquent justement une rupture par rapport au cours normal des choses en entreprise, une rupture qui au nom de l'exigence d'objectivité, doit demeurer indépendante du pouvoir de l'employeur. En d'autres termes, l'employeur satisfait à son exigence d'objectivité et d'imputabilité s'il justifie d'un fait générateur d'une perturbation du fonctionnement ou de l'organisation de l'entreprise lié à une conduite du salarié.

Le contrôle judiciaire opéré sur l'existence d'une cause objective et imputable au salarié donne lieu à deux types de discussions. La première est relative à la matérialité de la cause de licenciement alléguée. Ce débat concerne à la fois la preuve de l'existence matérielle du grief et son impact concret sur l'entreprise. En effet, la perturbation en question ne doit pas dépasser le cadre de l'entreprise, c'est-à-dire la sphère de subordination du salarié. Autrement dit, la conduite du salarié « matériellement vérifiable » doit porter une atteinte réelle, donc elle aussi « matériellement vérifiable », au fonctionnement de l'entreprise. Le second débat est relatif à l'imputabilité. Il s'agit de discuter de l'inhérence du fait à la conduite du salarié. Arrimée à l'existence d'une cause imputable à la personne du salarié en matière de licenciement personnel,

²⁰⁷ F. G'Sell-Macrez, Recherche sur la notion de causalité, Thèse dactyl. Univ. Paris I, 2005. p.265, note n°912.

l'exigence d'objectivité implique ainsi de justifier que la perturbation découle uniquement de la conduite du salarié.

La justification de faits imputables au salarié et générateurs d'une perturbation du fonctionnement de l'entreprise passe par l'énonciation de standards de justification comme la faute, l'insuffisance professionnelle ou le trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise. Néanmoins, les problèmes de frontières entre ces standards peuvent parfois rendre délicate l'appréciation de l'objectivité de la cause du licenciement pour motif personnel. Pareille remarque concerne en particulier, le standard de la faute dont les frontières avec les autres types de causes ne sont pas claires. Or, il est d'usage de distinguer la faute, (a) des motifs non disciplinaires de licenciement. (b)

a) La faute

92. Alors qu'antérieurement à l'exigence d'objectivité il suffisait à l'employeur *d'être* convaincu de l'existence d'une faute pour que le licenciement ou la sanction soit admise,²⁰⁸ il convient depuis la consécration de ladite exigence et ce, à travers le standard de la cause réelle, de prouver son existence matérielle et partant, de prouver en quoi ladite faute a généré une perturbation dans la vie de l'entreprise. En outre, pareil effort en matière disciplinaire se justifie également à la lecture de l'article L1333-1 du Code du travail en vertu duquel il convient de vérifier « si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction ».

93. Un problème pour apprécier objectivement la faute peut surgir néanmoins, compte tenu de l'absence de définition légale de la faute et de la connotation subjective que peut revêtir celle-ci dès lors qu'elle fait référence à la volonté de son auteur.

Différentes propositions doctrinales existent pour définir la faute. Toutes ne mettent pas en avant sa dimension subjective. Par exemple, certains la définissent comme « une violation des obligations professionnelles du salarié, qu'il s'agisse d'un manquement contractuel ou d'un

²⁰⁸ Cass. Soc. 31 mai 1949, S. 1949, 1, p. 118.

manquement aux règles issues du règlement intérieur ». ²⁰⁹ Une autre définition de la faute disciplinaire est également proposée. Celle-ci fait reposer la faute sur « un manquement à une norme disciplinaire ou [sur] le caractère délibéré du manquement à toute règle ou décision de l'employeur, autrement qualifié d'insubordination. » ²¹⁰ Il résulte de cette dernière définition que deux catégories de manquements peuvent constituer une faute disciplinaire, à savoir les manquements aux règles de conduites relatives à « la périphérie du travail » ou les manquements délibérés aux directives portant sur « l'exécution du travail ». ²¹¹

Alors que la première catégorie de manquement peut être appréciée de manière objective, la seconde, qui est liée à un refus délibéré de se conformer aux directives de l'employeur sur l'exécution du travail, se prête difficilement à une appréciation objective hormis le cas d'insubordination explicite ou de l'abandon de poste. En effet, comment concilier l'exigence d'objectivité avec une appréciation de l'état d'esprit de l'auteur de la faute ? Outre qu'il est paradoxal d'apprécier objectivement un élément psychologique, apparaît la difficulté voire l'impossibilité de trouver un critère objectif entre la faute et l'insuffisance professionnelle. ²¹² Comme son étiquette nominale l'indique, l'insuffisance professionnelle dessine un cadre argumentatif autour de la défaillance professionnelle du salarié c'est-à-dire, de son inaptitude ou de ses erreurs. Alors que la faute suppose une absence de bonne volonté du salarié dans l'exécution du travail, l'insuffisance professionnelle est seulement liée à l'incompétence du salarié travaillant de bonne volonté. Sachant que l'objectivité renvoie à des éléments extérieurs c'est-à-dire, matériellement observables, sont donc exclus les éléments relevant uniquement du for interne. Or, la référence à la bonne ou mauvaise volonté du salarié pour déterminer si le manquement relatif à l'exécution de son travail peut être qualifié de faute ou d'insuffisance professionnelle, se rattache par excellence au for interne. Ainsi, il peut être affirmé que l'insuffisance professionnelle ne doit pas être confondue avec la faute à moins de prouver que

²⁰⁹ E. Peskine et C. Wolmark, Droit du travail, Dalloz, coll. « Hypercours », 12^e éd. 2019, n°237, p.176.

²¹⁰ M. Roussel, op. cit., § 247.

²¹¹ Ibid.

²¹² Difficulté soulevée par plusieurs écrits doctrinaux. Cf. A. Chirez, « Insuffisances, erreurs et fautes du salarié », Dr. ouvr. 2006, p. 513 ; P. Lokiec, « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », Dr. Soc. 2014, p.38 ; D. Baugard, « La faute disciplinaire », CSBP, 01/12/2014, n°269, p.715 ; G. Auzero et E. Dockès, Droit du travail, Dalloz, coll. « Précis », 2014, 28^{ème} éd., n° 733 ; M. Roussel, op. cit., §247 et s.

ladite insuffisance est délibérée. Dans ce cas de figure, elle devient fautive.²¹³ Il en ressort ainsi, une distinction incertaine entre ces deux standards de justification en même temps qu'une appréciation difficilement objective de la faute. Comment trouver des éléments indépendants de l'appréciation unilatérale de l'employeur permettant de révéler la bonne ou mauvaise volonté du salarié ?

94. A la lecture de certains arrêts, semblent pourtant se dégager quelques indices susceptibles de persuader de la bonne ou mauvaise volonté du salarié dans l'exécution de son travail. Ce n'est qu'à cette condition que la faute du salarié dans l'exécution de son travail est susceptible d'appréciation « objective ». A l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation, ont été relevés des indices liés à l'expérience et au degré de responsabilité du salarié, indices matériellement vérifiables et indépendants du pouvoir de l'employeur.²¹⁴ L'idée est que l'absence de mauvaise volonté peut être induite de l'inexpérience du salarié. Ainsi dans l'arrêt du 7 janvier 1998, la Cour de cassation juge que les faits reprochés à la salariée consistaient en diverses erreurs caractéristiques d'une insuffisance professionnelle « née de son manque d'expérience et n'impliquant aucune mauvaise volonté de sa part. » Par conséquent, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces faits ne pouvaient être constitutifs d'une faute grave. A l'inverse, les erreurs d'un salarié ayant neuf ans d'expérience et ayant déjà fait l'objet d'avertissements pour les mêmes faits peuvent être qualifiées de faute grave justifiant un licenciement disciplinaire.²¹⁵ L'absence de responsabilités élevées du salarié assortie d'avertissements antérieurs sur les mêmes faits constituent d'autres indices admis par la Cour de cassation pour départager la faute de l'insuffisance professionnelle. Est ainsi justifié le licenciement disciplinaire d'un cadre supérieur chargé de diriger un établissement de santé qui n'avait pas respecté les procédures prévues pour encadrer les charges financières inhérentes à une telle activité et en assurer l'équilibre et avait persisté, malgré un avertissement, dans des pratiques inadaptées de gestion entraînant des surcoûts manifestes au niveau de la masse salariale.²¹⁶

²¹³ D. Baugard, art. cit., p.715.

²¹⁴ Cass. Soc. 7 janv. 1998, n° 95-42.586, inédit.

²¹⁵ Cass. Soc. 30 avr. 2014, n°13-11.047, inédit.

²¹⁶ Cass. Soc. 12 avr. 2012, n° 11-13.070, inédit.

Sont en revanche plus critiquables pour objectiver le refus délibéré du salarié, des éléments tels que le caractère ponctuel ou non des erreurs observées²¹⁷ ou le caractère plus ou moins grave de l'erreur commise.²¹⁸ En effet s'agissant des premiers éléments, il serait possible d'induire la faute du caractère ponctuel de l'erreur et l'insuffisance professionnelle, du caractère répété de celle-ci. Or, un fait ponctuel peut également caractériser une simple erreur non fautive, correspondant à la « marge d'erreur humaine » admissible pour un salarié normalement diligent²¹⁹ alors que l'existence répétée de manquements associés à l'existence de remarques constantes de l'employeur peut davantage révéler le caractère disciplinaire d'une mesure.²²⁰ Quant au second type d'éléments susceptibles d'être pris en compte, à savoir la gravité de l'erreur commise, c'est à une confusion entre cause réelle et cause sérieuse que l'on assiste la seconde se substituant à la première. En somme, le critère de démarcation entre l'insuffisance professionnelle et la faute et partant, l'appréciation objective de cette dernière rencontre des écueils dus à sa connotation trop morale ou « infractionnelle ».

b) Les motifs non disciplinaires de licenciement

95. Parmi ces motifs il y a d'une part, l'insuffisance professionnelle, motif qui fait état d'une absence d'adéquation entre les capacités professionnelles du salarié et les besoins de l'entreprise (i) et d'autre part, le trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise. (ii)

i) *L'insuffisance professionnelle*

96. Le contrôle judiciaire de l'évaluation professionnelle du salarié lorsque l'employeur justifie le licenciement par une insuffisance professionnelle marque également l'abandon de la théorie de l'employeur seul juge longtemps admise par la jurisprudence.²²¹ Comme pour la faute,

²¹⁷ P. Lokiec, Droit du travail – tome 1 : les relations individuelles de travail, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011, n° 252.

²¹⁸ Cass. Soc. 9 oct. 2013, n° 11-28.538 ; Cass. Soc. 21 mai 2014, n° 13-14.635 ; Cass. Soc. 15 déc. 2016, n° 15-21.755, inédit.

²¹⁹ A. Chirez, art. cit., p. 515.

²²⁰ M. Roussel, op.cit. § 250 ; En ce sens, Cass. Soc. 1^{er} déc. 2010, n° 09-65.152, inédit.

²²¹ Cass. Soc. 31 mai 1956, n° 56-04.323, JCP G 1956, II, 9397, note P. Esmein, D. 1958, p. 21, note G. Levasseur : « L'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser

antérieurement à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, il suffisait à l'employeur de faire état de son appréciation unilatérale sur les qualités professionnelles du salarié pour que le licenciement soit valable. Pourtant, malgré l'instauration de l'exigence d'une cause réelle et sérieuse par la loi de 1973, le contrôle de l'objectivité de l'insuffisance professionnelle a mis du temps à être pratiqué. Une référence implicite à un tel contrôle apparaît une décennie plus tard dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1981. En l'espèce, la Haute juridiction censure un arrêt dans lequel une cour d'appel s'était fondée « sur la seule affirmation par l'employeur de l'insuffisance des qualités professionnelles de la salariée sans relever aucun élément de fait justifiant cette appréciation défavorable » et ce, alors que la salariée n'était pas en période d'essai.²²²

L'insuffisance professionnelle est un standard de justification qui ouvre un débat sur l'objectivité des conclusions formulées par l'employeur sur les qualités professionnelles du salarié. En effet, ce motif a pu être défini comme « l'incapacité durable et objective- non fautive- d'un salarié à accomplir normalement et correctement la prestation de travail pour laquelle il a été embauché ».²²³ Par exemple, l'échec d'un salarié à un contrôle de connaissance organisé par l'employeur a été considéré comme un élément objectif justifiant le licenciement pour insuffisance professionnelle.²²⁴ Plus généralement, il s'agit pour l'employeur de justifier d'un « écart entre les capacités du salarié et celles nécessaires à l'emploi occupé (aptitudes), délimitées par la qualification contractuelle et les classifications conventionnelles ».²²⁵ A cet égard, l'employeur peut être conduit à justifier objectivement son appréciation des qualités professionnelles du salarié par des méthodes et techniques d'évaluation pertinentes relevant d'un savoir reconnu.²²⁶ Il en ressort que l'énonciation d'éléments indépendants du pouvoir de l'employeur au soutien de l'insuffisance professionnelle implique que l'employeur extériorise les

son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi »

²²² Cass. Soc. 10 nov. 1981, n° 80-40.457 ; Dr. ouvr. 1982, p. 198. V. aussi, Cass. Soc. 1er juill. 1981, Dr. ouvr. 1982 p. 180 « que le grief général d'insuffisance professionnelle était formulé de façon dubitative sans que soient allégués de faits précis susceptibles de vérification ».

²²³ J.-Y., Frouin, « Inaptitude et perte d'emploi », Dr. ouvr., 2006, p. 105.

²²⁴ Cass. Soc. 27 mai 1998, n° 96-40.871, inédit.

²²⁵ P.-E. Berthier, op. cit., n° 345.

²²⁶ V. infra, P2.

procédés d'évaluation du salarié qui lui ont permis de former son appréciation.²²⁷

Impliquant un contrôle d'imputabilité, l'exigence d'objectivité oblige l'employeur à vérifier concrètement le lien entre l'insuffisance professionnelle observée et le comportement du salarié. En d'autres termes, ladite insuffisance ne doit pas s'expliquer autrement que par la conduite du salarié. Comme l'énonce un auteur « les éléments reprochés au salarié doivent ainsi être contextualisés afin d'apprécier s'ils sont attribuables au salarié et non à l'employeur. »²²⁸ Par exemple, n'est pas imputable au salarié même si elle est matériellement vérifiable, l'insuffisance qui procède d'un manquement de l'employeur à son obligation d'adaptation.²²⁹ Il s'agit donc pour l'employeur, à travers l'exigence d'imputabilité, de sélectionner certains faits à l'appui de l'insuffisance professionnelle, des faits indépendants de son pouvoir mais qui sont par symétrie « dépendants » uniquement du salarié. Entendue ainsi, l'imputabilité confère plus de sens à l'exigence d'objectivité.

ii) Le trouble objectif au bon *fonctionnement de l'entreprise*

97. Le trouble renvoie à « une situation objective dommageable pour l'entreprise »²³⁰ et imputable à la conduite du salarié. Au vu de la généralité de cette définition pareil motif ne semble donc pas se distinguer des autres causes de licenciement pour motif personnel. Pourtant la situation objective dont il est question ici ne doit pas être liée à une faute,²³¹ ni à une insuffisance professionnelle, même si à l'instar de cette dernière le trouble objectif est un motif non disciplinaire de licenciement. La spécificité de ce motif réside plutôt dans le « conflit

²²⁷ Il convient toutefois de préciser que l'employeur n'est obligé à pareille extériorisation qu'au stade de la justification devant le juge c'est-à-dire, en cas de litige.

²²⁸ M. Roussel, op. cit., §140.

²²⁹ Art. L6321-1, C. du trav. ; Cass. Soc. 21 oct. 1998, n° 96-44.109, inédit. En l'espèce, le licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse dès lors que « les erreurs de la salariée avaient été commises sur une courte période après la mise en place d'un nouveau logiciel et que l'employeur n'avait pas satisfait à son obligation d'adapter la salariée à l'évolution de son emploi » ; Cass. Soc. 21 oct. 1998, RJS, 12/98, n° 1454 ; Cass. Soc. 12 mars 1992, n° 90-46.029, inédit ; Cass. Soc. 29 mai 2002, D. 2002. p. 2284, note Ph. Waquet. Une recommandation de l'OIT précise en ce sens qu'un tel licenciement ne pouvait être justifié « à moins que l'employeur ne lui ait donné les instructions (...) ». Recommandation n° 166 sur le licenciement, 1982, R. 166, art. 8.

²³⁰ Ph. Waquet, « Le trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise : une notion à redéfinir », RDT 2006, p.°304.

d'intérêts »²³² qu'il charrie entre les droits et libertés personnelles du salarié d'une part, et le fonctionnement de l'entreprise d'autre part. En effet, le trouble objectif permet de prendre acte de certains comportements du salarié qui dans l'exercice de ses droits et libertés individuelles, porte en même temps une atteinte au fonctionnement ou à l'organisation de l'entreprise. Ainsi un tel motif permet d'assurer la défense des intérêts de l'entreprise lorsque l'exercice de certains droits et libertés personnelles du salarié est incompatible avec ces mêmes intérêts. Comme remarqué par un magistrat « si la liberté du salarié doit être protégée, les intérêts légitimes de l'entreprise, et en particulier sa survie, doivent être sauvegardés. »²³³ Alors même que le salarié voudrait simplement manifester l'exercice d'un droit ou d'une liberté individuelle, sa conduite peut en même temps porter atteinte au fonctionnement ou à l'organisation de l'entreprise. A cet égard, il convient de rappeler l'affaire du sacristain de Saint-Nicolas-du-Chardonnet.²³⁴ A l'occasion de ce litige la Chambre sociale a énoncé qu'« il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ». Même si l'arrêt de la cour d'appel est censuré en l'espèce parce que les juges du fond n'ont pas démontré en quoi l'homosexualité de ce salarié avait causé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, il n'en demeure pas moins que la solution de cet arrêt suggère qu'un fait tiré de la vie personnelle peut justifier objectivement un licenciement. Donc l'exercice par le salarié de l'un de ses droits peut être une cause de rupture extérieure à la volonté de l'employeur à condition de provoquer des perturbations concrètes dans le fonctionnement ou l'organisation de l'entreprise. Chemin faisant, l'admission du motif tiré d'un trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise est une nouvelle manifestation de l'ambivalence de l'exigence d'objectivité en matière de licenciement.

²³¹ Sur le brouillage qui peut être néanmoins opéré par les juges entre trouble objectif et faute cf. supra n° 70.

²³² Ph. Waquet, art. cit., p. 304.

²³³ Ibid.

²³⁴ Cass. Soc. 17 avr. 1991, n° 90-42.636, Bull. civ., V n° 201; J. Savatier, « Le licenciement à raison des mœurs d'un salarié d'une association à caractère religieux », Dr. Soc. 1991, p. 485 ; J. Hauser, « Nullité du licenciement d'un sacristain pour cause d'homosexualité », RTD civ. 1991, p. 706.

2. Une cause liée à l'environnement économique de l'entreprise

98. Même si elle est une déclinaison de la causalité ordinaire, la causalité économique en droit du travail se démarque par sa spécificité. Tandis que la causalité ordinaire constitue une rupture du cours normal des choses, la causalité économique est perçue par le droit du travail comme relevant du cours normal des choses économiques.²³⁵ C'est ce qui ressort de la chaîne de causalité présentée par l'article L1233-3 du Code du travail. La cause économique est retenue lorsque le licenciement résulte d'un enchaînement causal inévitable. Comme le résume un auteur, « cette caractéristique de la cause économique rompt avec la théorie de la causalité ordinaire selon laquelle seul un événement qui fait la différence, un événement qui introduit une modification dans le cours normal des choses constitue une cause. En l'occurrence, des circonstances économiques reçoivent cette qualification dans la mesure où le licenciement qui en découle est la résultante d'un enchaînement causal normal. Dans ce cas, l'absence de toute action anormale de l'employeur est un élément caractéristique de la causalité économique ». ²³⁶ Il y a donc une inversion du raisonnement en matière de licenciement pour motif économique par rapport à celui qui est à l'œuvre dans le licenciement pour motif personnel.

99. D'autres facteurs permettent également de spécifier la causalité économique par rapport à la causalité liée à un comportement du salarié. Contrairement à cette dernière, la première est ancrée dans l'entreprise. Plus encore, la causalité économique en droit du travail implique de se référer aux catégories issues de savoirs annexes au droit. Il en va ainsi en particulier des indicateurs comptables. Du reste, une telle référence est devenue obligatoire comme en témoigne la définition comptable des difficultés économiques consacrée par la loi n°2018-1088 du 8 août 2016 ayant modifié l'article L1233-3 du Code du travail. Il en ressort alors que la cause économique se démarque par sa triple extériorité par rapport au droit, au salarié et à l'employeur.²³⁷ Or celle-ci est de nature à persuader du caractère indépendant des éléments comptables au soutien de la cause économique de licenciement alléguée.

²³⁵ T. Sachs, op.cit., p. 84.

²³⁶ Ibid.

B. L'existence de critères de différenciation

100. L'existence de critères de différenciation révèle une autre application de l'exigence d'objectivité rapportée cette fois-ci au respect de l'exigence d'égalité de traitement. Sous-entendu dès l'arrêt Société Flonic Schlumberger du 10 décembre 1987²³⁸, révélé en matière de rémunération dans l'arrêt Ponsolle²³⁹ puis généralisé,²⁴⁰ le principe d'égalité de traitement est une règle hétéronome ayant pour horizon un idéal de justice distributive.²⁴¹ S'assurer de son respect est nécessaire lorsque l'employeur édicte une règle d'octroi d'un avantage ou d'une récompense²⁴² mais aussi lorsqu'il élabore un plan de sauvegarde de l'emploi. Par une « induction amplifiante »²⁴³ des articles L1233-5 et L1233-7 du Code du travail, il en est également ainsi lorsque l'employeur fixe l'ordre d'un licenciement pour motif économique.

101. Vérifier que le principe d'égalité de traitement n'a pas été méconnu nécessite de s'assurer que la mesure n'a pas été prise de manière arbitraire. Cela signifie que l'employeur ne peut opposer sa « discrétionnalité ». Le contrôle du respect de l'exigence d'égalité de traitement appelle donc naturellement un contrôle sur l'objectivité de la mesure de différenciation. Tout comme l'objectivité, l'exigence d'égalité ne remet pas en cause le caractère discrétionnaire du pouvoir qui est par nature porteur de distinctions ou de différences. En revanche, au travers de l'objectivité, l'exigence d'égalité encadre la faculté de différenciation puisque la distinction doit

²³⁷ T. Sachs, op. cit., p. 67.

²³⁸ Cass. Soc. 10 déc. 1987, n° 84-44.977, Bull. civ., V n° 720 ; P. Rongère, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », Dr. Soc. 1990, p.106 ; D. 1988, somm. p. 316, obs. Ph. Langlois.

²³⁹ Cass. Soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680 ; Bull. civ., V n° 359 ; A. Lyon-Caen, « De l'égalité de traitement en matière salariale », Dr. Soc. 1996, p. 1013, note ; D. 1998, p. 259, obs. M.-T., Lanquetin ; JCP E 1997, n° 3, 904, note A. Sauret.

²⁴⁰ Cass. Soc. 19 juin 2007, n° 06-44.047, Bull. civ., V n° 104 ; D. 2007, Pan. p.3035, obs. A. Jeammaud ; SSL 2007, n°1314, rapp. P. Bailly ; Dr. Ouvr. 2007, p.556, obs. I. Meyrat ; Cass. Soc 1er juillet 2009, n° 07-42.675, Bull. civ., V n° 168 ; Dr. Soc. 2009, p.1002, obs. Ch. Radé.

²⁴¹ P.-E. Berthier, op. cit., n° 523.

²⁴² Cass. Soc. 27 juin 2000, n° 99-41.926, Bull. civ., V n° 246 ; D. 2001, Somm. Comm., p.821, obs. S. Rozelier ; Cass. Soc. 18 janvier 2000, n° 98-44.745, Bull. civ., V n° 45 ; Dr. Soc. 2000, p.436, obs. C. Radé ; Cass. Soc. 10 juillet 2001, n° 99-40.987, Bull. civ., V n° 255, Dr. Soc. 2001, p.1012, obs. C. Radé.

²⁴³ J.-M. Béraud, « Les exigences de non-discrimination et d'égalité de traitement face à la singularisation » in Le singulier en droit du travail, ss. la dir. J.-M. Béraud et A. Jeammaud, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 80 ; V. aussi, L. Silance, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante » in Le problème des lacunes en droit, LGDJ, 1959, p.489.

reposer sur des critères communs. Ainsi, un auteur souligne qu'une « règle d'égalité de traitement requiert que les mêmes critères soient pratiqués à l'égard de tous, ne serait-ce que pour fonder des décisions ou solutions différentes pour les uns et pour les autres. (...) De sorte que ces distinctions ou différences sont, par hypothèse, compatibles avec la norme d'égalité de traitement. »²⁴⁴ En d'autres termes, la liberté de traiter distinctement deux salariés repose sur des raisons communes de différenciation.²⁴⁵ Il en ressort que l'égalité de traitement n'est pas une égalité des effets mais une égalité des causes. Autrement dit, l'objectivité des critères au soutien d'une distinction se traduit par une « égalité de raisonnement » ou « égalité décisionnelle ».²⁴⁶ En effet, il ne suffit pas que lesdits critères soient préétablis ou extériorisés par l'employeur pour conclure à l'objectivité de la mesure de différenciation. Le suivi d'une procédure préalable n'exonère pas l'employeur de démontrer en cas de litige qu'il existe un critère d'appréciation commun à tous les salariés d'une classe d'équivalence.

102. Impliquant ce qui est applicable de manière invariable aux salariés, le caractère commun des critères charrie d'autres qualités telles que la stabilité et la prévisibilité. Or pour s'assurer de la présence de pareilles qualités, l'employeur a intérêt à énoncer précisément lesdits critères. Dès lors, cela signifie que l'exigence d'objectivité n'est pas compatible avec l'énoncé de formules stéréotypées.

Paragraphe 2 : *L'incompatibilité avec l'énoncé de formules génériques*

103. Une énonciation objective des raisons d'agir ne saurait s'accommoder de formules génériques et en tant que telle imprécises. En matière de licenciement, l'exigence de précision s'applique en principe, dès le stade de la motivation de ce dernier dans la lettre de rupture.²⁴⁷ Pareille exigence constitue ainsi une qualité de l'information lorsque l'employeur extériorise ses raisons d'agir.

²⁴⁴ A. Jeammaud, « Du principe d'égalité de traitement », Dr. Soc. 2004, p. 694.

²⁴⁵ P.-E. Berthier, op. cit., n° 186 ; J.-M. Béraud, art. cit., p. 86 ; E. Dockès, Valeurs de la démocratie. Essai sur huit notions fondamentales, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, p. 32.

²⁴⁶ P.-E. Berthier, op. cit., n° 187.

²⁴⁷ Cass. Soc. 29 nov. 1990, n° 88-44.308, Bull. civ. V, n°598 : « l'employeur n'avait énoncé dans la lettre de notification du licenciement, prononcé à titre disciplinaire, aucun motif précis, ce qui équivalait à une absence de motif, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

104. Il convient toutefois de mettre au jour les liens entre l'exigence de précision d'une part et objectivité des raisons d'agir d'autre part. Même si ces deux qualités ne sauraient être confondues,²⁴⁸ il n'en demeure pas moins difficile de soutenir qu'un élément invoqué à l'appui d'une raison est objectif c'est-à-dire, indépendant du pouvoir de l'employeur, s'il ne renvoie qu'à des formules génériques ou imprécises. Le risque est alors important que le pouvoir discrétionnaire de l'employeur s'abrite derrière des formules floues ou stéréotypées telle la perte de confiance. Autrement dit : pas de précision, pas de raison légitime. Plus encore, compte tenu du fait que l'exigence d'objectivité en droit du travail a trait au raisonnement de l'employeur, c'est-à-dire à sa validité, il peut être soutenu que l'énonciation de raisons imprécises équivaut à une absence de conclusions objectivement valables à l'appui de la décision. En effet, une énonciation précise de l'élément à l'appui d'une mesure de gestion du personnel peut contribuer à ne pas exclure au stade de sa simple énonciation ou allégation, l'existence d'une prémisse « logique », extérieure au pouvoir évaluatif de l'employeur.²⁴⁹ C'est ce qui ressort par exemple de la jurisprudence sur l'objectivité des critères de différenciation. Ainsi, l'employeur ne peut pas se contenter d'invoquer « les mérites, compétences, qualités ou aptitudes différentes » pour justifier une disparité salariale.²⁵⁰ Il en est de même de la mention « d'une différence de valeur professionnelle »,²⁵¹ « de satisfaction particulière donnée dans le travail »²⁵² ou au contraire de « la médiocre qualité du travail accompli ». ²⁵³ Ces critères ne sont pas objectifs parce que leur imprécision ne permet pas de s'assurer de leur indépendance par rapport au pouvoir évaluatif de l'employeur. Du moins, pareille conclusion peut être défendue même si les juges semblent parfois distinguer le contrôle de l'objectivité des critères de différenciation de celui de leur précision. C'est ce que pourrait laisser penser un arrêt de la Cour de cassation en date du 27 juin

²⁴⁸ Ce qui est précis n'est pas nécessairement objectif ou matériellement vérifiable. Par exemple, un sentiment peut être précis alors qu'il n'est évidemment pas matériellement vérifiable. La précision est donc une qualité susceptible d'être attribuée à ce qui est objectif comme à ce qui est subjectif.

²⁴⁹ S'agissant de la preuve de l'existence matérielle de l'élément énoncé, celle-ci n'intervient que dans une seconde phase. Cf. infra n° 269 s.

²⁵⁰ Cass. Soc. 10 déc. 1987, n° 84-44.977, Bull. civ. V, n° 720.

²⁵¹ Ibid. ; P. Rongère, « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », Dr. Soc. 1990, p. 106 ; D. 1988, somm. p.316, obs. Ph. Langlois.

²⁵² Cass. Soc. 30 avr. 2003, n° 00-46.439, inédit.

²⁵³ Cass. Soc. 26 nov. 2002, n° 00-41.633, Bull. civ., V., n°354. Pour des raisons tirées d'une « différence de

2000. En l'espèce « si de bons résultats de l'entreprise comme les bons résultats du salarié peuvent constituer des éléments objectifs, externes à l'employeur, leur imprécision prive néanmoins le salarié, durant l'exécution du contrat de travail, de toute possibilité de calcul. Une telle clause laisse à l'employeur le pouvoir de faire varier la rémunération contractuelle en fonction du jugement qu'il porte sur les résultats de l'entreprise ou du salarié. »²⁵⁴ Ainsi, l'extériorité de l'élément énoncé n'emporterait pas a priori sa précision. Néanmoins, en se fondant sur la solution susmentionnée il peut être avancé que la précision est une qualité supplémentaire à rechercher en présence d'un élément en apparence objectif. Pour être précis et s'assurer de son caractère objectif, il en découle que l'élément énoncé doit être étayé par l'énonciation d'une information complémentaire. Il en va de même en matière de fixation de l'ordre d'un licenciement pour motif économique puisque l'employeur ne peut pas se contenter d'un critère lié à « la productivité » de ses salariés et licencier en priorité les salariés considérés comme moins productifs. C'est ce qui ressort d'un arrêt Belkacem qui ajoute également que l'employeur doit « communiquer au juge les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé pour arrêter son choix. »²⁵⁵ La sélection des salariés méritants ne se satisfait plus du seul jugement porté par l'employeur sur la valeur du travail de ces derniers. Donc, la précision des éléments énoncés à l'appui des raisons d'agir doit être abordée comme une qualité donnant du sens à l'exigence d'objectivité, une qualité nécessitant que l'employeur étaye ses énoncés par des éléments d'information supplémentaires voire, comme des éléments transmis à titre de preuve. Sous le prisme de la précision, l'exigence d'objectivité doit alors se comprendre comme une exigence d'information circonstanciée, à savoir comme une information sur les faits ayant conduit l'employeur à un choix.

105. Il en ressort que dans le cadre de son argumentation, l'employeur ne peut se contenter de la simple mention d'un standard de justification. Il en va ainsi devant le juge en cas de litige mais également en amont, lorsque l'employeur motive le licenciement dans la lettre de rupture.²⁵⁶ En

compétences » : Cass. Soc. 10 oct. 2000, n°98-41389, inédit ; Cass. Soc. 30 avr. 2003, n°01-43039, inédit.

²⁵⁴ P.-E. Berthier, op.cit., n° 752 ; Cass. Soc. 27 juin 2000, n° 99-41.926, Bull. civ. V., n° 246 ; D. 2001, somm. p.°821, obs. S. Rozelier.

²⁵⁵ Cass. Soc. 14 janvier 1997, Belkacem, n°s 95-44.366, 95-44.369 et 96-40.713, Bull. civ. V., n°16 ; D. 1998, somm. p.253, obs. A. Lyon-Caen ; Dr. Soc. 1997, p.159, concl. P. Lyon-Caen ; RJS 1997, p.811, obs. J. Savatier.

²⁵⁶ Ph. Waquet, « La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail », RJS 1993, p. 631 ; J.-Y. Frouin, « Le

principe, dès lors que l'employeur n'étaye pas celle-ci par le moindre fait identifiable, la motivation est insuffisante.²⁵⁷ En outre, la motivation serait dépourvue d'intérêt si elle n'était que l'expression de catégories inscrites dans le droit. En effet, l'extériorisation des raisons d'agir dans la lettre de licenciement n'a d'intérêt que si elle autorise un passage entre les faits et le droit. Comme l'énonce un auteur, « l'exécution d'une obligation de motiver implique de la part de la personne qui y est soumise qu'elle tienne un raisonnement qui soit, au moins dans une certaine mesure, lié au cas d'espèce. » Partant, cela suppose que « le décideur s'abstienne de recourir à une formule passe-partout présentant un tel caractère d'universalité qu'elle pourrait être utilisée quel que soit le choix effectué ». ²⁵⁸ Du reste, c'est ce qui justifie l'éviction de la perte de confiance des motifs de licenciement.²⁵⁹ Il en va de même par exemple, de la seule référence aux « problèmes que vous nous occasionnez », ²⁶⁰ à « un manque de motivation », ²⁶¹ à une « *incompatibilité d'humeur* » ²⁶² ou à un « comportement déloyal », ²⁶³ sans autre précision.

point sur la motivation de la lettre de licenciement », RJS 1999, p. 543.

²⁵⁷ Sur le caractère néanmoins déroutant de l'obligation de motivation du licenciement, cf. infra n° 112.

²⁵⁸ B. Dabosville, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 123, 2013, p.287.

²⁵⁹ Cf. supra n° 64 s.

²⁶⁰ Cass. Soc. 23 mai 2000, n° 98-40.633, Bull. civ., V n° 193 ; SSL 4 juill. 2000, n° 61, note M. Hautefort.

²⁶¹ Cass. Soc. 23 mai 2000, n° 98-40.635, Bull. civ., V n° 193 ; ibid.

²⁶² CA Aix-en-Provence, 6 nov. 2015, n°13/22456 ; V. aussi CA Fort de France 28 juin 2012, n°12/165. En l'espèce, les juges décident que sont flous les griefs tirés de « situations extrêmement tendues existant [du] fait [de la salariée] avec [ses] collègues de travail », « l'impossibilité pour quiconque dans l'entreprise d'entretenir des relations normales [du fait de la salariée] » une « absence de tentatives d'être constructive. »

²⁶³ Cass. Soc. 10 mai 2001, n° 99-40.128, Bull. civ., V n° 161 (la mention d'un comportement déloyal sans autre précision n'est pas un motif matériellement vérifiable) ; SSL 28 mai 2001, n° 1030, note F.C.

Conclusion de chapitre

106. Exclure les mobiles de l'objectivité au profit des motifs a permis de rendre compte de cette exigence en identifiant son antonyme : les opinions de l'employeur. Renvoyant au seul jugement personnel et partant, à l'idée de l'employeur seul juge, l'opinion ou la croyance personnelle ne saurait être considérée en tant que telle comme un fondement objectif à une mesure de gestion du personnel parce qu'elle émane du for interne et ne repose pas de ce fait, sur des éléments susceptibles de preuve. Plusieurs évolutions jurisprudentielles ont contribué à chasser les opinions de l'employeur des motifs au soutien des raisons d'agir et par là-même à faire reculer la théorie de l'employeur seul juge. Il en va surtout ainsi de l'éviction de la perte de confiance de la justification d'un licenciement pour motif personnel, éviction confortée par la consécration jurisprudentielle de l'exigence d'imputabilité. En effet, lorsqu'il est inhérent à la personne du salarié, celle-ci est nécessaire pour satisfaire à l'exigence d'objectivité entendue, non seulement comme une exigence d'énoncer des éléments matériellement vérifiables mais également, comme celle de démontrer de manière pertinente les liens entre la conduite du salarié et les conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise.

Positivement, il ressort de l'exclusion des opinions de l'employeur que l'exigence d'objectivité nécessite d'énoncer des éléments indépendants du pouvoir de l'employeur. La référence à un rapport de causalité nourrit à ce titre la croyance en pareille indépendance. Toutefois, le recul de la théorie de l'employeur seul juge mérite d'être relativisé à la lumière de l'extension du pouvoir disciplinaire à la sphère personnelle du salarié. Même si les mesures de gestion du personnel sont soumises également à un autre contrôle telle que la proportionnalité, il n'en demeure pas moins que lorsqu'elle est utilisée pour défendre l'intérêt de l'entreprise, l'exigence d'objectivité s'avère dangereuse pour les droits et libertés des salariés.

Chapitre 2 : La formalisation de données matériellement vérifiables

107.Dérivée du participe passé du verbe « donner » dont l'une des significations historiques est « indiquer, dire »,²⁶⁴ la donnée peut être analysée comme un acte de langage.²⁶⁵ Dans cette perspective, les données se réfèrent à « des objets de pensée transmis par une personne à une autre au cours de l'accomplissement d'un acte de communication ». ²⁶⁶ Objets d'une nouvelle « science », la « science des données », ²⁶⁷ les données peuvent se définir de manière plus précise comme une « description élémentaire de la réalité »²⁶⁸. De quelle réalité ? Dans la langue du droit, l'usage des données semble davantage renvoyer à la connaissance de la réalité juridique. Or, tel n'est pas le cas s'agissant de leur recours pour satisfaire à l'exigence d'objectivité. Les données renvoient alors aux éléments de fait à l'appui des motifs énoncés par l'employeur. L'employeur doit se référer à des données matériellement vérifiables donc, susceptibles de preuve. Plus encore, l'exigence d'objectivité commande de les formaliser.

108.Souvent utilisée²⁶⁹ mais rarement définie, la formalisation découle de « l'existence de règles imposant à une ou plusieurs personnes d'agir d'une certaine manière lorsqu'elles accomplissent une opération particulière, les contraignant à mouler leur action dans un moule déterminé à l'avance. »²⁷⁰ Etudiée dans le cadre de l'énonciation des données matériellement vérifiables au soutien d'une décision, la formalisation revêt une double facette : formelle et substantielle. Analysée dans une perspective formelle, elle exige de les énoncer par écrit. Il en va

²⁶⁴ V. « Données » sens étymol. et hist., TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

²⁶⁵ Sur cette notion d'acte de langage, cf. J. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, coll. « Essais », 1991.

²⁶⁶ B. Dabosville, L'information du salarié. Contribution à l'obligation d'informer, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 123, 2013, p. 5.

²⁶⁷ Cf. infra n° 307.

²⁶⁸ S. Abitebol, « Sciences des données : de la logique du premier ordre à la Toile », Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le jeudi 8 mars 2012, disponible sur <http://books.openedition.org/cdf/529>.

²⁶⁹ J. Ghestin, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 1993, n° 377 ; X. Lagarde, « Formalisme » in L. Cadet (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris, PUF, 2004, p. 524 ; I. Dauriac, « Forme, preuve et protection du consentement », in Mélanges M. Gobert, Economica, 2004, p. 410 ; F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, Droit du travail, 2^e éd., LGDJ, 2009, n° 337.

²⁷⁰ B. Dabosville, op. cit., p. 338.

ainsi pour l'obligation de motiver le licenciement puisque l'employeur doit exposer les motifs de la rupture dans une lettre.²⁷¹ Il en va également de même, lorsque l'employeur satisfait à son obligation de transparence sur les règles d'octroi d'un avantage unilatéral.²⁷² Même si la loi ne désigne pas un écrit spécifique pour ce faire, il n'en demeure pas moins qu'à des fins de preuve de l'exécution d'une telle obligation, l'employeur recourt nécessairement à ce support.

109.Analysée dans une perspective plus substantielle, la formalisation des données matériellement vérifiables exige de les énoncer d'une certaine manière. Toutefois, force est d'observer que leur formulation n'obéit pas à des normes posées par le droit. En d'autres termes, il n'y a pas de règles contraignant l'employeur à énoncer les motifs d'une décision d'une certaine manière.²⁷³ Or plus que le recours à l'écrit, la formalisation des données factuelles au soutien d'une décision s'entend comme une présentation ordonnée de ces mêmes données afin de persuader de leur vraisemblance. Cette perspective rhétorique de la formalisation n'est toutefois pas sans lien avec l'usage d'un écrit ni avec sa finalité d'informer les destinataires de la mesure des motifs d'un licenciement ou des critères d'octroi d'un avantage. En effet, le recours à un support écrit dans lequel l'employeur informe ceux-ci des prémisses factuelles d'une décision, l'oblige à réfléchir à l'ordonnancement des données matériellement vérifiables. Plus encore, la formalisation n'est pas sans lien avec l'exigence d'objectivité définie comme une qualité issue *d'un processus d'adhésion à la réalité des raisons d'agir*. En d'autres termes, satisfaire à une telle exigence implique que l'employeur tente de persuader les destinataires de la mesure ou leurs représentants voire, les juges en cas de litige, de l'existence matérielle des motifs énoncés. Tenir compte de l'objectivité implique donc qu'il ne peut énoncer les données matériellement vérifiables au soutien d'une décision n'importe comment. Une telle énonciation doit pouvoir persuader de leur vraisemblance.

²⁷¹ Art. L1232-6 et L1233-16 du C. du trav.

²⁷² Cf. infra n° 230.

²⁷³ On notera néanmoins en la matière une volonté du législateur d'œuvrer en faveur d'une certaine standardisation de l'opération de motivation. Le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 a ainsi établi des modèles types de lettres de notification de licenciement. Simplement, l'employeur n'est en aucun cas contraint d'utiliser ces modèles. En ce sens, l'article L. 1232-6 du Code du travail précise bien qu'un « décret en Conseil d'État fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement ». Sur la standardisation des lettres de licenciement par ce biais, cf. A. Fabre, « La motivation du licenciement », Dr. Soc., 2018, p. 4.

110. Deux modes de formalisation ou de présentation ordonnées des données matériellement vérifiables méritent attention. Il s'agit d'une part de la narration lorsque l'employeur énonce les éléments de fait à l'origine du licenciement (**Section 1**) et d'autre part, de l'identification de catégories pertinentes de salariés bénéficiaires d'un avantage lorsque l'employeur énonce les règles d'octroi d'un avantage décidé unilatéralement. (**Section 2**)

Section 1 : La narration

111. La narration ou le « storytelling » est une technique de communication qui consiste à raconter une histoire. Elle a pour avantage de rendre le discours plus attrayant en permettant de mieux capter l'attention d'un auditoire.²⁷⁴ D'où son usage à des fins de persuasion dans de nombreux domaines et en particulier en droit. En effet, cette technique rhétorique est utilisée dans les prétoires où elle constitue le préalable incontournable de tout raisonnement. Les avocats dans leur plaidoirie et les juges dans leur décision de justice commencent par un bref exposé des faits de la cause avant de rendre compte de leur raisonnement. Mais plus qu'un simple rappel chronologique des faits, la technique de la narration revêt pour les plaideurs en particulier une dimension stratégique plus profonde. Bien exploitée, elle peut contribuer à rendre plus convaincant l'argument défendu.²⁷⁵ Un tel usage de la narration peut être fait par l'employeur en cas de litige au soutien de la justification du licenciement mais également plus en amont, dans le cadre de son obligation d'énoncer les motifs de celui-ci. Dans ce cas, la narration s'intègre à l'argumentation sur les motifs ayant conduit l'employeur à prendre une décision et peut donc

²⁷⁴ Sur la fonction rhétorique de la narration, cf. Aristote, *La Rhétorique*, trad. P. Chirion, Paris, Flammarion, coll. « Garnier Flammarion », 2007, Livre II, chapitres XIV et XVII ; Quintilien, *Institution oratoire*, Tome II, trad. J. Cousin, Paris : les Belles Lettres, 1976, Livre II, chap. XII ; O. Reboul, *Introduction à la rhétorique*, PUF, 2^e éd., 1991, p. 69 ; Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Univ. De Bruxelles, coll. « UBLire : Fondamentaux », 2008 ; cf. égal. *Argumentation et narration*, ss. dir. E. Danblon, E. de Jonge, E. Kissina et L. Nicolas, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « Philosophie et société » 2008 ; V. en particulier, E. Paparouni, « Le récit politique dans le discours de clôture de la présidence luxembourgeoise. 'Ne pas cacher l'aventure' », *ibid.*, p. 62-63. « Le récit » conclut l'auteur, « jette un pont entre la subjectivité et l'objectivité ».

²⁷⁵ J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », *ibid.*, p. 67 ; Sur la force persuasive de la narration dans le procès, v. C. Wolmark, « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », *Dr. ouvr.* 2014, p.284-285. Sur la fonction persuasive de la narration dans la justification de l'employeur cf. F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel : essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*, thèse dactyl. Paris Nanterre, 2000, p. 331 s.

devenir un support d'appréciation de l'objectivité des raisons d'agir. En effet, d'après un auteur, « la vertu de la narration réside (...) dans (...) la vraisemblance de la qualification avancée par le chef d'entreprise » qualité qui résulte « de la cohérence de la narration ainsi que de l'appui pris par la narration sur des faits. »²⁷⁶

112. Pourtant, la narration ne figure dans aucune obligation légale ou jurisprudentielle d'énoncer les motifs du licenciement dans la lettre de rupture. Au contraire, la jurisprudence de la Cour de cassation se montre plutôt souple concernant l'énonciation de certains motifs telle que l'insuffisance professionnelle par exemple. En effet, une énonciation reposant sur la mention de ce seul motif dans la lettre de licenciement a été jugée matériellement vérifiable et suffisamment précise.²⁷⁷ Nulle incitation donc de recourir à la narration pour ce type de motif. Plus encore, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, c'est la portée de l'obligation de motiver le licenciement qui a été affaiblie. En effet, il ressort désormais de l'article L1235-2 al. 1 et 2 du Code du travail que la lettre de licenciement peut être précisée après sa notification soit à l'initiative de l'employeur soit à la demande du salarié dans des conditions fixées par un décret du Conseil d'Etat. Dans cette hypothèse, c'est la lettre de licenciement précisée qui fixe les limites du litige et qui peut conduire l'employeur à la formalisation d'un récit. Or, une telle faculté n'est pas de nature à inciter l'employeur à prendre d'emblée au sérieux son obligation de motiver objectivement le licenciement. En d'autres termes, dès lors que la motivation peut être effectuée postérieurement à la notification du licenciement, l'employeur n'est pas conduit à rechercher l'adhésion du salarié sur la réalité du motif de la rupture. A fortiori il n'est pas poussé à faire cet effort compte tenu de la clémence montrée à son égard en cas de motivation insuffisante. En effet, cette seule circonstance ne suffit plus à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse,²⁷⁸ le salarié n'ayant droit alors qu'à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire.

²⁷⁶ Ibid., p. 332.

²⁷⁷ Cass. Soc. 23 mai 2000, n° 98-42.064, Bull. civ. V n° 194 ; D. 2001, p. 823, note E. Peskine ; JCP E 2000, n° 49, p. 1961, note C. Puigelier ; JSL 4 juill. 2000, n° 61, obs. M. Hautefort ; Cass. Soc. 16 juin 2004, n° 03-41.461, inédit ; Cass. Soc. 3 oct. 2007, n° 06-42.646, inédit. Il en est de même de la mention de la restructuration des activités, cf. Cass. Soc. 17 juill. 2007, n° 06-43.509, inédit.

²⁷⁸ Cass. Soc. 29 nov. 1990, n° 88-44.308, arrêt Rogie, Bull. civ. V, n° 598 ; J. Savatier, « L'obligation d'énoncer les

113.Malgré ce contexte légal, il n'en demeure pas moins que la perspective d'un contentieux peut conduire l'employeur à prendre au sérieux son obligation de motivation dès le début de la procédure de licenciement afin de dissuader le salarié d'intenter une action en justice.²⁷⁹ A tout le moins, si l'employeur souhaite se prémunir d'une irrégularité de procédure tirée d'une insuffisance de la motivation, il a tout intérêt à motiver suffisamment la lettre de licenciement. A cet égard, le recours à une formalisation des motifs du licenciement par une mise en récit de ceux-ci s'avère nécessaire. Du reste, il ressort des modèles-types de lettres de notification du licenciement fixés par le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 et en particulier, de ceux relatifs au licenciement personnel pour motif disciplinaire et non disciplinaire, que l'employeur est incité à une énonciation objective. Au soutien de pareille énonciation, le décret précise que l'employeur doit énoncer les dates, les lieux, le contexte ou les circonstances à l'origine du licenciement. Même si le décret ne formule pas d'exigence explicite et impérative de mettre en récit les motifs du licenciement, il n'empêche que ce type de précisions peut conduire un employeur soucieux de ne pas voir sa décision remise en cause, à ordonner les prémisses factuelles du licenciement dans un récit.

114.Certaines lettres de licenciement reproduites dans des décisions rendues par les juges du fond, attestent du recours à une narration. Plus encore, ces écrits donnent à voir une formalisation des prémisses factuelles du licenciement par l'emploi d'un récit descriptif seul à même de persuader de la vraisemblance des motifs énoncés. Toutefois, différents procédés langagiers sont utilisés en fonction des motifs allégués. Ainsi, alors que l'énonciation des motifs personnels renvoi à une narration descriptive plus littéraire, celle des motifs économiques et de certains motifs personnels comme l'insuffisance de résultats, invite à l'emploi d'un langage chiffré et « graphique ». Même si tous ces procédés langagiers sont complémentaires, il est nécessaire de les étudier de manière distincte pour comprendre leurs vertus et limites rhétoriques respectives. A cet égard, il convient d'abord de rendre compte du réalisme diffusé par le récit descriptif dans sa

motifs du licenciement et sa sanction », Dr. Soc. 1991, p. 91, note.

²⁷⁹ La motivation ne saurait toutefois se réduire à une garantie contentieuse. En effet, la motivation revêt également une dimension externe puisqu'elle donne lieu à un dialogue avec le salarié ainsi qu'à une dimension interne en raison de sa finalité réflexive. En ce sens, cf. B. Dabosville, op. cit., p.66 s. et p.85 s.

dimension purement littéraire, (**Paragraphe 1^{er}**) avant d'étudier l'effet de réalité que peut exercer sa sophistication par certains éléments langagiers. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1^{er} : L'effet de réalité diffusé par le récit descriptif

115.L'exigence d'une énonciation objective c'est-à-dire, d'éléments matériellement vérifiables²⁸⁰ invite l'employeur à s'inspirer d'un genre de récit spécifique, le réalisme. En littérature, ce dernier est présenté comme un texte descriptif qui adopte « une vision circonstancielle de la vie ». ²⁸¹ Ce faisant, le recours au réalisme confère une plus grande vraisemblance au récit. C'est ce qui explique son usage dans une perspective rhétorique aussi bien au stade de la motivation, que de la justification du motif de licenciement en cas de litige. De manière plus précise, l'effet de réalité produit par le récit descriptif formalisé au soutien d'un motif de licenciement repose sur deux facteurs : d'une part, un tel effet est nourri par les exemples qu'il donne à voir dans la lettre de licenciement (**A**) et d'autre part, par l'usage d'indicateurs spatio-temporels aussi bien dans cet écrit que dans certains éléments de preuve produits au soutien de l'argumentation patronale en cas de litige. (**B**)

A. L'exposé d'exemples dans la lettre de licenciement

116.Le réalisme suscité par le récit descriptif s'explique en partie par la *valeur d'exemples* des données matériellement vérifiables illustrant le motif énoncé. En effet, « l'exemple » constitue une pratique de connaissance ancrée dans une réalité concrète qui a valeur démonstrative pour illustrer un cas particulier.²⁸² En matière d'énonciation des motifs personnels de licenciement, l'ordonnement des données matériellement vérifiables comme exemples permet à l'employeur

²⁸⁰ Cass. Soc. 14 mai 1996, n° 94-45.499, Bull. civ., V n° 189 ; Cass. Soc. 10 mai 2001, n° 99-40.128, Bull. civ., V n° 161 (la mention d'un comportement déloyal sans autre précision n'est pas un motif matériellement vérifiable) ; SSL 28 mai 2001, n° 1030, note F.C ; Cass. Soc. 7 mai 2003, n° 00-44.396, Bull. civ., V n° 156 ; Dr. Soc. 2003, p. 882, note C. Roy-Loustaunau.

²⁸¹ T. H Green, « An Estimate », Works, III, p.37 cité par I. Watt, « Réalisme et forme romanesque » in Littérature et réalité, Seuil, « Essais », 1982, p.41.

²⁸² S. Badir, « Sémiotique de l'exemple », MethIS, vol. 4- 2011 : L'exemple en question, p. 19. URL : <http://popups.ulg.ac.be/2030-1456/index.php?id=375>. L'auteur propose une modélisation sémiotique de l'exemple en quatre types : le cas remarquable, l'échantillon, l'illustration et le corpus d'exemple ; V. aussi. G. Jeanmart, « L'efficacité de l'exemple (1) », Dissensus, Dossier : Efficacité : normes et savoirs, n° 4 (avril 2011) URL : <https://popups.uliege.be/443/2031-4981/index.php?id=1100>.

de livrer une connaissance concrète des griefs imputables au salarié. Quant à l'énonciation des motifs économiques, la formalisation d'éléments non inhérents à la personne du salarié comme exemples permet de connaître la situation économique de l'entreprise. Plus encore, l'exemple permet de mettre en rapport deux choses semblables ou comparables.²⁸³ Partant, celui-ci permet dans le raisonnement juridique d'affecter un cas particulier, les éléments de faits relatés, à une catégorie générale de motif de licenciement. Dès lors, l'exemple vient au soutien de la qualification juridique. Ainsi, il n'est guère étonnant d'observer que certaines lettres de licenciement attestent d'une formalisation des données factuelles comme exemples pour illustrer la réalité des motifs. Parfois, certains arrêts de cours d'appel prennent acte d'un tel usage. Il en va ainsi d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 20 mars 2015 dans lequel les juges relèvent qu'« il est fait [au salarié] un certain nombre de griefs illustrés d'exemples ».²⁸⁴ Plus rarement, les juges peuvent faire référence à l'invocation de griefs illustrés dans la lettre de licenciement au soutien de l'objectivité de l'énonciation des motifs de licenciement. En ce sens, mérite d'être signalé un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 mars 2012.²⁸⁵ En effet, la lettre de licenciement reproduite dans le corps de l'arrêt relatait un certain nombre d'éléments de faits au soutien du motif tiré d'une insuffisance professionnelle.²⁸⁶ En l'espèce, une telle narration convainc les juges qui décident que l'énonciation du motif de licenciement est objective après avoir reconnu la valeur illustrative des exemples exposés dans la lettre de licenciement au soutien

²⁸³ V° « Exemple » 3° sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

²⁸⁴ CA Aix-en-Provence, 20 mars 2015, n° 13/01268. V. aussi, CA Paris, 17 mars 2016, n° 15/07905 dans lequel les juges observent que le grief relatif à « la mauvaise gestion des portefeuilles » est « illustré dans la lettre de licenciement par deux exemples ». Même si en l'espèce, la cour d'appel considère que l'énonciation est objective, elle juge que le licenciement ne repose pas sur une cause réelle et sérieuse puisque les deux exemples invoqués ne sont démontrés par aucun élément de preuve. En ce sens, v. égal. CA Pau, 6 juill. 2017, n° 15/01451.

²⁸⁵ CA Paris 8 mars 2012, n°10/05425.

²⁸⁶ Ainsi, l'employeur reprochait au salarié de « n'avoir enregistré que trois demandes [depuis le logiciel de l'entreprise], de n'avoir débuté la prospection terrain, priorité systématique de son travail, qu'à partir du 2 octobre 2008, alors que sa mission a débuté le 20 mai 2008, pour l'immeuble (...). Enfin, il lui reproche un nombre de visites insuffisant notamment avec ses clients cherchant à acquérir des bureaux, dans la mesure où le salarié n'a effectué qu'une seule visite en octobre et six depuis le 1er novembre ». En l'espèce, c'est à partir de ces exemples que l'employeur en déduit un manque de professionnalisme et d'implication dans le travail du salarié. Pour d'autres exemples de l'usage des données factuelles comme illustrations du motif tiré d'une insuffisance professionnelle, v. aussi la lettre de licenciement reproduite dans CA Angers 13 déc. 2011, n°10/022222. V. également les lettres de licenciement reproduites dans CA Bordeaux 24 fév. 2009, n°08/02309 ; lettre de licenciement reproduite dans CA Aix-en-Provence, 20 mars 2015, n° 13/01268 et CA Rennes 3 oct. 2018, n° 16/04175.

de l'insuffisance professionnelle. Ainsi, il est jugé que « l'insuffisance professionnelle (...) est illustrée, dans [la] lettre de licenciement, par l'usage insuffisant, par [le salarié], d'un logiciel Logipro, par la prospection terrain tardive et par l'insuffisance de ses visites ; que ces griefs sont précis, illustrés (...) ». Il en ressort que la valeur d'exemples des données matériellement vérifiables illustrant le motif énoncé dans la lettre de rupture peut s'avérer efficace pour convaincre les juges du fond d'une énonciation objective dudit motif. Toutefois, il est important de souligner que le caractère circonstancié des exemples joue un rôle important dans la conviction des juges. C'est ainsi que dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 février 2007,²⁸⁷ il est jugé que la lettre de licenciement « énonce des motifs précis et matériellement vérifiables dans la mesure où elle détaille les éléments objectifs » invoqués par l'employeur au soutien du motif de licenciement. En l'occurrence, la mention de la « perte de confiance » dans la lettre de licenciement n'empêche pas de juger que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse dès lors que l'employeur « a justifié par des exemples précis et circonstanciés issus de dysfonctionnements avérés et récurrents qu'il a constatés dans le service dont [la salariée] avait la responsabilité nonobstant un avertissement et des mises en garde qui comportaient des consignes précises dont il n'est pas démontré qu'elles ont été appliquées ; »

117.A l'inverse, lorsque l'employeur n'expose pas d'exemples illustrant le motif de licenciement énoncé dans la lettre de notification, il peut être jugé que l'énonciation n'est pas objective, c'est-à-dire matériellement vérifiable. C'est ainsi qu'il a été jugé que la matérialité d'un grief relatif à « l'attitude désagréable d'une coiffeuse à l'égard de la clientèle » fait défaut en l'absence d'exemples. En effet, dans leur motivation les juges relèvent que « la partie intimée n'illustre en ce sens par aucun élément concret l'attitude désagréable de [la salariée] à l'égard de la clientèle ». ²⁸⁸ De même, s'agissant de l'énonciation d'un motif économique de licenciement pour « une baisse d'activité [importante], sans autres précisions », un arrêt de la cour d'appel d'Angers énonce que « le qualificatif 'important' ne [pouvait] être jugé comme constituant une telle précision, en l'absence justement de faits venant illustrer cette importance » Par conséquent, il est

²⁸⁷ CA Paris, 28 fév. 2007, n° 05/05308.

²⁸⁸ CA Besançon, 14 sept. 2010 n°09/00900.

jugé en l'espèce que la lettre de licenciement n'est pas correctement motivée. ²⁸⁹ Toutefois, à la lumière des modèles-types de lettres de licenciement pour motif économique formalisés par le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 aux Annexes IV à VI, il apparaît que l'employeur n'est pas incité à décrire un contexte, à l'inverse de ce qui est recommandé par ce même décret pour l'énonciation des motifs disciplinaires et non disciplinaires de licenciement.²⁹⁰ Au contraire, lesdites annexes invitent à penser, que désormais la mention de l'une des catégories de motifs économiques de licenciement prévues par la loi suffirait pour satisfaire à l'exigence d'une énonciation objective dudit motif.²⁹¹ En l'absence de certitude sur l'interprétation à donner aux précisions apportées par le décret susmentionné, mais aussi dans la perspective de se prémunir contre toute contestation de sa décision, l'employeur a néanmoins intérêt à motiver suffisamment la lettre de licenciement pour motif économique. A cette fin, l'employeur ne doit pas exclure de formaliser les données matériellement vérifiables dans un récit à des fins d'illustration du motif énoncé.

B. Les indicateurs spatio-temporels

118. L'effet de réalité de la narration résulte aussi de l'usage d'indicateurs spatio-temporels. En effet, ces données constituent des repères permettant de situer le récit dans le temps et dans l'espace. Autrement dit, ce type de données permet de le contextualiser. En outre, pareils indicateurs sont jugés essentiels pour rattacher le récit au registre de la description en littérature et plus généralement, au genre réaliste.²⁹² En effet, le récit gagne en vraisemblance dès lors que

²⁸⁹ CA Angers, 12 juin 2012, n°11/00078.

²⁹⁰ Il est précisé dans le modèle-type de lettre de licenciement pour motif disciplinaire que les éléments fautifs doivent être énoncés de façon précise et objective. A cet égard, « ils doivent être matériellement vérifiables, si possible en précisant les dates, les lieux, le contexte plus général de l'attitude fautive du salarié et être imputables personnellement au salarié. » Annexe I du décret n°2017-1820. Il en va de même pour l'énonciation d'un motif non disciplinaire « (énoncer les faits de façon précise et objective. Ils doivent être matériellement vérifiables : lieux, dates, circonstances, contexte, etc., et imputables personnellement au salarié) (...) (énoncer de manière précise et objective en quoi les faits ou le comportement du salarié, en dehors de la sphère professionnelle, ont créé un trouble dans l'entreprise en raison, par exemple, des fonctions qu'il occupe ou de son positionnement hiérarchique ou de l'activité propre de l'entreprise » Annexe III de ce même décret.

²⁹¹ En effet, les annexes IV à VI sur les différents types de licenciements pour motif économique emploient à chaque fois la même formule : « Enoncer de manière précise et objective les raisons économiques (soit les difficultés économiques, soit la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, soit les mutations technologiques, soit la cessation d'activité de l'entreprise). »

²⁹² Ph. Hamon, « Un discours contraint » in Littérature et réalité, Seuil, coll. « Points Essais », 1982, p. 119.

l'événement décrit dispose d'un arrière-plan temporel et spatial déterminé. Pour autant et malgré l'observation de certaines pratiques d'énonciation dans les lettres de licenciement, il n'existe pas de règles d'énonciation obligeant l'employeur à préciser à ce stade, le cadre spatio-temporel de l'événement ayant causé le licenciement.²⁹³ Toutefois, il convient de souligner que les mentions des dates et lieux de l'évènement ayant conduit l'employeur à licencier un salarié figurent dans les précisions apportées par le décret du 29 décembre 2017 pour étayer le sens de l'exigence d'énoncer objectivement un motif disciplinaire et non disciplinaire de licenciement.²⁹⁴ En outre, lors d'un litige, l'argumentation patronale au soutien de la justification du licenciement doit obligatoirement situer dans le temps le motif de licenciement allégué. Du reste, en matière de licenciement pour motif économique et en particulier des difficultés économiques, l'employeur est soumis à certaines règles d'appréciation spécifiques qui l'obligent à apprécier ce motif en fonction d'un périmètre et d'une période de temps déterminés par la loi. Par conséquent, en cas de litige il doit se référer aux indicateurs temporels légalement prévus.

119. La même importance n'étant pas accordée aux indicateurs de temps (1) et d'espace (2), il convient de les examiner distinctement.

1. Les indicateurs de temps

120. La précision du temps fait partie des données qui renforcent l'adhésion à un récit.²⁹⁵ Pour le roman par exemple, le temps est une catégorie essentielle à l'individuation de l'action et des personnages.²⁹⁶ Plus encore, c'est de la conscience d'un temps qui s'écoule que dépend la notion de cause et de chaîne de causes et d'effets. En ce sens, peuvent être citées les réflexions d'un éminent philosophe selon lequel : « si nous n'avions pas de mémoire, nous n'aurions jamais eu la moindre notion de la cause, et par conséquent de cette chaîne de causes et d'effets qui constitue notre moi ou notre personne. »²⁹⁷

²⁹³ Cass. Soc. 7 mars 1995, n° 93-43.415, inédit ; RJS 4/1995, n° 366. V. aussi arrêts rendus le même jour n° 93-43.296, n° 93-43.596 ; inédits.

²⁹⁴ Cf. Annexe I et III du décret n°2017-1820 du 29 décembre 2017.

²⁹⁵ Sur les théories littéraires, présentant le temps comme une donnée permettant de s'immerger dans le récit, voir P. Ricoeur, Temps et Récit, Tome II, éd. Seuil, coll. « Points Essais », 1991.

²⁹⁶ I. Watt, « Réalisme et forme romanesque » in Littérature et réalité, Seuil, coll. « Points Essais », 1982, p. 27.

²⁹⁷ Hume, Treatise of Human Nature, 1. I, pt.4, sect. VI, cité ibid., p. 27.

Même si l'employeur n'est pas tenu de faire figurer des données temporelles dans la lettre de licenciement,²⁹⁸ il n'empêche que la présence de celles-ci peut contribuer à renforcer la conviction des juges sur le caractère matériellement vérifiable des motifs énoncés. Cela étant, l'argumentation devant le juge doit situer les faits dans le temps. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 13 décembre 2010, les juges rappellent que si les faits visés dans la lettre n'ont pas à être spécialement datés dans ce document, « ils doivent cependant être matériellement vérifiables et donc pouvoir être situés dans le temps, à la suite des débats ».²⁹⁹

121. Concernant la justification des raisons économiques en cas de litige, l'argumentation de l'employeur doit se référer à des données temporelles au soutien de son appréciation. Il en est ainsi lorsque l'employeur licencie pour difficultés économiques et en particulier, pour une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires. En fonction de la taille de l'entreprise, le législateur a fixé des périodes minimales d'observation d'une éventuelle baisse de ces indicateurs. Ainsi lorsque l'entreprise compte moins de 11 salariés, la période minimale d'observation de la diminution est d'un trimestre. Lorsqu'elle compte entre 11 et 49 salariés, la baisse doit être observée sur au moins 2 trimestres, sur 3 trimestres quand l'entreprise compte entre 50 et 299 salariés et enfin sur 4 trimestres quand elle dispose d'un effectif d'au moins 300 salariés. Le législateur fixe également un autre repère temporel, à savoir la période de référence fixant la comparaison. Dans chaque hypothèse, il s'agit de la même période que l'année précédente. ³⁰⁰

S'agissant d'autres raisons économiques, telle la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, il en va différemment. En effet, les données temporelles à prendre en compte

²⁹⁸ Comme le rappelle la motivation d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 mars 2012, n° 10/06106 : « Bien que la lettre de licenciement doive contenir en elle-même les motifs du licenciement puisqu'elle fixe les limites du litige, l'absence de date des griefs qu'elle énonce n'est pas de nature à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse ; »

²⁹⁹ CA Aix-en-Provence 13 déc. 2010, n° 09/17369. ; La précision sur le temps est également importante en matière disciplinaire pour apprécier si les faits énoncés sont prescrits ; Voir aussi CA Paris 11 janv. 2011 n° 08/10018 : « La lettre de licenciement particulièrement détaillée sur quatre pages fixe les limites du litige ; elle rappelle la genèse des faits. » V. également Cass. Soc. 9 juill. 2014, n° 13-13.719, inédit et Cass. Soc., 11 juill. 2012, n° 10-28.798, inédit dont il résulte que « la datation, dans la lettre de licenciement, des faits invoqués n'est pas nécessaire » ; GP, 19/10/2012, note Ch. Frouin, p. 29.

³⁰⁰ Art. L1233-3 1° du Code du travail.

dans l'appréciation de la raison économique ne sont pas prévues par une norme d'origine légale. Le choix des indicateurs temporels résulte de la nature même de ce motif économique, motif qui ne s'inscrit que dans le temps court puisque celui-ci doit être apprécié en fonction de l'état du marché. Le recours à cette temporalité dans la preuve de la nécessité de sauvegarder la compétitivité ressort de manière assez explicite de certains arrêts. En témoigne un arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy le 9 juin 2010³⁰¹ dans lequel les juges prennent en compte les arguments économiques invoqués par l'employeur. En effet celui-ci énonce en l'espèce, que « la dégradation du marché de l'électroménager et de l'électronique, génératrice d'une baisse spectaculaire de son chiffre d'affaires, l'a obligé à se réorganiser pour assurer sa compétitivité face à ses concurrents, notamment en centralisant son service achats sur un site unique situé en Ille-et-Vilaine, et en supprimant les services achats de toutes les filiales du groupe ». A l'appui de la nécessité de procéder à la réorganisation, les juges intègrent les données comptables de court terme apportées par la société. Ainsi ils énoncent qu' « alors que le caractère réel et sérieux de la cause économique invoquée doit s'apprécier à la date du licenciement, la société appelante verse aux débats des articles de presse et des graphiques qui démontrent que durant le premier semestre 2008, le marché français des appareils ménagers a présenté de réels signes d'essoufflement. A cet égard, les chiffres (...) ont révélé que la croissance durant cette période avait été divisée par deux dans le secteur du petit électroménager par rapport à celle de l'ensemble de l'année précédente, et que cette tendance était plus marquée dans le secteur du gros électroménager. Ces mêmes documents permettent de se convaincre que cette évolution n'a pas épargné le domaine de l'électronique et qu'elle était appelée à se maintenir tout au long de l'année 2009. » La cour légitime toutefois, les logiques marchandes qui fondent cette réorganisation « qui entraînait la suppression de quatre postes, ceux des responsables de services d'achats déconcentrés » puisque celle-ci a été faite « pour des raisons d'efficacité ». La cour conclut enfin qu' « il résulte de ces éléments que face à la situation du marché et aux exigences de ses fournisseurs, le groupe [F], et la société [G] qui en faisait partie, étaient dans l'obligation, dans la perspective de prévenir des difficultés économiques à venir, d'adapter leurs méthodes de travail en créant une centrale d'achats et en supprimant leurs services d'achats déconcentrés ainsi que les postes de responsables correspondants. »

³⁰¹ CA Nancy 9 juin 2010, n° 09/03025.

De même, un autre arrêt provenant cette fois-ci de la cour d'appel de Montpellier admet comme preuve du motif tiré de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise la baisse du chiffre d'affaires sur une période qui est inférieure à un an. Ainsi, « il résulte cependant des pièces produites que : (...) le compte de résultats intermédiaire de la société [E] au 31 décembre 2004, correspondant à 9 mois d'activité, a fait apparaître à cette date un chiffre d'affaires de 4 003 954,00 euros, en diminution de près de 45 % par rapport au chiffre d'affaires de l'exercice précédent. » Puis, la cour conclut qu'« en fonction de ces éléments, il est donc établi qu'à la fin de l'année 2004, la compétitivité de l'entreprise se trouvait gravement menacée du fait de la baisse significative des commandes (...), ayant représenté 30 % du chiffre d'affaires de la société [E]I en 2003-2004 »³⁰² Plus encore, il ressort également de cette motivation que les données temporelles permettent à l'employeur de procéder à une analyse comparative entre plusieurs résultats chiffrés.³⁰³ D'où une énonciation indispensable des données temporelles au moins au stade de la justification du licenciement.

2. Les indicateurs géographiques

122. Corrélat nécessaires des données temporelles, les repères géographiques permettent également d'ancrer l'histoire dans la réalité. A la différence toutefois des indicateurs de temps, l'énonciation de données spatiales dans le récit de la cause du licenciement lors des débats judiciaires n'est pas explicitement requise. Cependant, malgré l'absence d'indications jurisprudentielles à ce sujet, il n'en demeure pas moins que l'énonciation de données géographiques est recommandée par le décret n° 2017-1820 du 29 décembre 2017 en matière d'énonciation des motifs d'un licenciement disciplinaire et non disciplinaire.³⁰⁴ Du reste, l'énonciation de données géographiques peut s'avérer nécessaire pour l'analyse comparative inhérente à certains motifs de licenciement. Il en est ainsi par exemple dans le cadre d'un licenciement pour insuffisance de résultats.³⁰⁵ En effet, le travail des salariés soumis à l'atteinte d'objectifs chiffrés, est notamment apprécié au travers d'une comparaison entre les résultats

³⁰² CA Montpellier 7 juin 2006, n° 05/01998.

³⁰³ Sur la valeur explicative de l'analyse comparative, cf. infra n° 334.

³⁰⁴ Cf. Annexes I et III.

³⁰⁵ Cf. infra n° 347.

obtenus et les objectifs fixés. Or pour mener une telle comparaison, il s'avère nécessaire de fixer un périmètre d'appréciation. A ce titre, l'activité des salariés soumis à des objectifs peut aller de pair avec le fait d'exercer leur fonction dans un secteur géographique déterminé qui va servir de cadre de comparaison. C'est ainsi que dans l'espèce ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Chambéry, un ingénieur technico-commercial chargé de la promotion et de la commercialisation de logiciels de l'entreprise, exerçait ses fonctions dans un secteur géographique recouvrant au départ six départements.³⁰⁶ Sa rémunération variable était en partie calculée à partir des résultats chiffrés obtenus sur la base d'objectifs revus et ajustés à chaque exercice. Or, le salarié est licencié pour insuffisance professionnelle ayant abouti à une insuffisance de résultats. Dans la lettre de licenciement telle que résumée par les juges d'appel, l'employeur lui reproche notamment, un développement commercial de l'activité de prospection de clientèle et de vente de logiciels quasi-nul alors que l'objectif était de tripler les parts de marchés de l'entreprise. Pour ce faire, la lettre fait référence aux périmètres géographiques d'appréciation des résultats du salarié. En l'occurrence, il s'agissait de la région Rhône-Alpes. Plus avant, la motivation des juges du fond reprend entre autres éléments de faits, ces mêmes périmètres géographiques pour apprécier le caractère objectif de la cause du licenciement. C'est ainsi que les juges du fond observent qu'il « s'avère que le bilan dressé par le (...) supérieur hiérarchique [du salarié] de l'activité commerciale dont celui-ci avait fait montre auparavant (...) dans un secteur géographique constitué par la région Rhône-Alpes élargie au Puy-de-Dôme (...) et comprenant plus particulièrement le Grand Lyon a été objectivement négatif ».

123. En complétant le récit par des indicateurs géographiques en plus de l'énonciation d'indicateurs temporels et de données matériellement vérifiables à titre d'illustration du motif de licenciement, l'employeur donne à la narration une unité de temps, de lieu et d'action qui contribue in fine à persuader de la vraisemblance de ce motif. Qu'en est-il lorsque l'employeur recourt à des éléments de sophistication du récit au soutien des motifs de licenciement ?

Paragraphe 2nd : *L'effet de réalité diffusé par la sophistication du récit*

³⁰⁶ CA Chambéry 28 mars 2013, 12/00644.

124.La perméabilité progressive du droit du travail à une raison économique³⁰⁷ a conduit à une sophistication du récit des faits à l'origine du licenciement qui s'observe également lorsque l'employeur énonce certaines catégories de motifs personnels de licenciement telle l'insuffisance de résultats. La narration apparaît ainsi plus élaborée voire, plus technique.³⁰⁸ Ce surcroît de formalisation des prémisses factuelles du licenciement se manifeste principalement de deux manières : d'une part, par le recours à des données quantifiables (**A**) et d'autre part, au travers de l'emploi de formes d'énonciation graphiques. (**B**)

A. Le recours aux données quantifiables

125.L'élément quantifiable est un élément qui peut être mesuré ou chiffré.³⁰⁹ La consécration de nouvelles catégories de motifs économiques par la jurisprudence,³¹⁰ puis par la loi,³¹¹ ainsi que l'admission sous certaines conditions du motif personnel tiré de l'insuffisance de résultats,³¹² ont accentué la nécessité de recourir aux données quantifiables. Cela a donc permis d'introduire des éléments de sophistication dans le récit des faits à l'origine du licenciement et partant, de mieux outiller l'argumentation de l'employeur sur la matérialité de son motif. Néanmoins, contrairement à ce que cela pourrait apparaître de prime abord, énoncer des données quantifiables à l'appui des raisons d'agir n'est pas chose neutre. Pour s'en rendre compte, il convient de

³⁰⁷ T. Sachs, op. cit, p. 45-48.

³⁰⁸ V° « Sophistication », 2^e sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

³⁰⁹ V° « Quantifiable », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

³¹⁰ V. Cass. Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690, arrêt Videocolor, Bull. civ., V n° 123 (création du motif tiré d'une réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité) ; Dr. Soc. 1995, p. 489, note G. Lyon-Caen ; D. 1995, p. 367, note I. de Launay-Gallot ; JCP G 1995, n° 23, II, 22443, p. 223, note G. Picca.

³¹¹ V. la définition des difficultés économiques par l'article L1233-3 1° du C. du trav. Cette définition est issue de l'article 67 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

³¹² Sur l'admission du caractère réel et sérieux de l'insuffisance de résultats sauf fraude, cf. Cass. Soc. 18 mars 1986, n° 83-42.19, Bull. civ. V, n° 90. Sur le revirement jurisprudentiel relatif à l'insuffisance de ce motif à caractériser la cause réelle et sérieuse de licenciement, cf. Cass. Soc. 3 fév. 1999, n° 97-40.606, Bull. civ., V n° 56 ; Cass. Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.028, Bull. civ., V n° 143 ; Cass. Soc. 19 avr. 2000, n° 98-40.124, inédit. Les juges de la Cour de cassation ont dans un premier temps retenu la formule selon laquelle, il appartenait aux juges d'apprécier, outre le caractère réaliste des objectifs, si le salarié « était en faute de ne pas les avoir atteints », (Cass. Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42.371, Bull. civ. V, n° 367, Dr. Soc 2001, p 99, obs. Ph. Waquet) avant de préférer la formule selon laquelle la faute doit procéder soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable au salarié Cass. Soc. 3 avr.

préciser ce que quantifier veut dire. L'action de quantifier repose déjà sur des prémices, à savoir sur l'existence de conventions permettant de mettre en nombre une chose.³¹³ Quantifier renvoie ainsi à une activité permettant « d'exprimer et de faire exister sous une forme numérique ce qui, auparavant, était exprimé seulement par des mots et non par des nombres ». ³¹⁴ La quantification suppose alors l'adoption de conventions d'équivalences préalables à la mesure, opération qui n'intervient que dans une seconde étape, « comme mise en œuvre réglée de ces conventions. »³¹⁵ Par exemple, l'expression quantitative des compétences professionnelles d'un salarié, ainsi que celle des performances économiques de l'entreprise suppose d'avoir convenu de critères pour mettre en nombre celles-ci. Or, l'application de pareils indicateurs relève d'un choix, celui d'une communauté de sachants s'identifiant à un savoir spécifique. Par conséquent, l'énonciation de données quantifiables dans la narration des faits à l'origine du licenciement permet de légitimer ces conventions d'équivalences et partant, les savoirs qui en sont l'origine. Ainsi, la perméabilité du droit du travail aux catégories de pensée économiques en matière de licenciement est allée de pair avec le recours à des indicateurs chiffrés issus de savoirs gestionnaires comme la comptabilité. Or, pareils indicateurs bénéficient d'un surcroît de crédibilité justement parce qu'ils sont quantifiables. En effet, des vertus d'objectivité sont communément prêtées à ce qui est chiffré parce que la valeur obtenue est considérée comme dénuée d'arbitraire.³¹⁶ De plus, pareille croyance est renforcée lorsque la donnée quantifiable est issue d'un savoir communément reconnu et accepté telle que la comptabilité ou l'économie et qui plus est, lorsque ce savoir essaye d'imiter les sciences de la nature en tentant, par le truchement de ses indicateurs, d'interpréter la réalité.³¹⁷ L'essor de ce type de données dans l'énonciation des motifs du licenciement et plus largement, dans l'argumentation patronale s'explique donc par l'aura de scientificité qui entoure les indicateurs de gestion et plus particulièrement, les artefacts comptables. En outre, ce type de données favorise le jugement de comparaison afin de démontrer un changement dans la situation économique de l'entreprise dans le temps et/ou par rapport à ses

2001, Bull. civ., V n° 117 ; Dr. Soc. 2001, p. 680, obs. Ch. Radé ; SSL 2001, n° 25, p. 11, note F.C.

³¹³ A. Desrosières et S. Kott, « Quantifier », *Genèses*, 2005/1 n°58, p. 2.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid., p.38.

³¹⁶ A. Desrosières, « La statistique, outil de gouvernement et outil de preuve », introduction de deux livres : *Pour une sociologie historique de la quantification et Gouverner par les nombres*, publiés par les Presses de l'Ecole des Mines, 2008. V. aussi

concurrents. Les données comptables se sont donc imposées comme le langage commun des différents modes d'évaluation économique. Par ailleurs, l'emploi des données comptables à l'appui des difficultés économiques de licenciement est devenu incontournable depuis la consolidation de certains indicateurs de gestion par le nouvel article L1233-3 du Code du travail.³¹⁸ Il en ressort que les indicateurs comptables sont « un mode d'expression qui reste au service d'une évaluation organisationnelle ou marchande. »³¹⁹ D'où l'ancrage des données quantifiables dans l'entreprise, à l'appui des motifs économiques de licenciement. (1) Toutefois, l'usage des données quantifiables s'est progressivement étendu. Au fur et à mesure, ce type de données a contaminé l'exécution du travail pour être mobilisé à l'appui des motifs personnels du licenciement. (2)

1. L'ancrage des données quantifiables dans l'entreprise

126. Les données quantifiables servent une représentation comptable de l'entreprise comme du marché.³²⁰ Ainsi, il peut être utile de distinguer les données comptables internes à l'entreprise, (a) des données externes relatives à son environnement concurrentiel. (b)

a) Les données internes à l'entreprise

127. Chiffre d'affaire ou volume des commandes, résultat d'exploitation ou excédent brut d'exploitation ou encore volume de la trésorerie...voilà quelques exemples d'indicateurs comptables au travers desquels il est possible d'apprécier la situation économique de l'entreprise, et qui sont susceptibles d'être intégrés dans le récit des faits à l'origine du licenciement. Du reste, ces données-là ont été consolidées par le législateur dans le nouvel article L1233-3 issu de la loi du 8 août 2016, au sujet de la caractérisation des difficultés économiques. En vertu de la nouvelle rédaction dudit article, ces dernières sont constituées « soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des

³¹⁷ Cf. infra n° 324 s. et n° 332 s.

³¹⁸ L1233-3 du Code du travail.

³¹⁹ T. Sachs, op. cit., p.329 s.

³²⁰ Sur la manière dont les données comptables font advenir le marché comme une réalité observable, cf. T. Sachs, « La raison économique en droit du travail. 1^{ère} partie : une raison réaliste », RDT 2011, p. 550.

pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation, soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés. » Cette « objectivation comptable des difficultés économiques »³²¹ n'est pas un hasard. Ceci résulte d'une analyse préalable des arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation et des décisions du Conseil d'Etat.³²² En effet, l'étude d'impact sur le projet de loi Travail se réfère à certaines décisions de justice s'étant prononcées sur l'existence de difficultés économiques à partir des indicateurs comptables précités. S'agissant du volume des commandes, le législateur s'est inspiré entre autres, d'arrêts isolés rendus le 19 juin 2007 par la Chambre sociale de la Haute juridiction.³²³ Le législateur avance également un arrêt remarqué rendu par ladite juridiction le 30 septembre 1997 pour justifier la consolidation législative de la baisse du chiffre d'affaire au rang des éléments susceptibles de caractériser les difficultés économiques.³²⁴ Quant aux pertes d'exploitation, l'étude d'impact cite des arrêts de la Cour de cassation en date du 29 janvier 2008.³²⁵ De manière indirecte, le législateur a en réalité pris acte des données comptables ayant parfois remporté la conviction des juges du fond sur l'existence d'une raison économique de licenciement.³²⁶ Cependant, malgré la consécration législative d'indicateurs comptables déjà pris en compte par les juges, le nouvel article L1233-3 1° marque une différence de méthode dans l'appréciation de la raison économique de licenciement. En effet, là où la jurisprudence antérieure combinait et croisait l'ensemble de ces indicateurs pour caractériser le motif économique, le législateur

³²¹ T. Sachs, « De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur », RDT 2016, p.662.

³²² V. Travaux de la commission des affaires sociales le jeudi 7 avril 2016, compte-rendu n°43, séance de 9h40 le rapporteur à la commission sociale s'exprime comme suit : « Quant aux critères choisis, comme la commission des affaires économiques, nous avons retenu ceux qui reviennent le plus souvent dans la jurisprudence. » Quant à la mention de « tout élément de nature à justifier ces difficultés », le rapporteur explique son inclusion « en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui considérerait que, si elle ne figurait pas dans le texte, nous porterions atteinte à la liberté d'entreprise ».

³²³ Cass. Soc. 19 juin 2007, n° 06-44.602 et n° 06-44.601, inédit. Arrêts cités dans l'étude d'impact p.263 s.

³²⁴ Cass. Soc. 30 sept. 1997, n° 94-453.85, Bull. Civ., V n°298.

³²⁵ Cass. Soc. 29 janv. 2008, n° 06-44.189 et n° 06-44.131, inédits.

³²⁶ Par exemple, si on reprend la motivation de l'arrêt du 19 juin 2007 : « Mais attendu que la cour d'appel après avoir relevé que les lettres de licenciement alléguaient une baisse de volume d'activité importante de l'établissement et une tension à la baisse des prix de vente, a constaté le caractère brutal et durable de cette baisse qui avait conduit à une diminution des bénéficiaires ; qu'elle a ainsi, sans encourir les griefs du moyen caractérisé l'existence de difficultés économiques justifiant les suppressions d'emploi. » De même, si on reprend la motivation de l'arrêt du 29 janvier 2008 n° 06-44.131 : « Et attendu que la cour d'appel qui a constaté que le secteur d'activité de maintenance traditionnelle, sur lequel intervenait l'entreprise, n'était plus adapté à l'évolution du marché, que cette situation avait entraîné des pertes d'exploitation ainsi qu'une dégradation des performances financières du secteur°(...) »

propose que ce dernier puisse être caractérisé à l'aune de la baisse d'un seul d'entre eux.³²⁷ Or, même si la nature comptable est commune à tous ces indicateurs, il n'en demeure pas moins que chacun offre une vision spécifique de la situation économique de l'entreprise compte tenu du fait que les données comptables énumérées par le législateur sont caractéristiques de différents registres.³²⁸ D'où la crainte d'un appauvrissement du champ d'argumentation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement économique.³²⁹

b) Les données externes à l'entreprise

128. Sans qu'il innove, il n'en demeure pas moins que le nouvel article L1233-1 3° consacre le motif d'origine prétorienne tiré de « la réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ». A la différence des autres motifs économiques, celui-ci implique de rapporter la preuve de l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise. Même si cette condition d'admission est censée apporter à ce motif la rigueur qui lui est indispensable, paradoxalement, elle fait davantage ressortir la véritable logique de ce motif de licenciement : la cause du licenciement n'est pas tant dans la réorganisation effective que dans la nécessité de réorganiser l'entreprise, nécessité caractérisée par une menace objective. En effet, le terme « nécessité » renvoie à un impératif qui lie l'employeur dans sa décision de gestion, tandis que la notion de « compétitivité » fait référence à un élément extérieur provenant de l'environnement concurrentiel de l'entreprise.³³⁰ En d'autres termes, la réorganisation ne procéderait pas d'un véritable choix mais des variations du marché, c'est-à-dire de son environnement concurrentiel. La nécessité d'invoquer des données relatives aux concurrents ressort du célèbre arrêt Dunlop dans lequel la Cour de cassation approuve l'argumentation des

³²⁷ Par exemple dans l'arrêt du 30 septembre 1997 précité, l'existence des difficultés économiques de la société était justifiée à la fois par « un surendettement bancaire constant de 4 millions de francs » et par « une baisse de son chiffre d'affaires ». V. aussi dans l'arrêt précité du 29 janv. 2008 n° 06-44.131. En l'espèce, les difficultés économiques de l'entreprise étaient justifiées à la fois par une « perte d'exploitation » mais aussi par « une dégradation des performances financières du secteur. »

³²⁸ Sur ces différents registres, T. Sachs, art. cit., p. 662.

³²⁹ Sur les moyens de résistances à un appauvrissement du champ d'argumentation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique, v. *ibid.* Cf. infra n° 354.

³³⁰ En ce sens, T. Sachs, *op. cit.*, n° 38 ; Ph. Waquet « Licenciement pour motif économique et sauvegarde de la compétitivité », RDT 2007, p. 456, note ss. Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-45.114 et n° 06-40.233, inédits.

juges du fond selon laquelle « l'évolution du marché des pneumatiques, la baisse des prix de ces produits et l'augmentation du coût des matières premières, plaçaient l'entreprise dans l'impossibilité de réaliser les investissements qui étaient nécessaires pour remédier à la faible dimension des sites de production par rapport à ceux des concurrents et à la diversification excessive des fabrications ; (...) cette situation lui imposait de se réorganiser pour pouvoir affronter la concurrence ». ³³¹ Le recours à des données externes à l'entreprise provenant de son environnement concurrentiel sont donc nécessaires à l'appui de ce motif.

A titre d'illustration, peut être également cité un arrêt de cour d'appel dans lequel les juges énoncent que « la notion de compétitivité évoquant l'idée de concurrence, et donc de confrontation avec d'autres opérateurs, implique à tout le moins la démonstration des principales contraintes tenant au marché et à l'environnement économique que l'entreprise doit affronter et qu'elle entend anticiper au moyen de la réorganisation décidée ». ³³² L'insuffisance des données comptables internes est encore illustrée dans d'autres arrêts. A cet égard, peut être cité un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 19 décembre 2007 dans lequel les magistrats se montrent très explicites en affirmant l'insuffisance des comptes de résultats et des bilans de la société. Ainsi, la cour énonce que « l'absence de tout élément objectif permettant de vérifier l'état du marché dans le secteur d'activité de l'entreprise, d'établir les risques prévisibles qu'elle pourrait être amenée à rencontrer à court ou à moyen terme et de démontrer ainsi l'existence d'une source de difficultés futures appelant des mesures d'anticipation de sa part ne permet pas de caractériser l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité dont relève l'entreprise; ». ³³³ Ce discours marchand appelle à démontrer la menace pesant sur la compétitivité par des données comptables externes à l'entreprise, données qui ouvrent le champ à « la comparaison interentreprises ». ³³⁴ Plus encore, pareille comparaison nécessite de recourir aux données comptables des concurrents. En témoigne un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 17 décembre 2010 dans lequel l'employeur avait eu recours entre autres, aux chiffres d'affaires des concurrents de son entreprise, données recensées par son directeur financier dans un document

³³¹ Cass. Soc. 21 nov. 2006, n° 05-40.656, Bull. civ., V n° 349 ; D. 2007, p. 687, obs. E. Peskine ; RDT 2007, p. 105, obs. A. Lyon-Caen ; Dr. ouvr. 2007, p. 156, note A. Lyon-Caen.

³³² CA Douai 28 nov. 2008, n° 08/00547.

³³³ CA Paris 19 déc. 2007, n° 06/07593.

intitulé « diagnostic stratégique ». En l'espèce, son contenu est repris dans l'argumentation patronale avancée devant les juges, argumentation qui est résumée par l'arrêt d'appel. Au travers de ce document, est mise en lumière la situation comptable d'un certain nombre d'entreprises concurrentes. Par exemple, « la société [D], qui était le sous-traitant exclusif de [l'entreprise] a décidé de s'affranchir de ce contrat et a recruté une grande partie de son personnel parmi le personnel licencié de [l'entreprise]. Depuis, cette structure a atteint un [chiffre d'affaires] de 3 millions d'euros en nous prenant de nombreuses affaires et avec des remises plus élevées. Il existe également d'autres concurrents qui connaissent des progressions de [chiffre d'affaires] plus importantes que [l'entreprise] ([l'entreprise B], située à Apt aurait progressé de 27 % sur le segment collectivités, [l'entreprise F] situé à Troyes envisage de construire un nouveau bâtiment et a acheté un nouveau système informatique, preuve qu'il se développe fortement. Ce qui va entraîner l'année prochaine des baisses de prix. Aujourd'hui, [l'entreprise] n'a pas l'organisation et la structure pour affronter cette concurrence sans qu'il y ait un impact négatif sur sa rentabilité. »³³⁵ Certes le chiffre d'affaires des concurrents ne constitue qu'un élément d'appréciation parmi d'autres, mais il n'en demeure pas moins que ce type de données externes est indispensable à la preuve de la menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise. D'ailleurs en l'espèce était également invoquée « la diminution progressive de la clientèle » ainsi que « la perte de marchés » qui en résultait. Il ressort de ceci l'insuffisance des seules données comptables internes à l'entreprise à la démonstration du motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité.³³⁶

2. L'essor des données quantifiables dans l'appréciation du travail

129. Certes il est un lieu commun d'affirmer que l'exigence d'efficacité économique des salariés dans l'exécution du travail constitue l'objectif du contrat de travail,³³⁷ mais il reste que certaines professions comme celle de VRP ou de commercial sont propices à l'essor de critères comptables d'appréciation du travail. En effet, que cela leur soit imposé par une décision

³³⁴ S. Jubé, Droit social et normalisation comptable, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2011, p. 311.

³³⁵ CA Nancy 17 déc. 2010, n° 10/01136.

³³⁶ « Le motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité ne peut en conséquence s'appuyer sur les difficultés présentes ou à venir, liées à la seule détérioration des résultats de l'entreprise pour des raisons qui lui demeurent internes » CA Douai cité p. précédente.

³³⁷ S. Brissy, « L'insuffisance des résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 2006, Chron. p. 685.

unilatérale ou bien par la signature d'une clause d'objectifs, l'atteinte d'un « chiffre d'affaires » déterminé peut être demandée aux salariés.³³⁸ Comptable d'un résultat chiffré, le salarié peut, en fonction de l'atteinte ou non de son objectif, subir un certain nombre de conséquences positives ou négatives. Par exemple, cela peut avoir une incidence sur le calcul de sa rémunération ou de son supplément. Pire, une défaillance quantitative peut participer à la justification d'un licenciement pour insuffisance de résultats à condition toutefois, de résulter d'une insuffisance professionnelle ou bien d'une faute.³³⁹ Même s'il en ressort que l'insuffisance de résultats ne peut être élevée au rang de motif de licenciement à elle seule, il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un indice du motif retenu. En outre, l'insuffisance de résultats comporte une « forte connotation économique laissant supposer que le maintien du salarié dans son emploi est préjudiciable à l'entreprise. »³⁴⁰ Partant, il n'est pas rare que l'employeur recourt à des données quantifiables voire, à des indicateurs comptables dans le récit des faits à l'origine d'un licenciement personnel. Le recours aux données comptables pour justifier un licenciement pour insuffisance de résultats alimente pourtant la confusion avec le licenciement pour motif économique.³⁴¹ Pire, la fixation d'un objectif comptable participe du transfert partiel du risque de l'entreprise sur le salarié,³⁴² ce qui est incompatible avec la relation de subordination qui caractérise les relations de travail.³⁴³ Par ce motif, « l'objet de la prestation de travail ne se limite plus à la capacité de travail du salarié mais intègre le produit du travail » exprimé par des termes comptables. C'est ainsi qu'à l'appui du licenciement pour insuffisance de résultats d'un manager commercial, un arrêt de cour d'appel d'Angers³⁴⁴ se fonde entre autres éléments,³⁴⁵ sur les performances comptables de son équipe de même que sur son classement par rapport à d'autres équipes. En l'espèce, les juges reprennent certains écrits produits à titre de preuve mais aussi le

³³⁸ Cass. Soc. 10 avr. 2013, n° 10-13.614 inédit ; Cass. Soc. 10 oct. 2013, n° 12-21.106 inédit.

³³⁹ La non-atteinte des objectifs peut aussi être à l'origine d'une modification des objectifs, de la tâche, du secteur d'activité du salarié ou de l'octroi d'une formation complémentaire.

³⁴⁰ S. Brissy, « L'insuffisance des résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 2006, Chron. p. 685.

³⁴¹ Sur ce point, v. T. Sachs, op. cit., p. 55.

³⁴² Ph. Waquet, « Les objectifs », Dr. Soc. 2001, p. 120.

³⁴³ S. Brissy, art. cit., p. 685.

³⁴⁴ CA Angers, 17 mai 2011, n° 10/01212.

³⁴⁵ Tel que le bénéfice de plusieurs formations ou de l'accompagnement du salarié sur le terrain par un responsable formateur. De même, les juges prennent en compte l'état du secteur dans lequel intervient le salarié. En l'espèce, il s'agissait du secteur bâtiment qui ne connaissait pas de difficultés générales.

contenu de la lettre de licenciement énonçant que l'équipe du salarié licencié est à « l'avant-dernière place sur 25 équipes de la division bois, avec 15 532 euros de chiffre d'affaires contre 61 900 pour son collègue. »³⁴⁶ De même, l'activité du salarié est appréciée à l'aune d'une baisse de « 6,9 % » de cet indicateur comptable et inversement, par la hausse de « 1,3 % » du chiffre d'affaires de son collègue.³⁴⁷ Ainsi, même si elle n'est pas suffisante en soi pour justifier le licenciement, l'analyse comparative occupe néanmoins une place importante dans le raisonnement des juges d'appel. Pareille analyse induite par l'usage des données quantifiables et plus particulièrement, des données comptables, trouve également un certain écho dans les arrêts de la Cour de cassation. En attestent les références aux résultats comptables de collègues du salarié « travaillant dans un même secteur »,³⁴⁸ de commerciaux travaillant dans « des secteurs voisins pour la même période »³⁴⁹ ou encore de « vendeurs du même site ».³⁵⁰ Certes ces énoncés permettent à l'employeur de démontrer que l'objectif chiffré est réaliste, qu'il est à la portée d'un salarié moyen, mais ceux-ci font également apparaître ses collègues comme des concurrents. En l'espèce, dans la motivation de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers, il est fait référence à des tableaux produits par les deux parties dans lesquels il est énoncé que tous les collègues du salarié licencié « ont (...) obtenu sur l'exercice 2008-2009 une progression de chiffre d'affaires, qui est allée de 1% à 12,8%, ce qui a permis à la région ouest une progression globale de 5,3% ». La comparaison que sous-tend le recours aux critères comptables favorise cette mise en concurrence.³⁵¹ En outre, à l'instar du licenciement pour motif économique, la justification du licenciement pour insuffisance de résultats peut également mobiliser des données sur l'environnement concurrentiel de l'entreprise. Plus précisément, ce type d'énoncés permet de démontrer que les objectifs chiffrés sont réalistes eu égard au marché. C'est ainsi que dans un arrêt de cour d'appel de Paris,³⁵² le caractère raisonnable du chiffre d'affaires fixé est apprécié « au regard de l'état du marché » de la société. En l'espèce, à partir des pièces apportées par

³⁴⁶ En l'espèce, le classement est également corroboré par un tableau de plan d'action régional émanant de l'entreprise.

³⁴⁷ Chiffres corroborés en l'espèce par des tableaux produits par les deux parties.

³⁴⁸ Cass. Soc. 1^{er} oct. 2002, n° 00-44.081, inédit.

³⁴⁹ Cass. Soc. 24 juin 2003, n° 01-42.869, inédit.

³⁵⁰ Cass. Soc. 31 oct. 2007, n° 06-44.165, inédit.

³⁵¹ Pour d'autres illustrations, v. également CA Douai 28 oct. 2011, n° 10/02464 et CA Grenoble 12 fév. 2013, n° 12/00494.

³⁵² CA Paris 7 fév. 2008, n° 06/08495.

l'employeur, les juges concluent qu'« il s'avère que le montant des marchés traités et, partant, des commandes passées auprès de [l'entreprise], rendait objectivement possible la réalisation du chiffre d'affaires de 900 000 euros assigné ». A titre de preuve, l'employeur se réfère au « montant des commandes passées par les clients de la société en 2003, s'établissant à plus de 4 400 000 euros ».

La sophistication du récit des faits à l'origine du licenciement ne résulte pas seulement de l'usage de données chiffrées voire, d'indicateurs comptables. L'insertion de formes graphiques dans la narration permet également de rendre le récit plus élaboré.

B. Le recours aux formes graphiques

130. Outre les données quantifiables, l'employeur peut également recourir à des procédés d'énonciation graphiques : tableaux, courbes, listes... Une telle énonciation peut s'intégrer ou compléter l'argumentation de l'employeur dans la lettre de licenciement ou bien dans les pièces produites devant le juge. La sophistication du récit au soutien du licenciement ne trouve pas nécessairement son origine dans la maîtrise d'un savoir particulier, mais dans la manière purement formelle d'énoncer les données matériellement vérifiables. Ce supplément de formalisation présente des avantages cognitifs plus efficaces que la simple énonciation écrite des raisons d'agir, ce qui en fait un mode de communication plus stratégique. En effet, les formes graphiques assurent une meilleure visibilité aux données factuelles compte-tenu du fait qu'elles sont placées dans un espace rectiligne et bidimensionnel, c'est-à-dire linéairement et hiérarchiquement. En effet, une telle présentation de la donnée lui assigne « une position unique qui définit sans ambiguïté et en permanence sa relation aux autres. »³⁵³ Autrement dit, la mise en tableau des données factuelles permet de mieux les singulariser, ce qui facilite par ailleurs l'analyse comparative. Moins sophistiquée que la forme tabulaire, la simple mise en liste des raisons du licenciement possède également des vertus cognitives susceptibles d'être exploitées par l'employeur pour persuader son auditoire de la matérialité des motifs du licenciement. L'observation des lettres de licenciement reproduites dans certains arrêts de cours d'appel atteste

³⁵³ J. Goody, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, Les éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1979, p. 133.

de l'usage de cette énonciation graphique y compris à l'appui d'un licenciement pour motif personnel.

131.Quelle que soit la forme graphique utilisée - mise en liste ou formes tabulaires - ces pratiques d'énonciation des éléments factuels assurent à la justification patronale une plus forte cohérence formelle qui participe à une certaine apparence d'objectivité des prémisses de la décision. Il convient alors d'analyser les ressorts cognitifs de leur énonciation graphique tout en illustrant leur usage par l'employeur dans son argumentation. Deux ressorts cognitifs méritent à ce titre d'être mis en exergue. D'une part les formes graphiques aident à persuader de la matérialité des données factuelles par la rigidité spatiale qu'elles leur assurent. (1) D'autre part, de tels formes contribuent à la persuasion de leur matérialité par l'effet de généralité qu'ils confèrent à ces données, c'est-à-dire par l'effacement des arbitrages opérés en amont. (2)

1. Le réalisme diffusé par la rigidité spatiale des données factuelles

132.L'agencement spatial dessiné par les formes graphiques et le tableau en particulier, assure une visibilité à l'élément factuel et partant, suggère sa matérialité. Borné par des limites aux contours visuels -lignes et colonnes- l'élément est en effet, repérable dans l'espace sans qu'il existe à ce titre la moindre ambiguïté. Ainsi, il se situe soit dans la rangée du bas soit dans celle du haut, dans la colonne de gauche ou bien dans celle de droite. Pareille fixité emporte ainsi une certaine univocité de l'élément, univocité qui résulte à la fois de son emplacement spatial unique dans le tableau comme du fait qu'il occupe seul la place qui lui est assignée. Autrement dit, la mise en tableau précise l'élément en ce que celui-ci ne correspond qu'à une seule rubrique de celui-là. Surtout, la forme tabulaire matérialise une opération intellectuelle bien connue des juristes : la qualification. Néanmoins, là où les juristes argumentent pour justifier d'une qualification, le tableau ne rend pas compte des opérations intermédiaires permettant d'affecter l'élément factuel à une catégorie ou à une rubrique générale du tableau. La qualification matérialisée par le tableau suggère plutôt qu'on serait là en présence d'un classement mécanique. En ce sens, la forme tabulaire confère des caractéristiques nouvelles au classement par rapport à ce qui est simplement inhérent au langage. Comme l'énoncent des auteurs, « chaque catégorie y acquiert une définition d'autant plus logiquement rigide qu'elle est spatialement marquée ;

chaque élément doit trouver sa place par inclusion ou par exclusion : il ne peut figurer à l'intersection de plusieurs cases ».354 Partant, une telle rigidité ne tolère pas les hésitations ou le flou susceptible de naître d'une énonciation verbale. En effet, la forme graphique se distingue de la « fluidité et [de] la connexité propre aux formes ordinaires du langage parlé : conversation, discours, (...) ».355 Au contraire, la forme tabulaire y substitue un agencement aux limites marquées par un commencement et une fin et qui ont pour effet de « séparer les concepts »356, de les mettre en ordre à partir de ce qui pouvait être fragmentaire et disparate. En somme, l'énonciation graphique assure à la donnée une certaine cohérence formelle comparable à la formalisation mathématique,357 cohérence susceptible de persuader de prime abord, de la matérialité de la donnée.

133. Rendre la donnée factuelle cohérente ne serait-ce que de manière purement formelle n'est pas sans importance pour l'employeur. En effet, pareille qualité facilite l'analyse comparative, analyse qui constitue une grille de lecture assez commode de la réalité. Plus encore, la forme tabulaire facilite la comparaison compte tenu de la disposition symétrique des rubriques du tableau. Ainsi, la relation entre les données contenues dans le tableau tend à n'être que d'équivalence ou de contradiction.358 A l'image des deux côtés symétriques d'une forme, cela veut dire que seuls deux types de rapports sont possibles : soit les éléments sont comparables soit ils ne le sont pas. La simplicité de ce choix suscite l'adhésion.359 De telles caractéristiques expliquent qu'on recourt à des supports tabulaires à des fins de gouvernement, notamment dans le domaine de l'action publique où il est fréquent de se référer à des tableaux statistiques. En ce qui concerne l'action privée et plus particulièrement la décision de l'employeur, il arrive que celui-ci se fonde aussi sur des formes tabulaires pour arrêter une mesure de gestion du personnel. Il en est ainsi par exemple des comptes rendus d'évaluation, documents en pratique présentés sous la

³⁵⁴ Avant-propos J. Bazin et A. Bensa à La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage par J. Goody, Les éditions de Minuit, coll. « Le sens commun », 1979, p. 17.

³⁵⁵ Ibid., p. 150.

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ Ibid., p. 190.

³⁵⁸ Avant-propos J. Bazin et A. Bensa, *ibid.*, p. 11.

³⁵⁹ Sur la symétrie, v. L. Wittgenstein, *De la certitude*, trad. D. Moyal-Sharrock, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 2006, p. 40 : « Il faut se rappeler que parfois ce sont la simplicité ou la symétrie d'un point de vue qui nous convainquent de sa justesse, c'est-à-dire qui nous induisent à adopter ce point de vue. »

forme de tableaux à compléter mais plus sûrement des documents comptables. Les qualités prêtées aux tableaux justifient tout autant leur usage à des fins rhétoriques. C'est ce qui ressort de l'étude de certaines lettres de licenciement pour motif personnel et économique. S'agissant de ce dernier, un tel usage se comprend aisément compte tenu du fait que les données comptables sont extraites des états comptables de l'entreprise qui ne sont autres que des tableaux standardisés par des normes comptables. De tels tableaux sont présentés au cours des débats judiciaires pour justifier de la réalité des données comptables énoncées à l'appui d'un licenciement pour motif économique.

Plus intrigant est l'usage rhétorique des formes tabulaires à l'appui d'un licenciement pour motif personnel. Pourtant, un tel usage est pratiqué en matière de licenciement pour insuffisance de résultats comme en atteste une lettre de licenciement reproduite dans un arrêt du 12 juin 2008 de la cour d'appel de Paris.³⁶⁰ En l'espèce, une directrice commerciale au sein d'une agence de mannequinat est licenciée pour insuffisance de résultats résultant d'une insuffisance professionnelle.³⁶¹ La salariée répondait plus précisément de l'une des trois activités mannequins de l'entreprise, à savoir celle des adultes Ile de France. Des objectifs globaux de chiffre d'affaires pour le secteur de Paris lui ont été assignés au premier semestre 2004. Dans la lettre de licenciement, l'employeur se fonde principalement sur les éléments quantitatifs figurant dans un tableau joint à ladite lettre en l'espèce, pour procéder à une comparaison entre les résultats de l'activité mannequin de Paris obtenus en 2004 avec ceux obtenus antérieurement ainsi qu'à mesurer l'écart entre l'objectif atteint et celui qui a été fixé pour la même année. ³⁶² Sans qu'il soit possible de déterminer le degré de crédit accordé aux formes d'énonciation graphiques par les juges du fond, ni leur importance dans leur conviction sur la réalité de l'insuffisance professionnelle ou d'une faute ayant conduit à une insuffisance de résultats, il convient néanmoins de souligner que ce mode d'expression des données factuelles en constitue un élément d'appréciation. En l'espèce, même si les juges d'appel ont décidé que le licenciement était injustifié, il n'en demeure pas moins que le tableau joint à la lettre a été examiné comme un

³⁶⁰ CA Paris 12 juin 2008, n° 06/11597.

³⁶¹ Outre une insuffisance de résultats, il lui est également reproché une insuffisance d'action commerciale.

³⁶² Ainsi, l'employeur énonce que « le tableau joint indique que, au premier semestre 2004, l'activité des mannequins adultes à Paris est en retard de 12% par rapport au 1^{er} semestre 2003, et de 15% par rapport à l'objectif 2004, soit un

élément d'appréciation des griefs reprochés à la salariée.³⁶³

D'autres arrêts rendus en appel rendent compte de manière plus explicite de l'usage rhétorique des formes tabulaires en complément des données quantifiables à l'appui de la justification d'un licenciement pour insuffisance de résultats découlant d'une insuffisance professionnelle. A cet égard, un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 14 novembre 2012 est remarquable.³⁶⁴ En l'espèce, un salarié a été engagé en qualité d'ingénieur d'affaires dans une entreprise de fourniture et d'intégration de plates-formes informatiques dédiées au traitement et au stockage de l'information en environnement ouvert. Celui-ci était plus particulièrement chargé de promouvoir ses produits actuellement commercialisés ou en passe de l'être, et de prospecter et fidéliser des clientèles potentiellement intéressées par ceux-ci. Quatre ans après son embauche, le salarié est toutefois licencié pour insuffisance de résultats. Telle que résumée par les juges du fond, la lettre de rupture énonce « l'incapacité évidente [du salarié] à atteindre ses objectifs contractuellement fixés, soit 400 000 euros brut de marge (...) ». ³⁶⁵ Aux fins d'explication de cette insuffisance dans la lettre, l'employeur y intègre un tableau. En effet, il y est mentionné « sur un tableau chiffré de chaque exercice, l'objectif de marge brute [du salarié] (400 000 €), sa réalisation et son pourcentage d'atteinte, soit 59 642,34 € =4,91% (2006 / 2007), 316 450,95 € =9,11% (2007 / 2008), 264 294, 43 € =6,07% (2008 / 2009), 5 555,39 € =, 39% (3 mois sur l'exercice 2009 / 2010); » Là encore, nul obstacle à la forme tabulaire dans la lettre de licenciement. Mieux, les juges accueillent une énonciation quasi mathématique des motifs de licenciement. Point d'expressions littéraires, ni de syntaxe entre les formules, ici les mots sont remplacés par des formules mathématiques, chiffres ou signes formels, comme si leur simple observation suffit pour comprendre la réalité. Allant plus loin, les juges en l'espèce, se servent entre autres éléments d'appréciation, de « divers tableaux produits aux débats » pour établir le caractère durable de la faiblesse des résultats atteints par le salarié licencié. De même, la motivation des juges fait

résultat très insuffisant ». V. la lettre de licenciement reproduite, CA Paris 12 juin 2008, n° 06/11597.

³⁶³ « Que force est toutefois de constater que ces griefs ne reposent sur aucune pièce, abstraction faite de celle annexée à la lettre de licenciement, consistant dans un état comparatif des ventes et objectifs des années 2003 et 2004, par branches d'activités, mannequins adultes PARIS, mannequins kids, et mannequins LYON, et dans l'analyse des écarts cumulés ». Souligné par nous.

³⁶⁴ CA Versailles 14 novembre 2012, n° 10/05080.

³⁶⁵ CA Versailles 14 novembre 2012, n° 10/05080.

apparaître l'importance accordée à des tableaux récapitulatifs de suivi des résultats des collègues du salarié, afférents à plusieurs exercices. En effet, c'est notamment en se fondant sur celles-ci que les juges d'appel contredisent le salarié ayant affirmé que le grief tiré d'une insuffisance de résultats était « vague, non circonstancié, faute pour l'employeur d'apporter une quelconque précision permettant d'apprécier la réalité du reproche tel que formulé dans la lettre de licenciement. » A cela, les juges se fondent sur le contenu de ces tableaux de suivi pour affirmer que faisant apparaître que sur plusieurs exercices le salarié était dernier du classement, lesdits tableaux démontrent une insuffisance de démarchage efficace de clients.³⁶⁶ Même si en l'espèce, les juges d'appel se sont fondés sur d'autres éléments d'appréciation pour juger du bien-fondé du licenciement, il n'en demeure pas moins qu'à plusieurs reprises ils se sont servis des tableaux comme des éléments de preuve.

134. L'extériorisation graphique de l'élément matériellement vérifiable ne va toutefois pas sans inconvénients. Rigidifié à l'extrême par un cadre bidimensionnel, l'élément peut aussi participer à une représentation simpliste de la réalité par rapport à la fluidité du discours oral.³⁶⁷ Donc au lieu d'améliorer la compréhension de la réalité, la mise en tableau risque de diminuer celle-ci. En bref, c'est le caractère réducteur de toute énonciation graphique qui est ici visé. En outre, la rigidité qui se dégage de la structure même des tableaux rime également avec un mode de pensée binaire accusé du même mal. En effet, si le jugement de comparaison est rendu plus évident, c'est parce que l'effet de symétrie du tableau entraîne un classement de l'élément en fonction d'un choix dual. Plus encore, le tableau offre une illustration graphique des trois lois élémentaires de la logique formelle. Il s'agit de la loi d'identité, de la loi de non-contradiction ainsi que de la loi du tiers exclu. La corrélation entre ces deux dernières lois permet par ailleurs de les regrouper sous l'étiquette de la « loi alternative ».³⁶⁸ Cette dernière imprègne fortement la

³⁶⁶ « En effet, les tableaux récapitulatifs de suivi de résultats des ingénieurs d'affaires, afférents aux exercices 2006 / 2007, 2007 / 2008, 2008 / 2009, 2009 / 2010 (3 mois) faisant apparaître systématiquement Mr X... comme dernier du classement en terme de réalisation de pourcentage d'atteinte d'objectif, démontrent de sa part une insuffisance de démarchage efficace de clients (25 développés dont 24 actifs en 4 ans), le tableau récapitulatif des clients produit par l'employeur établissant au contraire que ses collègues ont fait mieux que lui dans le même temps, notamment MMe C..., promue ingénieur d'affaires 9 mois après Mr D... , laquelle a développé 55 clients durant la même période. » Souligné par nous.

³⁶⁷ J. Goody, op. cit., p. 111.

³⁶⁸ Sur ce sujet cf. R. Blanché, La logique et son histoire d'Aristote à Russell, Armand Colin, coll. « U. Philosophie »,

classification et sa matrice formelle, le tableau. Concernant la loi de non-contradiction qui découle du principe de l'identité, cela signifie que l'être est identique à l'être ou alors que A est A. A l'inverse, si A n'est pas A, il est nécessairement autre chose qui sera dénommée à des fins explicatives B. C'est le principe de la négation ou principe de non-contradiction, première facette de la loi de l'alternative. Complétée par le principe du tiers exclu, cette dernière signifie qu'il n'y a pas d'intermédiaire possible entre A et B. Seules des subdivisions au sein même de A et de B peuvent exister. La loi de l'alternative ignore donc les nuances et simplifie la réalité au profit du seul choix dual. La mise en tableau permet justement de visualiser ce mode de pensée. Le classement des éléments chiffrés dans les nomenclatures comptables en est un parfait exemple. Si des données doivent être classées dans un bilan, celles-ci le seront ou bien à la rubrique de l'actif ou bien à celle du passif. Il en est de même du compte d'exploitation. Le classement se fera soit dans la colonne des produits, soit dans celle des charges. Pareille segmentation de la réalité se révèle ainsi particulièrement statique. Ou bien un élément remplit les critères de rattachement à la catégorie A ou bien ceux de la catégorie B. Cette relation binaire d'équivalence ou de contradiction fige finalement les objets d'autant plus qu'elle est matérialisée par un tableau. Plus avant, ce caractère simpliste du tableau lui a parfois valu d'être qualifié de « technique écrite brutale ».³⁶⁹ Il en est ainsi d'autant plus que ce format ne tolère pas « la case vide ».³⁷⁰ Or, à force de contorsions l'énonciation graphique des données peut être contreproductive à la compréhension de la réalité. Néanmoins, des limites de la forme tabulaire il peut en résulter paradoxalement, un avantage non négligeable. En formalisant de manière graphique une classification même au prix d'une relative simplification de la réalité, le tableau peut devenir un texte de référence, à savoir un modèle idéal au service de sa compréhension.³⁷¹ En effet, le modèle idéal désigne « une représentation schématique d'un objet ou d'un processus proposant une image plus intelligible d'un objet complexe observable ».³⁷² Les données qui sont contenues dans des tableaux peuvent alors produire un effet de généralité venant effacer les arbitrages opérés par l'employeur.

1970.

³⁶⁹ J. Goody, op.cit., p. 131.

³⁷⁰ Ibid., p. 258.

³⁷¹ Sur l'œuvre modélisatrice de la catégorisation analytique voir Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 166, 2017, p. 32 s.

³⁷² Ibid., p. 73.

2. Le réalisme diffusé par l'effet de généralité des données factuelles

135. Les formes graphiques peuvent persuader de l'objectivité des données en leur sein en les faisant monter en généralité, c'est-à-dire en les abstrayant des contingences dont elles sont pourtant tributaires. Cette généralisation est déjà redevable de la structure de ces procédés et notamment du tableau. En effet, la structure tabulaire permet de considérer les données dans un ensemble, un tout unique.³⁷³ Le tableau apparaît alors comme un mode de sélection des énoncés qui les abstrait des situations réelles dans lesquelles elles se sont produites pour les ordonner en son sein.³⁷⁴ Pour le comprendre, il convient de porter un autre regard sur la forme tabulaire. Il ne s'agit plus seulement d'y voir une matrice de lignes et de colonnes mais plutôt une combinaison de listes. Désignant « une suite continue, hiérarchisée ou non, de noms (de personnes ou d'objets) ou de signes généralement présentés en colonne »,³⁷⁵ la liste constitue en effet, la composante essentielle de la forme tabulaire. « Embrassée instantanément du regard »,³⁷⁶ c'est elle en réalité qui permet de mettre les données énoncées sur un même plan. Ainsi, la liste n'est qu'un moyen par lequel l'écriture suscite la décontextualisation et partant, fait acquérir « une maîtrise nouvelle de la réalité ». ³⁷⁷ C'est non sans raison d'ailleurs que l'activité de mise liste a favorisé le développement des savoirs ayant trait à l'histoire des sciences d'observation ainsi qu'à un niveau plus général, de la recherche et de la définition de schémas classificatoires.³⁷⁸ Il en est ainsi des livres de compte, apparus originellement sous la forme de listes.³⁷⁹

136. Le réalisme produit par l'effet de généralité des formes graphiques présente toutefois un écueil. En effaçant les modalités pratiques de production des données énoncées, les formes graphiques risquent en effet d'en diminuer la compréhension. Pourtant, un tel écueil résiste

³⁷³ V. « Totalisation », 3^e sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

³⁷⁴ J. Goody, op.cit. p. 150 et s.

³⁷⁵ V. « Liste », 1^e sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

³⁷⁶ A. Desrosières, *Pour une sociologie de la quantification. L'argument statistique I*, Presses de l'Ecole des Mines, coll. Sciences sociales, 2008, p. 122.

³⁷⁷ J. Goody, op.cit. p. 193.

³⁷⁸ Ibid. p. 191.

³⁷⁹ Sur l'histoire de la comptabilité, v. *ibid.*, p. 151-152.

difficilement à l'avantage cognitif qui résulte paradoxalement des formats graphiques compte tenu de la mise à distance opérée entre l'énoncé inséré et le sujet qui l'énonce. L'emploi du tableau par l'employeur dans son argumentation au soutien des motifs du licenciement contribue ainsi à son effacement derrière la forme graphique. Se trouvent par là-même occultés les éventuels choix qui ont pu conditionner la donnée matériellement vérifiable. L'effacement de l'employeur est d'autant plus accentué lorsque les formes graphiques et leurs critères d'appartenance résultent d'une stabilisation voire, d'une normalisation issue de savoirs particuliers. La décision paraît alors objective parce qu'elle se réfère à un support standardisé. Il en est en particulier ainsi lorsque l'employeur se réfère à des tableaux stabilisés au sein d'une communauté de savants tels les documents comptables (bilan, compte d'exploitation...).³⁸⁰ Les énoncés qui y figurent acquièrent alors une généralité en ce qu'ils sont classés dans un ensemble homogène qui fait fi de certaines caractéristiques ou perceptions jugées peu importantes. Les éléments que charrient les énoncés sont en quelques sortes lissés selon une approche par type. Il s'agit ainsi de sélectionner les énoncés en fonction des traits jugés les plus saillants ou les plus originaux. Or, un tel choix constitue justement l'apanage de la normalisation, c'est-à-dire d'un processus d'élaboration de standards types.³⁸¹ En ce qui concerne les tableaux comptables, ceux-ci sont issus d'une normalisation. Leur rôle est de servir de référentiels à la mesure de l'activité économique d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprise. Outre leur officialisation par les organismes de normalisation, ceux-ci le sont également par la voie des lois et des règlements³⁸² voire même des règlements européens.³⁸³ Or pareille officialisation des tableaux comptables a un effet « d'hyper-généralisation » qui se reporte sur les énoncés classés à l'intérieur de ceux-ci.³⁸⁴ En effet, lorsqu'une liste ou combinaison de liste est « investie d'un certain prestige », c'est-à-dire d'une stabilisation par une autorité habilitée par l'ordre juridique étatique, les énoncés acquièrent une généralité supplémentaire.³⁸⁵

³⁸⁰ Sur le savoir comptable, cf. infra n° 293 s.

³⁸¹ Sur le modèle type, cf. Y. Ferkane, op. cit., p. 69 s.

³⁸² Il en est ainsi du Plan comptable général qui, après son adoption par le Conseil national de la comptabilité, a été approuvé par un arrêté ministériel.

³⁸³ Ainsi, le référentiel des normes comptables internationales de l'IASB a été consacré en droit communautaire par le règlement européen n° 1606/2002 pour les comptes consolidés des sociétés européennes cotées.

³⁸⁴ J. Goody, op.cit., p. 187.

³⁸⁵ Ibid.

Qu'ils soient normalisés ou non, il résulte de ce qui précède que les formats graphiques offrent l'illusion d'exprimer un point de vue désincarné. Or, c'est bien « cette vue d'ailleurs ou vue de nulle part »³⁸⁶ qui alimente un supplément d'apparence d'extériorité à l'élément factuel.

137.Cet essai de typologie des données matériellement vérifiables a mis en exergue les différents procédés langagiers avec lesquels l'employeur construit le récit des faits à l'origine du licenciement et partant, son argumentation au soutien de la réalité du motif d'un tel acte. Même s'il n'y a pas nécessairement de règle juridique obligeant l'employeur à utiliser ces procédés langagiers, il n'en demeure pas moins que leur force rhétorique est reconnue par l'employeur qui souhaite persuader de la vraisemblance des faits à l'origine du licenciement. En dehors de celui-ci, l'employeur peut recourir à un autre mode de formalisation des données matériellement vérifiables. L'identification de catégories pertinentes de salariés bénéficiaires d'un avantage constitue une autre voie en ce sens.

Section 2 : L'identification de catégories pertinentes

138.L'identification d'une catégorie de salariés pertinente pour le bénéfice d'un avantage unilatéral n'est pas un acte anodin, mais l'expression d'un pouvoir considérable dans la mesure où des différences de traitement injustifiées peuvent en résulter. L'objectivité de ladite identification permet de lutter contre le choix arbitraire d'exclure certains salariés du bénéfice d'un tel avantage. En effet, l'employeur doit être en mesure de justifier objectivement l'octroi de celui-ci à certains salariés et non à d'autres par le rattachement des premiers à une catégorie préalablement définie et contrôlable.³⁸⁷ L'obligation de transparence sur les conditions d'octroi d'un avantage à laquelle est tenu l'employeur en amont de sa mise en œuvre, l'y invite. Pareille obligation le conduit alors à formaliser des éléments ou critères matériellement vérifiables pour définir les catégories de salariés bénéficiaires de l'avantage. En effet, leur objectivité dépend de celle attachée à leurs éléments d'identification. Il en ressort que des critères de rattachement jugés

³⁸⁶ A. Desrosières, op. cit, p. 122.

³⁸⁷ Cass. Soc. 18 janv. 2000, n° 98-44.745, Bull. civ., V n° 25; Dr. Soc. 2000, p. 436, obs. Ch. Radé; V. également infra n° 230.

flous ou à l'inverse objectifs, conduisent à juger pareillement la catégorie qu'ils définissent.³⁸⁸ Partant, c'est l'objectivité des éventuelles différences de traitement qui peut être contestée ou reconnue de cette manière.

139. Si l'identification de catégories pertinentes de salariés bénéficiaires d'un avantage permet de justifier objectivement des différences de traitement, c'est parce qu'elle laisse apparaître une « situation objective des personnes »³⁸⁹ ou des « conditions objectives »³⁹⁰ différentes par rapport à la situation ou aux conditions dont relèvent ceux qui seraient exclus de l'avantage. En d'autres termes, une telle identification persuade que la différenciation est fondée en réalité parce que ces mêmes salariés s'identifient sous une étiquette fixe qui leur permet ensuite de se situer par rapport aux autres, c'est-à-dire de se comparer par rapport à ceux qui relèvent d'une situation différente donc d'une catégorie distincte.

140. Dans sa démarche d'identifier des catégories pertinentes de salariés auxquels un avantage est accordé, l'employeur peut être conduit à formaliser des critères de définition imposés par le législateur. Dès lors, la catégorie identifiée et donc les différences de traitement susceptibles d'en résulter sont présumées objectives de manière irréfragable. (**Paragraphe 1^{er}**) Néanmoins, cette hypothèse est rare. La plupart du temps l'employeur est invité à formaliser des critères qu'il aura lui-même choisis. L'identification de la catégorie pertinente relève alors de son pouvoir unilatéral ce qui explique l'absence de présomption d'objectivité de celle-ci en cas de litige. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1 : *La formalisation de critères d'identification imposés par le législateur*

141. La loi dicte parfois les critères qu'est tenu d'adopter l'employeur qui entend conférer un avantage à une ou plusieurs catégories de salariés. Tel est le cas en matière de régime de prévoyance, frais de santé ou de retraite supplémentaires. Rien d'étonnant à cela, la protection

³⁸⁸ Sur ce lien, cf. C. Wolmark, La définition prétorienne. Etude en droit du travail, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 69, 2007.

³⁸⁹ Cass. Civ. 2^e, 11 juin 2009, n° 08-13.315.

³⁹⁰ Cass. Soc. 17 mars 2010, n° 08-42.262, inédit.

sociale complémentaire des salariés s'étant historiquement construite à partir de différences catégorielles, dont la plus évidente, reste celle qui oppose cadres et non cadres. Ces dernières sont tout autant issues du droit du travail que des assurances sociales.³⁹¹ Si la fusion entre l'Agirc et l'Arrco devrait modifier la donne en matière de retraite complémentaire obligatoire,³⁹² l'identité de traitement dans les systèmes de garanties collectives est loin d'être assurée. Le législateur se contente ainsi d'exiger en contrepartie de dispositifs incitatifs, que les garanties soient distribuées à des groupes d'individus, construits à partir de critères préétablis, de critères dits « objectifs ». C'est dans le but d'assurer le développement de garanties de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire au profit des salariés dans des conditions « qui visent un objectif d'équité entre salariés »,³⁹³ que la loi du 21 août 2003 a limité l'exemption de l'assiette des cotisations sociales dont bénéficie le financement patronal de ces garanties, à celles qui revêtent un caractère collectif et obligatoire. Il convient de mesurer la portée de ce dispositif.³⁹⁴

142. L'article L. 242-1 4° du code de la Sécurité sociale prévoit à ce titre que les contributions des seuls employeurs destinées au financement des prestations de protection sociale complémentaire entrant dans le champ des articles L. 911-1 et L. 911-2 du même code, « servies au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit, par des institutions de prévoyance, par des institutions de gestion de retraite supplémentaire, par des mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance et de capitalisation ou par des entreprises régies par le code des assurances », sont exclus de l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Toutefois, le bénéfice de cette exonération est soumis au respect d'une double condition. Les garanties doivent revêtir un caractère obligatoire et bénéficier à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux. Plus que le caractère obligatoire, c'est le caractère collectif de la garantie qui intéresse. En effet, au regard de cette exigence, on apprend que lorsque la garantie ne bénéficie

³⁹¹ Sont exclus des assurances sociales telles que mises en place par la loi 5 avril 1928 et celle du 30 avril 1930 sur les assurances sociales, les cadres ayant élaboré des régimes de retraite privés issus notamment de la négociation avec leurs employeurs.

³⁹² Accord Agirc-Arrco-Agff du 30 octobre 2015.

³⁹³ Circulaire n° DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013 relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de sécurité sociale des contributions des employeurs destinées au financement de prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire.

³⁹⁴ Art. 113 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites.

pas à l'ensemble des salariés de l'entreprise, elle doit être octroyée à une « catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret »³⁹⁵. Encore fallait-il identifier ces critères objectifs. L'article D. 242-1 du code de la Sécurité sociale ne donne à ce sujet aucune indication décisive. De manière répétitive, le texte se contente de rappeler que les « opérations de retraite mentionnées au septième alinéa de l'article L. 242-1 sont celles organisées par des contrats d'assurance souscrits par un ou plusieurs employeurs ou par tout groupe d'employeurs auprès d'entreprises relevant du code des assurances, d'institutions de prévoyance régies par le titre III du livre IX du présent code ou d'organismes mutualistes relevant du livre II du code de la mutualité au profit d'une ou plusieurs catégories objectives de salariés ». On peut donc simplement en déduire qu'une catégorie objective de salariés se définit à partir de critères objectifs.

143. En l'absence de précision plus substantielle, c'est l'administration qui fut contrainte dans plusieurs circulaires, dont la plus fameuse date du 30 janvier 2009,³⁹⁶ de définir ce que recouvrait la notion de catégorie objective. L'administration a ainsi considéré que l'exonération n'était possible que si le système de garanties avait « vocation à s'appliquer de manière générale et impersonnelle ». Poussant plus loin le raisonnement, elle a également indiqué que la catégorie objective devait être « définie en référence au Code du travail, à la Convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres, aux usages ou accords collectifs en vigueur dans la profession ». Elle en a donc déduit que « les catégories définies au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, même si elles découlent d'usages ou accords particuliers ne pourront être retenues dans la mesure où la catégorie est trop étroitement définie ». L'administration avait ainsi fixée « limitativement les catégories objectives possibles ».³⁹⁷ Cette démarche fut discutée par certains auteurs qui ont pu juger qu'en procédant de la sorte, le signataire de la circulaire ne cherchait pas tant à exclure les critères conduisant à établir une catégorie ne révélant pas une

³⁹⁵ Formellement, la référence aux catégories objectives a été introduite dans le Code de la Sécurité sociale par l'article 1^{er} du décret n° 2005-435 du 9 mai 2005 précisant les conditions dans lesquelles les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Son contenu a été codifié à l'article D. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

³⁹⁶ Circulaire n° DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009 relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de sécurité sociale des contributions des employeurs destinées au financement de prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire.

³⁹⁷ V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, éd. Panthéon Assas, 2011, p. 69.

décision générale et impersonnelle, mais plutôt à « exclure tous critères autres que ceux limitativement énoncés par la circulaire ». ³⁹⁸ Ce raisonnement binaire mais source de sécurité juridique ne fit pas l'unanimité, certains craignant sans doute que de la sorte la pertinence des catégories ainsi retenues ne soit pas véritablement interrogée. Toutefois, malgré les critiques formulées à l'égard de cette position de l'administration, le décret du 9 janvier 2012 s'est, pour une large part, aligné sur celle-ci. L'article R. 242-1 du code de la sécurité sociale, qui en est issu, prévoit ainsi dans un premier temps que les garanties visées peuvent ne couvrir qu'une ou plusieurs catégories de salariés « sous réserve que ces catégories permettent, dans les conditions prévues à l'article R. 242-1-2, de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées ». Surtout, l'article précité précise ensuite que les catégories visées par l'article L. 242-1 du code de la Sécurité sociale doivent être définies à partir d'une série de critères dits objectifs. Le premier critère est relatif à l'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres, ³⁹⁹ le deuxième à un seuil de rémunération déterminé à partir de tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite, ⁴⁰⁰ le troisième à la place dans les classifications professionnelles, ⁴⁰¹ le quatrième a trait au niveau de responsabilité, au type de fonction ou au degré d'autonomie dans le travail des salariés ⁴⁰² et le dernier à l'appartenance à certaines catégories spécifiques de salariés définies conventionnellement ou à partir d'usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession. ⁴⁰³ Il est également précisé que ces catégories ne

³⁹⁸ B. Serizay, « La circulaire du 30 janvier 2009 m'a tué », *SSL*, 2009, n°1389, p. 6.

³⁹⁹ 1° L'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres résultant de l'utilisation des définitions issues des dispositions des articles 4 et 4 bis de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention ;

⁴⁰⁰ 2° Un seuil de rémunération déterminé à partir de l'une des limites inférieures des tranches fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite issus de la convention nationale mentionnée au 1° ou de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961, sans que puisse être constituée une catégorie regroupant les seuls salariés dont la rémunération annuelle excède la limite supérieure de la dernière tranche définie par l'article 6 de la convention nationale précitée ;

⁴⁰¹ 3° La place dans les classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés au livre deuxième de la deuxième partie du Code du travail ;

⁴⁰² 4° Le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie ou l'ancienneté dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou les accords mentionnés au 3° ;

⁴⁰³ 5° L'appartenance au champ d'application d'un régime légalement ou réglementairement obligatoire assurant la couverture du risque concerné, ou bien l'appartenance à certaines catégories spécifiques de salariés définies par les stipulations d'une convention collective, d'un accord de branche ou d'un accord national interprofessionnel

peuvent en aucun cas être définies en fonction du temps de travail, de la nature du contrat, de l'âge ou sauf exception⁴⁰⁴, de l'ancienneté des salariés. Certains critères relatifs à la personne du salarié ou au contrat de travail sont ainsi expressément exclus.

144. L'objectivité d'une telle identification s'avère nécessaire étant donné que des éléments de la rémunération des salariés peuvent varier en fonction de leur appartenance ou non à ladite catégorie. Autrement dit, le choix patronal de réserver le bénéfice de certaines garanties de protection sociale complémentaire seulement à une ou plusieurs catégories de salariés peut être à l'origine d'inégalités salariales. Toutefois, l'intervention du législateur dans la définition de ces catégories est censée contrecarrer tout risque d'arbitraire dans leur identification et inversement, dans l'exclusion de certains salariés du bénéfice desdites garanties. En effet, si l'employeur souhaite couvrir seulement une ou plusieurs catégories de salariés, il est obligé de tenir compte de critères qualifiés d'« objectifs » par le législateur. Cependant, le sens de l'article R. 242-1-1 se comprend également rapporté à l'article qui le suit, autrement dit l'article R. 242-1-2. Cet article pose quatre présomptions de conformité à la loi. Sont ainsi considérées, par exemple, comme couvrant l'ensemble des salariés placés dans une situation identique au regard des garanties mises en place, « les prestations de retraite supplémentaire bénéficiant à des catégories établies à partir des critères mentionnés aux 1° à 3° de l'article R. 242-1-1 ». Il faut comprendre par là qu'une présomption⁴⁰⁵ d'égalité jouera dès lors que la garantie est réservée aux salariés appartenant à des catégories définies à partir du critère de l'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres, du seuil de rémunération déterminé à partir de tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite, ou de la place dans les classifications professionnelles. En dehors de ces cas, l'employeur devra être en mesure de justifier que la ou les catégories établies à partir des critères objectifs mentionnés à l'article R.

caractérisant des conditions d'emploi ou des activités particulières, ainsi que, l'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession;

⁴⁰⁴ Prévue à l'article R. 242-1-2 : Le fait de prévoir que l'accès aux garanties est réservé aux salariés de plus de douze mois d'ancienneté pour les prestations de retraite supplémentaire et les prestations destinées à couvrir des risques d'incapacité de travail, d'invalidité, d'inaptitude ou de décès, et aux salariés de plus de six mois d'ancienneté pour les autres prestations, ne remet pas en cause le caractère collectif de ces garanties.

⁴⁰⁵ Dont on ignore la valeur, simple ou irréfutable. Quoi qu'il en soit, « le juge a toujours la possibilité d'écarter leur application en estimant que certaines de leurs conditions (...) font défaut », P. Morvan, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 8^e éd., p. 1070.

242-1-1 permettent de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées. Autrement dit, l'adoption d'un critère objectif tel que défini par l'article R. 242-1-1 ne préjuge pas toujours du respect de l'exigence d'égalité. Cela dépend à la fois du critère mobilisé et du type de garantie en jeu. La nécessité de mobiliser différemment les critères en fonction des garanties concernées n'est pas sans assouplir la portée contraignante des critères posés par l'article R. 242-1-1 du code de la sécurité sociale. En effet, même s'il lui appartient alors de démontrer l'existence d'une différence de situation entre salariés en lien direct avec l'objet de la garantie,⁴⁰⁶ il n'empêche que la faculté consentie d'opter pour différents critères offre une certaine liberté à l'employeur.

145. Mais que valent ces critères dits objectifs ? Sont-ils matériellement vérifiables ? Représentent-ils sur des données c'est-à-dire, sur des éléments indépendants de la seule appréciation unilatérale de l'employeur ?⁴⁰⁷ De ces critères dits « objectifs » il ressort que le législateur ne fait pas directement référence à des éléments matériellement vérifiables hormis le deuxième qui fait référence à une donnée quantifiable c'est-à-dire, un seuil de rémunération. Plus encore, la lecture de certains de ces critères laisse apparaître que l'employeur conserve une relative marge d'appréciation dans l'identification des catégories de salariés couverts par les garanties. Par exemple, les troisième et quatrième critères interrogent. La référence faite au « niveau de responsabilité, au type de fonction ou au degré d'autonomie dans le travail des salariés » ou à la « place dans les classifications professionnelles » sans autre précision qu'un renvoi à une définition conventionnelle, ne permet pas de conclure au caractère matériellement vérifiable de ces critères. En effet, le renvoi opéré par le législateur à des définitions conventionnelles ne préjuge pas de l'existence de définitions matériellement vérifiables desdits critères. A cet égard et à titre d'illustration, des dispositions conventionnelles comme celles figurant dans la convention « SYNTEC » du 15 décembre 1987, ne donnent pas de définition précise matériellement vérifiable du niveau de responsabilité, du type de fonctions ou du degré d'autonomie dans le

⁴⁰⁶ La circulaire donne des exemples selon les garanties. Ainsi, cette différence peut résulter pour les garanties invalidité/incapacité/décès d'un degré d'exposition plus important résultant de la nature du métier propre à la catégorie professionnelle en cause.

⁴⁰⁷ Sur la nécessité de recourir à des éléments indépendants du pouvoir de l'employeur pour satisfaire à l'exigence d'objectivité cf. supra n° 80.

travail des salariés. C'est à cette conclusion, qu'invite en particulier l'Annexe II relative à la classification des ingénieurs et cadres et surtout, le tableau au sein duquel sont classés des énoncés censés décrire les différentes fonctions qui peuvent être exercées par eux selon la position occupée. En effet, il ressort de la lecture de ces différents énoncés que l'employeur conserve une marge d'appréciation considérable quant à leur interprétation. On y trouve par exemple, des références floues aux « initiatives » ou « aux très larges initiatives » en fonction de la position occupée, aux « responsabilités » exercées par les ingénieurs et cadres voire, à la « pleine possession de leur métier ». En outre, moins leur classement est élevé, moins ils occupent des fonctions de commandement et plus ils se trouvent placés sous les ordres d'un supérieur ce qui les rapproche alors des non-cadres. Par exemple, les ingénieurs et cadres occupant la position 2.2 doivent remplir des « instructions précises de leur supérieur » et exercer leur métier « sans fonction de commandement ».

146.Face au flou entourant ce renvoi aux classifications tirées des conventions collectives de branche (le troisième critère), l'administration a jugé utile d'apporter quelques précisions. Elle indique ainsi qu' « est ici visé le premier niveau de classification des salariés défini par la convention de branche dont relève l'employeur (ou l'accord professionnel ou interprofessionnel), indépendamment du sens donné par ces textes aux termes « classification », « catégorie », «niveau », etc.⁴⁰⁸ Elle donne à ce titre un exemple : « les montants des salaires minima de la convention X garantis par la branche correspondent à deux catégories de fonctions :

- Catégorie 1 : les techniciens, rémunérés en fonction de l'ancienneté et selon une échelle de 7 niveaux désignés par des lettres (A→G).
- Catégorie 2 : les cadres, rémunérés en fonction de l'ancienneté et selon une échelle de 4 niveaux désignés par des lettres (H→ K) ». Elle considère ainsi que la catégorie des techniciens constitue une catégorie objective au regard du troisième critère à l'inverse des niveaux A à G qui correspondent au deuxième niveau de classification des salariés. Si le raisonnement a le mérite d'être clair, il s'avère simpliste. C'est pourquoi, on se fiera volontiers aux indications complémentaires de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale, (Acos) pour qui « ce

⁴⁰⁸ Circulaire n° DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013 relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de sécurité sociale des contributions des employeurs destinées au financement de

critère implique de ne retenir que les niveaux de classification formalisés dans la convention collective permettant d'identifier une catégorie professionnelle, la prise en compte systématique du premier niveau de la grille de classification pouvant s'avérer dans certains cas, non pertinente en raison des rédactions mêmes des conventions. (...) Le premier niveau de subdivision de l'article sur la classification ne correspond pas au critère n° 3 s'il ne renvoie pas à des fonctions distinctes, ce qui conduit alors à rechercher dans la convention collective l'existence d'une distinction plus structurante (ouvriers / ETAM/ Cadres...). Les catégories objectives de salariés constituées sur la base de ce critère renvoient bien à des ensembles de métiers ou de fonctions structurants pour la branche et les entreprises ». ⁴⁰⁹

147.Concernant le quatrième critère, à savoir « le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie ou l'ancienneté dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou les accords mentionnés au 3° », on apprend que « sont ici visés les niveaux de classification adoptés par la convention de branche dont relève l'employeur (ou l'accord professionnel ou interprofessionnel) à partir du premier niveau immédiatement inférieur à celui constituant le critère n° 3 ci-dessus et jusqu'au niveau le plus bas à condition que ces niveaux correspondent à une définition ». L'ACOSS indique que ce quatrième critère autorise notamment le recours à l'ancienneté lorsqu'il s'agit strictement d'un élément conditionnant l'accès à certains échelons ou niveaux d'emploi au sein des classifications professionnelles. Ainsi, à titre d'exemple, la Convention collective nationale des sociétés financières du 22 novembre 1968, dans sa partie relative aux dispositions particulières applicables aux cadres, dispose que la position cadres débutants n'a vocation à concerner que les jeunes cadres sans expérience professionnelle et titulaires d'un des diplômes énumérés par la CCN, et ce, pour une durée ne pouvant excéder 36 mois ».

148.L'employeur est également susceptible de conserver une marge d'appréciation considérable à propos d'autres critères. Il peut en aller ainsi de ceux tirés de l'appartenance des salariés à des catégories professionnelles que le législateur détermine aussi par renvoi aux

prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire, fiche n° 5.

⁴⁰⁹ ACOSS, lettre circulaire n° 2015000045.

définitions conventionnelles. A fortiori, il peut en aller de même du critère tiré de l'appartenance à une catégorie définie par renvoi aux usages de la profession et ce, dans la mesure où ceux-ci ne font pas nécessairement l'objet d'un écrit. En outre, hormis la référence plus évocatrice à l'appartenance à la catégorie de cadres et de non cadres,⁴¹⁰ le législateur ne donne pas de précision sur les autres catégories professionnelles susceptibles d'être utilisées comme critères d'identification des salariés bénéficiaires des garanties de protection sociale complémentaire. Le renvoi quasi systématique aux conventions collectives fait que cet encadrement législatif de la détermination des catégories de salariés couverts est souple parce qu'il permet à l'employeur de choisir plus librement les critères de rattachement aux dites catégories. Du reste, même la référence à l'appartenance à la catégorie de cadres et de non cadres ne constitue pas un critère d'identification rigide compte tenu de la porosité de cette distinction. En attestent les définitions des cadres auxquelles renvoie l'article R. 242-1-1 du code de la sécurité sociale à savoir, celles issues des dispositions des articles 4 et 4 bis de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention. La première de ces dispositions, l'article 4, permet d'étendre la catégorie de cadres à d'autres catégories professionnelles en principe distinctes tels que les VRP. A cet égard, la convention précitée facilite l'assimilation de ces derniers à la catégorie de cadres en conditionnant celle-ci à

⁴¹⁰ Avant l'arrêt Pain, (Cass. Soc. 1^{er} juill.2009, n° 07-42.675, Bull. civ. V, n°168) des différences de traitement pouvaient être considérées comme justifiées en raison de la référence à la catégorie professionnelle des cadres. La croyance dans l'existence matérielle des cadres comme groupe social ou classe d'équivalence peut être retracée historiquement. Un auteur a ainsi entrepris de révéler le travail d'invention et d'objectivation qui a permis d'attribuer une forme au groupe des cadres et donc de le rendre visible. L. Boltanski, *Les cadres. La formation d'un groupe social*. Les éditions de minuit, coll. : le sens commun, 1982, p.51 s. D'après l'auteur, au lieu de rechercher la substance derrière le substantif, c'est bien plutôt la description des conditions de formation de ce dernier qui s'est avérée éclairante pour en comprendre le sens. Ainsi, l'objet peut être appréhendé « en interrogeant le travail de regroupement, d'inclusion et d'exclusion, dont il est le produit, et en analysant le travail social de définition et de délimitation qui a accompagné la formation du groupe et qui a contribué, en l'objectivant, à le faire être sur le mode du cela-va-de-soi ». Cf. p. 51-52. L'institutionnalisation du groupe par un système de représentation est une étape clé pour comprendre la manière dont la catégorie des « cadres » s'est stabilisée. En effet, il a été souligné que cette vertu résulte des effets réificateurs que la représentation exerce sur le groupe. C'est par l'action de ses membres et plus précisément, par les luttes menées par ses porte-paroles, que ledit groupe est passé de simple agrégat silencieux à une catégorie dotée d'un nom générique auquel sont associées des représentations mentales. Cela montre bien que la désignation nominale d'une catégorie résulte d'un choix à la suite d'un travail social de mobilisation en vue de l'institutionnalisation du groupe et dont l'ultime étape réside dans la mise en place d'instances officielles qui le représentent et à la tête desquelles des personnes physiques sont placées pour « incarner la personne collective ». Cf. p.57.

la satisfaction d'au moins un critère parmi les trois cités, relatifs à une formation équivalente,⁴¹¹ à l'exercice d'un commandement par délégation de l'employeur⁴¹² et à l'exercice de fonctions impliquant notamment initiative et responsabilité.⁴¹³ En outre, la référence aux fonctions impliquant ces deux dernières qualités sans plus de précisions facilite d'autant plus l'extension de la catégorie de cadre. Même ce qui paraît structurer la distinction des cadres et non-cadres, à savoir l'exercice de fonctions de commandement pour les premiers et des fonctions d'exécution pour les seconds, n'est pas un obstacle à l'extension de la catégorie de cadres à d'autres catégories professionnelles. L'article 4 bis de la convention précitée s'affranchit ainsi de cette distinction en étendant par assimilation la catégorie de cadres aux employés, techniciens et agents de maîtrise sous certaines conditions.⁴¹⁴

149. Les imprécisions portant sur les critères posés par le législateur laissent donc une certaine marge d'appréciation unilatérale desdits critères. L'encadrement légal du pouvoir de constituer une ou plusieurs catégories de salariés bénéficiaires d'une protection sociale complémentaire est donc assez modéré. Hormis cette hypothèse où le pouvoir de constituer des catégories de salariés est dans une certaine mesure, contraint par l'usage de critères imposés par le législateur, l'employeur dispose d'une grande liberté de choix desdits critères et partant, d'une marge de manœuvre non négligeable pour constituer des catégories de salariés bénéficiaires d'un avantage.

150. La jurisprudence en la matière conforte ce sentiment. Comment ne pas signaler à ce sujet les arrêts du 13 mars 2013 dont il résulte qu'en « raison des particularités des régimes de

⁴¹¹ « a) avoir une formation technique, administrative ou commerciale équivalente à celle des cadres de l'entreprise (ou à défaut de cadre dans l'entreprise, équivalente à celle des cadres de la profession) et exercer des fonctions requérant la mise en œuvre des connaissances acquises »

⁴¹² « b) exercer par délégation de l'employeur un commandement sur d'autres représentants ; »

⁴¹³ « c) exercer des fonctions impliquant initiative, responsabilité, et pouvoir être considérés comme ayant délégation de l'autorité du chef d'entreprise. »

⁴¹⁴ Pour l'application de la présente Convention, les employés, techniciens et agents de maîtrise sont assimilés aux ingénieurs et cadres visés à l'article précédent, dans les cas où ils occupent des fonctions :

a) classées par référence aux arrêtés de mise en ordre des salaires, à une cote hiérarchique brute égale ou supérieure à 300 (1) ;

b) classées dans une position hiérarchique équivalente à celles qui sont visées au a) ci-dessus, dans des classifications d'emploi résultant de conventions ou d'accords conclus sur le plan national ou régional en application des dispositions légales en vigueur en matière de convention collective.

prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prennent en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle ». ⁴¹⁵ Autrement dit, l'exigence d'égalité ne trouve pas à s'appliquer lorsque la différence de traitement en matière de « régimes de prévoyance » est opérée notamment entre cadres et non cadres. A ce titre, il importe de souligner que l'origine, conventionnelle ou unilatérale, ne change pas la donne. Finalement, une incertitude demeure. Les récentes évolutions jurisprudentielles opérées en matière de différences de traitement d'origine conventionnelle en droit du travail sont-elles susceptibles de s'appliquer dans le domaine de la protection sociale complémentaire ? On songe notamment aux différences de traitement opérées par ce biais entre salariés appartenant à la même catégorie professionnelle mais exerçant des fonctions différentes⁴¹⁶. L'avenir le dira.

Hormis l'hypothèse étudiée où l'exigence d'objectivité perd de son sens dès lors qu'elle ne vise qu'à légitimer des intérêts catégories particuliers, celle-ci retrouve une certaine vigueur lorsque les critères sont unilatéralement choisis par l'employeur.

Paragraphe 2 : La formalisation de critères *d'identification* unilatéralement choisis

151. Si l'employeur souhaite persuader de l'objectivité des avantages accordés à certaines catégories de salariés, il a tout intérêt à formaliser des critères d'identification qui reposent sur des éléments matériellement vérifiables donc susceptibles de preuve et qui constituent en même temps des raisons objectivement valables au soutien d'une différence de traitement. Chemin faisant, cela doit le conduire à présenter des énoncés réalistes comme dans le récit au soutien des motifs d'un licenciement.⁴¹⁷ De manière plus précise, le recours à un registre réaliste invite l'employeur à formaliser des critères en lien avec un contexte. (A) Toutefois, l'étude de la

⁴¹⁵ Cass. Soc., 3 mars 2013, n° 11-20.490. Pour une analyse bienveillante de ces arrêts, on se référera utilement au numéro 1576 de la SSL du 18 mars 2013.

⁴¹⁶ Cass. Soc. 8 juin 2016 n° 15-11.324.

⁴¹⁷ Cf. supra n° 115 s.

jurisprudence donne à voir une conception souple de leur réalisme. Ainsi, les juges admettent parfois que des différences de traitement soient objectivement justifiées par des critères qui ne sont pas détachés du pouvoir de l'employeur. (B)

A. Le réalisme par la formalisation de critères liés à un contexte

152.Le contexte désigne « un ensemble de circonstances liées » ou encore « une situation où un phénomène apparaît, un évènement se produit ». ⁴¹⁸ De ces acceptions issues du langage courant, il ressort que l'extériorité constitue la caractéristique principale du contexte. Plus précisément, le contexte fait référence à une situation extérieure par rapport au sujet mais par-dessus tout, par rapport au pouvoir de l'employeur. Cela signifie que pour satisfaire à son exigence d'objectivité, ce dernier ne doit pas avoir exercé d'influence sur la situation qu'il aura érigée en critère d'identification d'une catégorie de salariés bénéficiaires d'un avantage. D'où le réalisme des critères relatifs à un contexte. Il est proposé de les regrouper autour de trois unités d'un contexte, à savoir le temps, (1) le lieu (2) et l'action. (3)

1) Des critères temporels

153.A titre d'exemple de critères temporels peuvent être citées l'ancienneté ⁴¹⁹ et l'expérience ⁴²⁰ du salarié. Il s'agit là de critères ayant pour particularité de renvoyer au passé donc à des situations dont il peut être rendu compte au présent. En d'autres termes, leur réalisme n'est pas sujet à discussion dans la mesure où il est possible de procéder à leur vérification. Plus problématique peut apparaître la référence à des situations à venir en raison de l'impossibilité d'opérer pareilles vérifications. En ce sens, peut être citée une affaire dans laquelle les cadres dirigeants d'une clinique privée bénéficiaient d'indemnités de licenciement plus avantageuses en vertu d'un accord collectif. En l'espèce, pour justifier la différence de traitement avec les autres catégories du personnel, l'employeur faisait référence à « la plus grande exposition des cadres

⁴¹⁸ V° « Contexte », 3e sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁴¹⁹ Cass. Soc. 4 fév. 2009, n° 07-41.406, Bull. civ., V n° 35 ; Cass. Soc. 20 juin 2001, n° 99-43.905, inédit ; Cass. Soc. 17 mars 2010, n° 08-44.970, inédit ; Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-15.198, inédit ; Cass. Soc. 20 sept. 2004, n° 03-42.025, inédit ; Cass. Soc. 15 fév. 2012, n° 10-16.025, inédit.

⁴²⁰ Cass. Soc. 17 mars 2010, n° 08-44.970, inédit ; Cass. Soc. 15 fév. 2012, n° 10-16.025, inédit ; Cass. Soc. 31 oct. 2012, n° 11-20.986, inédit ; 23 janv. 2013, n° 10-18.636, inédit.

dirigeants à un risque de licenciement » ou à « la plus grande vulnérabilité des cadres dirigeants au licenciement par le fait qu'ils étaient soumis aux aléas de l'évolution de la politique de la direction générale. » En l'espèce malgré leur caractère hypothétique, ces énoncés sont repris par la cour d'appel puis par la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi formé par le salarié n'appartenant pas à la catégorie des cadres dirigeants.⁴²¹

Si un critère peut être d'ordre temporel et matériellement vérifiable, cela ne suffit pas toutefois à l'identifier de manière systématique comme une raison objective au soutien d'une différence de traitement. Cela veut dire que pareille référence ne suffit pas à l'identifier comme prémisses à des inférences objectivement valables. C'est ce qui ressort par exemple, d'un arrêt du 4 février 2009 dans lequel la Cour de cassation a jugé que la date d'embauche ne peut suffire à justifier des différences de traitement. Plus encore, les magistrats ajoutent qu'il appartient à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale. En l'espèce, l'employeur justifiait certaines disparités salariales par des références à la date d'embauche avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif.⁴²² Ainsi, les salariés pouvaient être placés dans deux catégories de situations aisément vérifiables. Si le personnel était en fonction avant le 1er janvier 2002 sa rémunération n'était pas revalorisée, alors que s'il était embauché postérieurement à cette date, il se voyait appliquer une revalorisation. Cependant une telle différenciation ne reposait pas sur une inférence objectivement valable. En d'autres termes, la prise en compte de la date d'embauche ne constitue pas en l'espèce une raison justifiant les inégalités salariales observées.

2) Des critères géographiques

⁴²¹ Cass. Soc. 24 sept. 2014, n° 13-15.074, Bull. civ., V n° 204 « Et attendu qu'ayant relevé que dans le contexte de la gestion des établissements de l'APAJH 11, les cadres dirigeants, qui ont la responsabilité directe de la mise en œuvre du projet associatif, sont plus exposés aux aléas de l'évolution de la politique de direction générale, la cour d'appel a pu en déduire que la différence de traitement prévue à l'article 15.2.3.2 de la convention collective des établissements hospitaliers privés à but non lucratif du 31 octobre 1951 pour le calcul des indemnités de licenciement, laquelle avait pour objet de prendre en compte les spécificités de la situation des cadres dirigeants liées aux conditions d'exercice de leurs fonctions et à l'évolution de leur carrière, était justifiée. »

⁴²² Cass. Soc. 4 fév. 2009, n° 07-11.884, Bull. civ., V n° 36. Malgré son caractère matériellement vérifiable, la Cour décide que cette circonstance « ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux ».

154.Le réalisme du critère peut également résulter de données géographiques dans la mesure où ces dernières constituent une raison valable au soutien des différences de traitement. Par exemple, tel est le cas du lieu de résidence du salarié lorsque l'employeur l'utilise pour verser une prime de logement à certaines catégories de salariés. C'est ainsi que dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt en date du 15 mai 2014, ladite prime avait été accordée aux salariés qui ne logeaient pas sur leur lieu de travail.⁴²³ Plus encore, derrière la référence au lieu de résidence du salarié c'est le coût de la vie lié au fait de résider dans un lieu donné qui peut être pris en compte.⁴²⁴

Outre des critères géographiques au sens littéral du terme, l'employeur peut également présenter des critères tirés du positionnement hiérarchique des salariés⁴²⁵ c'est-à-dire, des critères qui permettent de les situer dans l'entreprise ou de les « cartographier » en quelque sorte au sein de cette dernière. Autrement dit, le réalisme ressort de la possibilité offerte par ce type de critère de révéler une « topographie » des différentes positions occupées par l'ensemble des salariés au sein de l'entreprise. A cet égard, la formalisation graphique dont font l'objet les grilles de classification d'une catégorie professionnelle est de nature à persuader de la réalité d'une telle « topographie » malgré son caractère construit.⁴²⁶

3) Des critères liés à des actions

155.La volonté de persuader de la réalité d'un critère de différenciation peut également conduire l'employeur à se référer à des actions du salarié susceptibles de preuve dans la mesure où celles-ci peuvent être considérées comme des raisons valables au soutien d'une différence de traitement. A titre d'exemple, peuvent être citées des actions liées au fait d'avoir obtenu un diplôme⁴²⁷ ou d'avoir refusé « d'effectuer des déplacements nécessitant un hébergement

⁴²³ Cass. Soc. 15 mai 2014, n° 12-29.746, inédit.

⁴²⁴ Cass. Soc. 27 janv. 2016, n° 13-27.442, inédit.

⁴²⁵ Cass. Soc. 17 mars 2010, n° 08-44.970, inédit ; Cass. Soc. 15 fév. 2012, n° 10-16.025, inédit.

⁴²⁶ Sur les vertus cognitives de la formalisation graphique, cf. supra n° 130 s.

⁴²⁷ Cass. Soc. 31 oct. 2012, n° 11-20.986, inédit (Attendu que les diplômes ne peuvent justifier une différence de salaire qu'au moment de l'embauche et pour autant qu'ils sont en relation avec les exigences du poste et les responsabilités effectivement exercées) ; Cass. Soc. 11 janv. 2011, n° 09-66.785, inédit (Le diplôme est un critère objectif mais pas nécessairement pertinent. Il faut démontrer l'utilité des connaissances acquises au regard des

extérieur »⁴²⁸ ou encore d'avoir accepté « les sacrifices (...) à l'occasion de la restructuration d'une entreprise. »⁴²⁹ Plus rarement, l'employeur peut formaliser comme critères matériellement vérifiables les actions d'un tiers comme par exemple, l'existence de « contraintes budgétaires imposées par l'autorité de tutelle. »⁴³⁰

Plus fréquente est la référence à des actions concrètes induites par le travail du salarié, c'est-à-dire par les fonctions ou missions exercées. Il peut en aller ainsi de l'accomplissement du travail dans une durée hebdomadaire supérieure dès lors qu'une telle action est induite par l'appartenance du salarié à une catégorie professionnelle spécifique comme celle des cadres. En atteste un arrêt remarqué de cassation rendu le 28 mars 2012.⁴³¹ En l'espèce, l'arrêt d'appel est censuré pour défaut de base légale au regard du principe d'égalité de traitement et d'un accord d'entreprise instituant un supplément de congés payés au bénéfice des seuls cadres. En effet, les juges d'appel avaient accordé ce supplément à un salarié non cadre alors même qu'ils constataient que jusqu'en 2006, la durée hebdomadaire de travail des cadres était supérieure à celle des autres catégories de personnel. En outre, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas

fonctions exercées) ; Contra : Cass. Soc. 28 sept. 2010, n° 09-42.641, inédit (en l'espèce la salariée était à la différence de sa collègue titulaire d'un doctorat en droit international et avait, compte tenu de son diplôme, été engagée pour créer et faire fonctionner le bureau régional de ressources juridiques internationales. D'où l'absence d'accomplissement d'un travail de valeur égale.) ; Cass. Soc. 10 nov. 2009, n° 07-45.528, Bull. civ., V n° 252 (Mais attendu que les quatre salariés ne disposaient pas contrairement à leurs autres collègues du diplôme requis (...) ce qui constituait un élément objectif et pertinent).

⁴²⁸ Cass. Soc. 15 sept. 2010, n° 08-45.094, inédit.

⁴²⁹ Cass. Soc. 17 juin 2003, Alitalia, n° 01-41.522, Bull. civ., V n° 195.

⁴³⁰ Toutefois, il est à noter que ce critère a été jugé non pertinent : « Mais attendu qu'au regard du respect du principe « à travail égal, salaire égal », la circonstance que des salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux ; qu'il appartient à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération entre des salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale dont il revient au juge de contrôler la réalité et la pertinence ; Et attendu que la cour d'appel a constaté que le dispositif mis en place par le protocole d'accord de transposition dans la nouvelle grille de classification avait pour conséquence de rompre l'égalité entre salariés dès lors qu'à classification égale, les salariés recrutés après le 1er janvier 2002, percevaient un salaire supérieur à celui de ceux engagés avant cette date qui voyaient limiter par l'article 3-3 du protocole, leur augmentation de salaire lorsque celle-ci atteignait un certain seuil ; qu'elle a pu décider dès lors que les contraintes budgétaires imposées par l'autorité de tutelle ne constituaient pas une justification pertinente, ces impératifs financiers n'impliquant pas nécessairement une différence de traitement entre les salariés en fonction de la date de leur engagement, que cet article qui méconnaissait le principe "à travail égal, salaire égal", devait être annulé ; que le moyen n'est pas fondé ; » Cass. Soc. 4 fév. 2009, n° 07-11.884, Bull. civ., V n° 36. Souligné par nous.

⁴³¹ Cass. Soc. 28 mars 2012, n° 11-12.043, Bull. civ., V n° 114.

avoir recherché si la soumission des cadres à un forfait-jours n'avait pas pour effet d'entraîner l'accomplissement d'un temps de travail supérieur à celui des autres salariés.

Une telle référence à des actions est toutefois également propice à une description réaliste du critère en cas de litige pour justifier de son objectivité et partant, pour établir l'objectivité des inégalités salariales qui peuvent en résulter. En ce sens, peut être cité un arrêt non publié rendu le 23 janvier 2013. Dans l'affaire ayant donné lieu au litige, un salarié ayant la qualité de « Project executive » sur des comptes clients existants avait pris acte de la rupture de son contrat de travail. Parmi les reproches adressés à l'employeur le salarié invoquait une inégalité salariale injustifiée par rapport à ses collègues. Débouté par la cour d'appel, le salarié avait formé un pourvoi rejeté en l'espèce par la Chambre sociale. De la lecture de l'arrêt, il ressort que les magistrats de la Chambre sociale ont repris la description effectuée par les juges du fond du contenu de ses missions, description provenant en réalité de l'argumentation patronale. En l'espèce, « la cour d'appel a relevé, d'une part, que si les trois salariés appartenaient au même service, ils ne se trouvaient pas en réalité dans la même situation dès lors que M. X. s'occupait seulement des comptes existants au sein du service commercial (...) ». ⁴³² Le recours à la description des actions qu'implique le travail du salarié ou l'exercice de certaines fonctions se donne à voir également dans un autre arrêt de la Chambre sociale rendu le 16 mai 2012. Dans cet arrêt la Cour de cassation reprend l'argumentation patronale sur les conditions de travail d'un superviseur à Marseille travaillant à la SNCM. En effet, pour justifier l'inégalité de rémunération subie par ce dernier, l'employeur invoquait que la collègue auquel le salarié se comparait avait « exercé ses fonctions à Bastia de façon isolée, sans l'appui d'un supérieur hiérarchique présent physiquement, et qu'en plus de ses fonctions de superviseur, elle gérait administrativement le centre d'appel de Bastia, intervenant directement dans certaines tâches à responsabilité, telles que la réception de délégués syndicaux et la gestion partielle du budget de fonctionnement du centre d'appels, à la différence de M. X. » ⁴³³

⁴³² Cass. Soc. 23 janv. 2013, n° 10-18.636, inédit.

B. L'exigence de réalisme tempérée par la recevabilité de critères dépendants du pouvoir de l'employeur

156. L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les différences de traitement révèle toutefois que l'exigence d'objectivité du critère n'est pas incompatible avec des éléments dépendants du pouvoir de l'employeur. A titre d'exemple, peut être cité le critère tiré des résultats de l'évaluation des salariés. En effet, ce type de référent ne renvoie qu'à une appréciation unilatérale même si elle est encadrée par une procédure et des méthodes et techniques d'évaluation. En contrepartie de la recevabilité de ce type de critère, il ressort toutefois de certains arrêts de la Cour de cassation que les juges vérifient si l'évaluation repose sur des critères objectifs, c'est-à-dire préalablement définis et contrôlables. Sont ainsi jugées insuffisantes pour justifier des différences de traitement de simples références à des qualités professionnelles supérieures à défaut pour l'employeur d'avoir précisé sur quels critères d'évaluation il s'est fondé.⁴³⁴ Il en va de même pour la référence à la qualité du travail fourni⁴³⁵ ainsi qu'aux résultats d'une évaluation pratiquée par un organisme extérieur à l'entreprise. En effet, la Chambre sociale juge ce critère insuffisant pour fonder la différence de traitement observée dès lors qu'il n'est pas précisé en quoi celle-ci s'opposait à l'évaluation effectuée par l'employeur lors du dernier entretien d'évaluation.⁴³⁶ Le recours à l'évaluation suppose donc d'explicitier les critères sur lesquels cette dernière est fondée. Partant, un tel contrôle invite l'employeur à s'assurer de critères d'évaluation objectifs avant de présenter les résultats d'une évaluation comme un critère de différenciation. La spécificité de ce type de références réside donc dans le nécessaire recours à d'autres données factuelles. L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation permet d'illustrer le type de données factuelles que l'employeur doit pouvoir expliciter en cas de contestation des différences de traitement. Il peut s'agir par exemple de

⁴³³ Cass. Soc. 16 mai 2012, n° 10-14.976, inédit.

⁴³⁴ Cass. Soc. 10 déc. 2008, n° 07-40.911 inédit ; « Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'en l'absence de critères objectifs permettant de vérifier la meilleure qualité de travail de Mme Z... qui, à classification et coefficient égaux, occupait à temps partiel le même emploi que Mme X..., la cour d'appel qui n'a pas fait ressortir que l'employeur rapportait la preuve d'éléments susceptibles de justifier l'inégalité de rémunération entre les deux salariées, a violé le principe susvisé » Souligné par nous.

⁴³⁵ Cass. Soc. 13 janv. 2016, n° 14-26.050, inédit.

⁴³⁶ Cass. Soc. 6 juill. 2011, n° 09-66.345, inédit.

références à "une série de tests révélant l'aptitude du salarié à la classification revendiquée,⁴³⁷ ou à des « notes d'évaluation annuelles différentes. »⁴³⁸ De même, l'employeur peut expliciter le critère tiré des résultats de l'évaluation par l'atteinte d'objectifs chiffrés.⁴³⁹ Ce contrôle sur l'objectivité des critères d'évaluation est toutefois inégalement rigoureux. En atteste un arrêt en date du 13 janvier 2016 dans lequel a été jugée objective la différence de traitement qui reposait sur le critère tiré des résultats de l'évaluation des salariés parce que cette dernière était fondée sur des critères jugés objectifs en l'espèce. Or, il s'avère que l'évaluation était fondée sur des critères de « ponctualité », « de respect du planning », d'« amabilité », de « rigueur » et de « savoir-faire ».⁴⁴⁰ Autant il est aisé de comprendre la matérialité des deux premiers critères, autant celle des deux critères qui suivent paraît douteuse. En effet, « l'amabilité » et « la rigueur » sont de pures perceptions psychologiques qui ne sont pas matériellement observables.

157. Outre la recevabilité du critère tiré des résultats de l'évaluation, l'étude de la jurisprudence sur les différences de traitement montre que les juges peuvent être convaincus par des critères aux énoncés flous. A cet égard, exemple peut être pris du critère tiré de la nature des fonctions exercées par les salariés à défaut pour l'employeur de définir ce même critère par des éléments matériellement vérifiables. Or, l'absence d'une telle définition revient à faire dépendre la situation érigée en critère du pouvoir discrétionnaire. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 2009. En l'espèce, des salariés s'estimant victimes d'une discrimination syndicale avaient demandé une revalorisation de leur coefficient qui n'avait pas eu lieu depuis 1995 alors que d'autres salariés en avaient bénéficié. L'employeur de son côté justifiait cette différence de coefficient uniquement par l'exercice de fonctions différentes.⁴⁴¹

⁴³⁷ Cass. Soc. 4 juill. 2000, n° 98-43.285, Bull. civ., V n° 264, note ss. G. Picca et A. Sauret, LPA, 14 déc. 2000, n° 249, p. 5.

⁴³⁸ Cass. Soc. 6 mai 2009, n° 07-41.766, inédit.

⁴³⁹ Cass. Soc. 15 oct. 2014, n° 13-18.006, Bull. civ., V n° 243, JCP S 2015, p. 40, note L. Dauxerre. Sont justifiées les différences de traitement pratiquées en l'espèce entre des inspecteurs de recouvrement de l'URSSAF parce qu'elles reposaient notamment sur des taux et montants de redressement de cotisations.

⁴⁴⁰ Cass. Soc. 13 janv. 2016, n° 14-26.050, inédit.

⁴⁴¹ « Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que la différence de coefficient entre M. X... et les salariés auxquels il se comparait était justifiée par l'exercice de fonctions différentes, ce dont il résultait l'existence d'une justification objective étrangère à la prise en compte de l'activité syndicale du salarié (...) » Cass. Soc. 5 nov. 2009, n°s 08-43.112, 08-43.242, 08-43.304, inédit.

Malgré l'absence de définition du critère tiré de la différence de fonctions, les juges du fond et la Cour de cassation jugent justifiée la différence de traitement pratiquée ce qui équivaut à reconnaître le pouvoir discrétionnaire de l'employeur en la matière. La même critique peut être émise à l'encontre d'autres arrêts dans lesquels sont jugés objectifs des critères tenant à l'exercice de responsabilités « différentes »⁴⁴² ou « plus importantes ».⁴⁴³

158. Enfin, l'exigence de réalisme des critères apparaît considérablement assouplie lorsque des choix patronaux sont explicitement considérés comme des raisons objectives au soutien de différences de traitement. Exemple peut être pris à cet égard d'une affaire jugée par la Cour de cassation le 28 octobre 2015 où la référence à « la volonté de l'employeur de privilégier les salariés percevant un bas salaire »⁴⁴⁴ au soutien des différences de traitement observées a été considérée comme une raison objective et pertinente. En l'espèce, l'employeur avait décidé de plafonner l'indemnité complémentaire de licenciement dans un PSE. A cet égard, il instaurait une distinction entre les salariés disposant d'un niveau de rémunération jugé unilatéralement « faible » et ceux ayant un niveau de rémunération jugé « élevé ». La première catégorie de salariés ne voyait pas son indemnité plafonnée à l'inverse de la seconde catégorie. D'où le versement d'une indemnité forfaitaire qui entraînait une rupture d'égalité dans le calcul de celle-ci. Or, malgré l'absence de justification des appréciations portées sur le niveau de la rémunération, la différence de traitement est jugée justifiée en raison d'un choix qui demeure discrétionnaire celui de « privilégier les salariés percevant un bas salaire ».⁴⁴⁵ Il semblerait ainsi que la Cour de cassation tienne compte de la légitimité des finalités recherchées par l'employeur

⁴⁴² Cass. Soc. 6 mai 2009, n° 07-41.766, inédit.

⁴⁴³ Cass. Soc. 30 mai 2012, n° 10-19.827, inédit. En l'espèce, les juges de la Cour de cassation reprochaient à la cour d'appel ayant accueilli les demandes de rappels de salaires de ne pas avoir recherché si « les trois salariés auxquels se comparait M. X. n'occupaient pas une fonction de délégué général qui se traduisait par des responsabilités plus importantes que celles attachées à la fonction de directeur d'agence qu'il occupait. » Souligné par nous.

⁴⁴⁴ Cass. Soc. 28 oct. 2015, n° 14-16.115, D. 2015, p. 2257; JCP S 2018, 1046, note A. Berriat.

⁴⁴⁵ « Mais attendu qu'ayant constaté que l'indemnité avait bénéficié à tous les salariés compte tenu de leur âge et de leur ancienneté et que son plafonnement forfaitaire reposait sur la volonté de l'employeur de privilégier les salariés percevant de bas salaires afin de ne pas les priver d'une juste réparation de leur préjudice, la cour d'appel en a exactement déduit, au regard du principe de l'égalité de traitement, que l'employeur justifiait par des raisons objectives et pertinentes, la limitation du montant de l'indemnité. » Cass. Soc. 28 oct. 2015, n° 14-16.115

dans l'appréciation de la justification des différences de traitement. Le subjectif refait en fin de compte surface au détriment de l'objectivité lorsque la fin poursuivie est jugée bonne.

Conclusion de chapitre

159. Quelle que soit la voie empruntée par l'employeur pour formaliser les prémisses factuelles de sa décision, la narration ou la catégorisation, le réalisme implique de se référer à un contexte indépendant du pouvoir de l'employeur. Temps, lieu et action c'est sur ce triptyque que repose fondamentalement le réalisme du récit et de la définition d'une catégorie de salariés bénéficiaires d'un avantage. A ces unités, peuvent s'ajouter d'autres éléments de sophistication repérés dans la narration des faits à l'origine du licenciement. Tableaux, courbes et listes se veulent ainsi plus persuasifs malgré d'importants écueils. Pire, ces procédés langagiers peuvent s'avérer manipulables par l'employeur qui peut les utiliser comme moyens de preuve au soutien de son argumentation sur la réalité du motif de licenciement énoncé. Il peut en aller de même des données chiffrées.

La perméabilité de la preuve en droit du travail à ce type de procédés peut ainsi charrier des faux semblants. Il se dégage alors une conception peu rigoureuse de la preuve en droit du travail et surtout, de son objectivité. Plus encore, un dévoiement de l'exigence d'objectivité s'observe à l'étude de certaines règles en matière de protection sociale complémentaire. En effet, l'étude des catégories objectives définies par le législateur rend compte d'une conception paradoxale de l'objectivité, une conception au service de la défense d'intérêts catégoriels particuliers. L'objectivité n'est alors qu'un mot vidé de son sens, une simple étiquette pour mieux légitimer des différences entre salariés.

Conclusion de titre

160. Etudiée dans une perspective discursive, l'exigence d'objectivité implique d'abord pour l'employeur de prêter attention aux énoncés présentant les prémisses factuelles de sa décision. Ainsi, les éléments matériellement vérifiables au soutien des raisons d'agir ne peuvent être saisis en soi mais uniquement au travers de procédés langagiers empreint d'un certain réalisme. Leur emploi produit à lui seul un effet de réalité susceptible de jouer un rôle dans la conviction des juges. Il reste que le réalisme attaché à certains éléments langagiers au soutien des raisons d'agir peut être discutable. Telle est la conclusion à laquelle invite la référence dans les prémisses factuelles d'une décision, aux catégories professionnelles comme aux données comptables ou à des procédés d'énonciation graphique.

Toutefois, l'étude du langage de l'objectivité dans le cadre du débat qu'autorisent les standards de justification et en particulier, dans l'argumentation patronale que donnent à voir certains arrêts de cours d'appel, ne peut que présumer de l'existence des éléments allégués. Une telle présomption est d'ailleurs plus ou moins difficile à combattre en fonction du cadre procédural d'extériorisation des raisons d'agir.

Titre 2 : Les contextes de l'énonciation

161.L'énonciation des raisons d'agir est liée en droit du travail à la prise de décision ou à sa mise en œuvre. En fonction du type de décisions projetées par l'employeur, leur extériorisation peut se manifester de différentes manières. Soit elle peut apparaître comme une exigence de transparence préalable à la mise en œuvre d'une décision déjà prise, sans que ses raisons aient été discutées avec les destinataires de la mesure. Soit l'extériorisation apparaît comme une exigence d'explication individuelle des raisons de la décision dans la seule perspective pour le salarié de se défendre individuellement. Soit enfin, l'extériorisation est le corollaire de la participation des représentants du personnel à la prise de décision et dans ce cas, il s'agit pour ces derniers, au nom de la défense de l'intérêt collectif, de prendre une part plus active dans le questionnement des raisons d'agir et par là-même, dans leur élaboration.

162.Toutes ces manifestations offrent un contexte d'énonciation des raisons d'agir différent selon lequel les destinataires de la mesure interviennent de manière variable. Or, ceci n'est pas sans incidence sur le degré de vraisemblance ou d'apparence d'extériorité conféré aux raisons d'agir, ni même sans incidence sur leur légitimité. A cet égard, l'hypothèse suivante pourrait être avancée : plus l'exercice du pouvoir serait contraint en amont par la capacité des destinataires de la mesure à éprouver les raisons d'agir, plus ces dernières pourraient apparaître extérieures et moins le contrôle du juge sur leur objectivité serait intense. L'hypothèse présentée consiste donc à faire le lien entre le degré d'apparence d'extériorité attribué aux raisons d'agir et le rôle des destinataires de la mesure lors de l'énonciation desdites raisons d'agir. N'y aurait-il pas une corrélation entre le degré de vraisemblance des raisons d'agir et le degré d'acceptabilité recherché par l'employeur lorsqu'il extériorise celles-ci ? Ainsi, plus l'acceptabilité recherchée est modeste, plus le degré de vraisemblance atteint serait faible. A l'inverse, plus l'acceptabilité recherchée est élevée, plus le degré de vraisemblance atteint serait élevé.

163.A des fins d'illustration, il est utile de revenir sur les évolutions jurisprudentielles récentes en matière d'égalité de traitement et plus particulièrement, en matière d'avantages catégoriels. En

l'occurrence, lorsque la décision est élaborée collectivement, le fait pour l'employeur d'avoir choisi la négociation collective confère une apparence d'objectivité des différences de traitement extrêmement puissante. En matière d'avantages catégoriels négociés, la Chambre sociale a ainsi jugé que leur objectivité et leur pertinence était présumée. En effet, par cinq arrêts en date du 27 janvier 2015, la Cour de cassation a décidé que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées. »⁴⁴⁶ De cette présomption, la Haute juridiction déduit que le régime probatoire sur l'objectivité et la pertinence des raisons des avantages catégoriels négociés sont mises à l'écart au détriment du demandeur, à savoir les destinataires de la mesure. En ce sens, les arrêts énoncent « qu'il appartient à celui qui (...) conteste [les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant d'un accord collectif négocié avec les organisations syndicales représentatives] de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération professionnelle ». Comme le souligne un auteur « en plus de renverser l'exigence de justification sur les personnes se prétendant victimes d'une différence de traitement, [ces cinq arrêts en date du 27 janvier 2015] limitent les raisons pour lesquelles celle-ci peut être considérée comme injustifiée. »⁴⁴⁷ Ainsi, non seulement c'est aux salariés de démontrer que l'employeur n'a pas satisfait à son exigence d'objectivité et de pertinence mais il faut en outre, qu'ils prouvent que la différence de traitement n'est pas fondée sur des raisons professionnelles. Comment justifier alors pareille solution si ce n'est en soulignant « la capacité légitimée par le vote des négociateurs sociaux à décider de ce qui relève du 'professionnel' » ?⁴⁴⁸

164.A contrario, si les avantages catégoriels ne sont pas négociés mais décidés unilatéralement, l'employeur devra justifier de leur objectivité et pertinence en cas de litige. En

⁴⁴⁶ Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179; D. 2015, p. 270, obs. C. de Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-25.437 ; Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908 ; Soc. 27 janv. 2015, n°14-13.569 ; Soc. 27 janv. 2015, n° 13-23.818 à 13-23.850 ; v. Ch. Radé, « Egalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », Lexbase hebdo 5 févr. 2015 ; L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement », SSL 2015, n° 1663.

⁴⁴⁷ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, 'seuls juges' du principe d'égalité », Dr. Soc. 2015, p. 237.

⁴⁴⁸ Ibid.

effet, pareille solution a été rappelée dans deux arrêts du même jour dans lesquels la Cour de cassation affirme « qu'une différence de statut juridique entre des salariés placés dans une situation comparable au regard dudit avantage, ne suffit pas, à elle seule, à exclure l'application du principe d'égalité de traitement » et « qu'il appartient à l'employeur de démontrer que la différence de traitement entre des salariés placés dans la même situation au regard de l'avantage litigieux, repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence. »⁴⁴⁹

165.A partir de cette série d'arrêts certes cantonnés à l'égalité de traitement, il apparaît que l'exigence d'objectivité des raisons d'agir n'a pas la même intensité en fonction du processus suivi par l'employeur pour extérioriser ses raisons d'agir. En fonction de la voie qui s'impose pour exercer son pouvoir normateur - unilatérale ou négociée – l'apparence d'objectivité des raisons d'agir varie, ce qui pourrait avoir une incidence sur l'intensité de l'exigence. La tentation pourrait donc être forte d'émettre plusieurs hypothèses en fonction de la participation des salariés par l'intermédiaire des organisations syndicales représentatives, à la décision. Dans cette perspective, soit l'employeur choisit le canal de la négociation collective et dans ce cas, le contrôle de l'objectivité va perdre en intensité puisque les raisons d'agir seront présumées objectives. Soit il choisit la voie unilatérale et alors le contrôle d'objectivité regagne en intensité, ce qui signifie que l'employeur ne peut invoquer des raisons qui ne seraient objectives qu'en apparence. Or, il est artificiel d'opérer une distinction très marquée entre ces deux voies. En effet, ce n'est pas parce que l'extériorisation est préalable à une décision unilatérale que les salariés par l'intermédiaire de leurs représentants ne peuvent participer dans une certaine mesure à celle-ci. Plus opératoire semble à notre sens, la démarcation en fonction de la présence ou de l'absence de certains ressorts délibératifs lorsque les raisons d'agir sont énoncées.

⁴⁴⁹ Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-17.622 13-17.623 13-17.627 13-17.628 13-17.629 ; Bull. civ., V n° 6 ; Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-17.667 13-17.678 13-17.681 13-17.687 13-17.694 13-17.705 13-17.710 13-17.717 13-17.722 13-17.723 13-17.724 13-17.725 13-17.738 13-17.741 13-17.742 13-17.746 13-17.747 13-17.750 13-17.752 13-17.757 13-17.767 13-17.776 13-17.853 13-17.902 13-17.906 13-17.907 13-17.908 13-17.909 13-17.910 13-17.912 13-17.913, inédit.

166. A nos yeux, la participation des destinataires de la mesure à l'élaboration de la décision implique que ces derniers soient en mesure de délibérer sur les raisons d'agir. Plus encore, la participation à la construction de la décision suppose que les interlocuteurs de l'employeur soient en mesure de questionner la rationalité du projet décisionnel en temps utile. Si l'on souhaite aller plus loin, il peut être soutenu que l'apparence d'objectivité des raisons d'agir dépend de la capacité des destinataires de la mesure à éprouver leur rationalité en amont. Par conséquent, au lieu de se cantonner à distinguer la voie d'élaboration unilatérale de la norme et la voie négociée, le choix est plutôt fait de départager les contextes d'énonciation des raisons d'agir en fonction de la présence de certains ressorts délibératifs corollaires de la participation des destinataires de la mesure ou de leurs représentants à la construction de la décision. Du reste, ce critère permet de souligner la dimension délibérative de l'information-consultation, ce qui la distingue de l'entretien individuel avec le salarié. La délibération étant inexistante dans les rapports interindividuels en droit du travail, il semble plus utile pour l'analyse de se détacher de la distinction en fonction du canal d'élaboration de la décision pour adopter celle en fonction de la présence ou de l'absence de certains ressorts délibératifs lorsque les raisons d'agir sont énoncées. Ainsi, la compréhension de la valeur de l'exigence d'objectivité des raisons d'agir implique de distinguer l'extériorisation inscrite dans une délibération. (**Chapitre 1**) de l'extériorisation sans délibération. (**Chapitre 2**)

Chapitre 1 : L'extériorisation inscrite dans une délibération

167.A en croire Hobbes, la délibération résiderait dans « la somme totale des désirs, aversions, espoirs et craintes poursuivis jusqu'à ce que la chose soit accomplie, ou jugée impossible ». Elle prendrait forme « lorsque dans l'esprit humain les appétits, les aversions, les espoirs, les craintes concernant une seule et même chose s'élèvent alternativement ; que diverses conséquences bonnes ou mauvaises, de l'accomplissement ou de l'omission de la chose proposée se présentent successivement dans nos pensées, de sorte que nous ressentons pour elle tantôt de l'appétit et tantôt de l'aversion ; tantôt l'espoir d'être capable de l'accomplir, tantôt le désespoir ou la crainte, à l'idée de l'entreprendre. »⁴⁵⁰ Plus précisément, délibérer consiste à examiner et peser tous les éléments d'une question avec d'autres personnes ou éventuellement en soi-même avant de prendre une décision pour arriver à une conclusion.⁴⁵¹ A partir de cette définition communément admise, il est possible d'affirmer que la délibération marque le temps de l'interrogation voire celui du doute. S'y astreindre favoriserait l'adoption d'une décision de qualité, si ce n'est la meilleure. Au moins sur le plan de la méthode, l'intérêt épistémique de la délibération est susceptible de lui conférer « une supériorité par rapport aux décisions prises sans consultation ». ⁴⁵²

168.Rapportée à notre étude, la délibération correspond à un temps de réflexion, d'examen et/ou d'enquête sur les raisons d'agir, temps au cours duquel leur matérialité ou objectivité est mise à l'épreuve par les destinataires de la mesure afin d'influer sur la décision. La délibération n'a alors de sens que si ces derniers disposent d'une information complète, pertinente et fiable sur les raisons d'agir du décideur. En bref, d'une information de qualité. Celle-ci doit, qui plus est,

⁴⁵⁰ Th. Hobbes, *Léviathan*, Folio Essais, coll. « Poche », 2000.

⁴⁵¹ V° « Délibération », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁴⁵² Sur le potentiel épistémique de la délibération et plus précisément de la délibération collective, v. M.-K. Daoust, « Pourquoi délibérer ? Du potentiel épistémique à la justification publique », *Philosophiques*, n°1, 2016, p. 23.

être délivrée en temps utile.⁴⁵³ A cet égard, un parallèle peut être dressé avec un principe directeur du procès : la contradiction. En effet, cette exigence est définie en droit processuel comme « le droit des parties à une procédure de résolution d'un litige de se faire communiquer utilement les éléments présentés à l'auteur de la décision et de les discuter »⁴⁵⁴ ou encore comme « le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision.»⁴⁵⁵ Un auteur présente ainsi la contradiction comme « fille de la chronologie et du respect du temps nécessaire à chacun pour découvrir et analyser l'argumentation et les justifications de l'autre ou des autres, et concevoir sa réponse ».⁴⁵⁶ Lié aux droits de la défense et plus généralement, à tout processus décisionnel susceptible d'affecter les intérêts des personnes qui en sont l'objet, le contradictoire a été étendu au-delà du procès. Plus précisément, ce sont certains droits procéduraux garantissant le respect du contradictoire qui ont été exportés en dehors du procès, notamment à des processus décisionnels initiés par des autorités privées.⁴⁵⁷ Ainsi, ce principe directeur du procès trouverait spécialement à s'appliquer à certaines procédures de prise de décision en droit du travail.⁴⁵⁸ Même s'il ne s'agit pas de tracer en droit un trait d'union entre délibération et contradiction, il n'en demeure pas moins que prise dans un sens général, la seconde confine bien avec la première.⁴⁵⁹ En effet,

⁴⁵³ L'information doit avoir un effet utile. Sur l'utilité de la délibération cf. infra n° 197 s.

⁴⁵⁴ L. Ascensi, Du principe de la contradiction, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 454, 2006, p. 98

⁴⁵⁵ CEDH, 27 mars 1998, J. J. c/ Pays-Bas. Le juge est donc en principe le premier débiteur de cette obligation de contradiction. En matière civile, il résulte également de l'article 16, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile que : « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer [...] le principe de la contradiction ».

⁴⁵⁶ J.-L. Gillet, « Faut-il sauver l'oralité ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel – Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, LGDJ, 2010, p. 711.

⁴⁵⁷ Tel est le cas par exemple lorsqu'une société commerciale décide de révoquer un dirigeant social puisque ce dernier dispose du droit d'être entendu. Issu d'une création prétorienne, le respect de ce droit tendant à garantir le respect du contradictoire est explicitement fondé sur l'exigence de défense du dirigeant social mais aussi sur la vérité de la décision. Sur cette question v. notamment : Cass. Com., 3 janv. 1996, JCP, 1996, II, 22638, note D. Gibirila ; Cass. Com. 26 nov. 1996, D. 1997, juris. p. 493 et s., note D. Gibirila ; Cass. Com. 24 févr. 1998, RJDA, 1998, n°740 ; CA, Paris 24 nov. 1998, LPA, 8 avril 1999, n° 70, p. 13 et s., note C. Crendenis ; CA Dijon, 20 mai 1999, Bull. Joly, févr. 2000, p. 200 et s. note P. Sholer ; sur cette question, V. également : P. Le Cannu, « Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants sociaux », Bull. Joly, 1996, p. 11 et s. ; J.-P. Bertrel, « La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du contradictoire », Dr. et patrim., n° 64, oct. 1998, p. 74 et s.

⁴⁵⁸ En ce sens en matière d'évaluation des salariés, v. M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl. Univ. Paris Nanterre, 2016, n° 596 s.

⁴⁵⁹ Le contradictoire en droit processuel ne doit pas être confondu avec tout processus délibératif. Comme le remarque L. Ascensi, « la délibération n'est pas la contradiction car le contradictoire constitue un concept juridique au contenu déterminé. Si, dans un sens large, on peut dire hâtivement qu'il y a 'de la contradiction' dans toute délibération, il faut prendre soin de préciser, dans un sens technique, que toute délibération ne permet pas de

toutes deux partagent la croyance de la discussion peut naître une certaine vérité,⁴⁶⁰ ce qui peut faire du procédé discursif un mode de légitimation de la décision.

169.Le propos est particulièrement utile pour étudier l'exigence d'objectivité des raisons d'agir en droit du travail. En effet, une telle exigence n'a de sens que si l'employeur est en mesure de prouver leur existence matérielle, c'est-à-dire de démontrer la véracité des données à l'appui des raisons d'agir. Or, plus l'employeur aura discuté en amont de la véracité de ses raisons d'agir avec des interlocuteurs capables de les questionner et de faire valoir un point de vue éclairé, plus lesdites raisons pourraient apparaître véridiques. A cette fin, la discussion doit être bien préparée en amont par les deux parties : l'employeur et les destinataires de la mesure, à savoir les salariés par l'intermédiaire de leurs représentants. Comme cela a déjà été annoncé, la délibération implique que l'employeur communique une information complète, pertinente et fiable sur les raisons d'agir, information délivrée en temps utile afin de laisser aux destinataires de la mesure un temps suffisant pour se faire une opinion éclairée sur leur bien-fondé, et en particulier sur leur objectivité. Même si elles peuvent également tendre vers le respect du contradictoire, les procédures individuelles de prise de décision à l'égard d'un salarié n'offrent pas à ce dernier, le bénéfice de l'ensemble de ces prérogatives. Cela justifie donc de les traiter séparément et de se concentrer plutôt sur les procédures collectives c'est-à-dire, de prêter plus attention à celles qui préparent une décision à l'égard d'un ensemble de salariés impliquant de ce fait, la participation de leurs représentants.⁴⁶¹

170.L'objectivité étant définie comme le résultat d'un processus d'adhésion à la réalité des raisons d'agir impliquant de recourir d'abord à des moyens d'ordre procédural à l'ombre du juge,

caractériser le concept juridique de la contradiction. » L. Ascensi, Du principe de la contradiction, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 454, 2006, p. 98.

⁴⁶⁰ V. plus récemment, J. Habermas, *Ethique de la discussion et vérité*, Paris : B. Grasset, 2003 ; V. doctrine juridique contemporaine en droit processuel : M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse dactyl., Paris II, 1988, spéc. p. 179 et s. ; M. Villey, « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », APD, Sources du droit, Sirey, t. 27, 1982, p. 263 et s., spéc. p. 265 : « (...) la vérité sur les choses est fruit d'un dialogue » ; J.-L. Gardies, « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », APD, Sources du droit, t. 29, 1982, p. 169 et s. ; L. Miniato, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 483, 2008, p. 32 s.

⁴⁶¹ Cf. infra n° 174.

pareille qualité implique donc pour l'employeur de délibérer en présence d'un contradicteur extérieur à l'employeur. (**Section 1**) D'autre part, l'objectivité dépend d'une délibération effectuée en temps utile puisqu'elle doit être menée à un moment propice à la découverte des arguments, à leur analyse et à la formation d'un point de vue éclairé. (**Section 2**)

Section 1 : La délibération avec un contradicteur extérieur à l'employeur

171. Si les procédures collectives sont un cadre propice à la mise à l'épreuve de la réalité des prémisses factuelles de la décision projetée par les représentants du personnel, il va de soi que l'employeur est conduit à délibérer avec ces derniers. Il en est ainsi notamment de la procédure d'information-consultation puisque les représentants du personnel sont tenus de rendre un avis sur le projet de décision. Or un tel avis implique nécessairement de vérifier si ledit projet est fondé sur des raisons matériellement vérifiables ou objectives. Dès lors, la consultation des représentants élus du personnel permet d'atténuer l'unilatéralisme de la décision et partant, de lutter contre l'arbitraire. Quant à la négociation d'une décision, autre cadre procédural susceptible d'impliquer une réflexion sur les raisons d'agir, celle-ci va même plus loin puisqu'elle gomme le caractère unilatéral du projet patronal. L'information-consultation, modèle de droit imposé, et la négociation, modèle de droit négocié, constituent des « variétés » de la participation des salariés à l'élaboration de la décision.⁴⁶² Plus encore, ces procédures comptent parmi les moyens pour atteindre l'objectivité puisqu'elles sont propices à la recherche d'un consensus ou d'une adhésion sur la réalité des raisons d'un acte de pouvoir.

172. L'adhésion ne renvoie pas à un accord au sens technique du terme, mais à un « assentiment personnel donné à un projet d'acte ou d'opération préparé par d'autres ».⁴⁶³ En l'occurrence, il s'agit d'un projet initié par l'employeur. Exprimer ce qui est objectif par ce à quoi on adhère est significatif. En effet, si référence est faite à l'adhésion comme l'acceptation implicite ou explicite du contenu théorique et pratique d'une croyance,⁴⁶⁴ cela signifie que

⁴⁶² Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail. Etude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 166, 2017, p. 533.

⁴⁶³ V° « Adhésion », *Vocabulaire juridique*, G. Cornu. Association Henri Capitant, 7^e éd. PUF, coll. « Quadrige. Dicos Poche », 2005.

⁴⁶⁴ V° « Adhésion », *TLFi : Trésor de la langue Française informatisé*, [http : //www.atilf.fr/tlfi](http://www.atilf.fr/tlfi), ATILF – CNRS &

l'objectivité est incompatible avec l'idée d'évidence.⁴⁶⁵ Partant, l'objectivité est plutôt une qualité issue d'une tentative de conviction. Apparaît donc plus objectif ce dont la matérialité aura été éprouvée par une discussion contradictoire impliquant pour celui qui entend convaincre son auditoire, d'être disposé éventuellement à admettre le point de vue de ce dernier. Dès lors que les raisons d'agir sont débattues avec les représentants des destinataires de la mesure, cela veut dire que l'employeur est prêt à prendre en compte leur volonté, du moins en théorie. Par symétrie, cela signifie aussi que les destinataires de la mesure sont prêts à adhérer à l'argumentation de l'employeur. Tel est en réalité l'enjeu de l'énonciation des raisons d'agir et partant, de l'exigence d'objectivité. Pour ce faire, l'argumentation suppose « d'attacher du prix à l'adhésion de son interlocuteur ».⁴⁶⁶ D'où le caractère partagé de la décision ainsi que l'idée d'une apparence d'objectivité plus forte conférée aux raisons d'agir véritablement éprouvées par l'argumentation. Ainsi, sans qu'elle se réduise à cette unique condition, l'objectivité des raisons d'agir dépend également de la réalisation d'une condition procédurale et plus sûrement, d'une discussion argumentée.⁴⁶⁷ Même dans les sciences de la nature, on observe que pour être admise toute proposition doit être éprouvée dans le cadre d'un débat certes technique mais néanmoins source de controverses, au sein de la communauté des scientifiques. Jusqu'à preuve du contraire, le résultat obtenu à l'issue d'un tel débat « se tient dans une sphère qui n'est ni le vrai, ni le juste, mais le non falsifiable. »⁴⁶⁸ En bref, il se tient dans le non réfutable. Si un chercheur souhaite remettre en cause ce résultat, il devra nécessairement engager un nouveau débat technique en suivant une procédure aussi rigoureuse, contrôlable et reproductible par un tiers que possible.⁴⁶⁹ Souligner le respect d'une condition procédurale et en particulier, la tenue d'une discussion contradictoire quand bien même elle serait technique, permet de mettre en exergue d'un autre côté le caractère provisoire de l'objectivité. En effet, « la simple mise en question suffit (...) pour faire perdre à un énoncé son statut privilégié. (...) il pourra le recouvrer (...) si à nouveau, on se

Université de Lorraine.

⁴⁶⁵ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, PUF, coll. « Logos », 1958, 1^{ère} éd., p. 3.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 20.

⁴⁶⁷ B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant-LGDJ, coll. « Penser le droit », 2005, p. 41-42.

⁴⁶⁸ R. Salais « Réplique - Chiffre et objectivité : il y a convention et convention » *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, 4/2014, p. 45.

⁴⁶⁹ Il s'agit des protocoles d'expérience. Sur ce sujet, *ibid.*, p. 45.

trouve en présence d'un accord qui ne dépend pas des conditions argumentatives permettant l'établissement de sa preuve. »⁴⁷⁰

173. De telles observations sont éclairantes s'agissant de l'exigence d'objectivité en droit du travail. Mettre l'accent sur la tenue d'une discussion contradictoire ou une délibération devant une tierce personne, permet d'affirmer que l'exigence d'objectivité des raisons d'agir ne dépend pas seulement d'une condition de fond, attachée au contenu de l'énoncé. Autrement dit, leur matérialité ne dépend pas seulement de l'énoncé de données matériellement vérifiables. Elle dépend également d'une condition procédurale dans la mesure où pareille exigence se rapporte à la manière dont l'employeur prend une décision, manière qui – si elle est trop autoritaire – pourrait suggérer que ladite décision ne repose pas sur des raisons objectives. En ce sens, les raisons d'agir pourraient apparaître plus objectives compte tenu du fait que l'employeur recherche une adhésion maximale – et non seulement un acquiescement a minima – des représentants des destinataires de la mesure à l'objectivité des raisons d'agir. Or, l'atteinte d'un degré élevé d'adhésion sur l'existence des prémisses de la décision implique de les faire participer à l'élaboration de ladite décision, donc de leur donner les moyens d'influer sur son contenu. (**Paragraphe 1^{er}**) Une participation par la délibération est néanmoins soumise à une condition de compétence des destinataires de la mesure. Il s'agit de leur capacité à questionner les raisons d'agir. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1^{er} : La participation des représentants des destinataires de la mesure à la décision

174. Érigé au rang de principe, la participation renvoie à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 dont il résulte que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. » En d'autres termes, il s'agit d'associer les destinataires de la norme à l'élaboration de celle-ci. Ainsi, rapporté à la décision de l'employeur, le principe de participation permet une démocratisation de son processus d'édiction en atténuant son unilatéralité.

⁴⁷⁰ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Univ. De Bruxelles, coll. « UBlire : Fondamentaux », 2008, p. 91.

La participation à l'élaboration de la décision désigne à la fois une action et un résultat. En ce sens, elle implique un processus c'est-à-dire, une succession de faits et gestes dans le temps pour parvenir à un résultat, à savoir une décision dont le contenu aura été préalablement éprouvé à l'aune d'éventuelles propositions alternatives de la part des destinataires de la norme. La participation s'inscrit alors comme une manière d'élaborer la décision, ce qui implique en droit du travail de suivre une procédure. En l'occurrence, il s'agit d'une procédure sans procès définie par certains comme « l'ensemble des actes préparatoires à une décision ».⁴⁷¹ Encadrée juridiquement, la participation à l'élaboration de la décision constitue donc un processus normé qui intègre certains principes et règles de procédure comme le contradictoire. D'où le phénomène de procéduralisation de la décision.⁴⁷² L'un des moyens de prémunir les destinataires de la norme d'un choix arbitraire consiste ainsi à suivre les règles qui organisent les conditions d'une discussion en vue d'une décision projetée par l'employeur. Comme l'énonce un auteur, « il s'agit pour le droit d'exiger de celui qui prend une décision (...) qu'il ne décide pas de manière immédiate et arbitraire, mais en respectant une procédure ».⁴⁷³ Tendrant non seulement à assurer la loyauté des rapports entre les interlocuteurs, la procédure peut offrir un cadre propice à la vérification préalable de l'objectivité des raisons d'agir et in fine à la construction de la rationalité du projet de décision. Mieux, la possible délibération sur les raisons d'agir au cours de la procédure montre que les données factuelles qui les soutiennent peuvent être sujettes à interprétation. Leur objectivité est donc le produit d'une discussion contradictoire, ce qui met en exergue la dimension rhétorique de pareille qualité. Les procédures collectives qui visent à faire participer les représentants des destinataires de la mesure à l'élaboration de la décision offrent *prima facie* un espace pour une plus grande délibération sur les raisons d'agir. En revanche, l'absence de délibération dans les procédures visant exclusivement la défense d'un salarié pris individuellement ou tendant seulement à communiquer *a posteriori* les raisons d'une décision

⁴⁷¹ T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail » in *Analyse juridique et valeurs en droit social - Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 256.

⁴⁷² P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale » in *La contractualisation de la production normative ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p. 107.

⁴⁷³ P. Lokiec, « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé » in *Les évolutions de droit (contractualisation et procéduralisation) ss. la dir. de Ch. Pigache*, Publication de l'Université de Rouen, 2004, p. 184.

déjà prise, justifie leur exclusion de l'idée de participation.⁴⁷⁴

175. Comme présenté classiquement, l'information-consultation et la négociation collective constituent deux déclinaisons du principe de participation en droit du travail. En revanche, l'affirmation consistant à dire que ces procédures comportent des ressorts délibératifs mérite d'être justifiée. Autant il y aurait quelque chose d'intuitif à faire ce lien avec l'information-consultation en raison de l'idée d'une réflexion préalable avant l'action. **(A)** Autant il apparaît contre-intuitif d'opérer un tel lien avec la négociation collective en raison de l'idée même de négociation, idée qui s'oppose a priori à toute recherche du bien commun qu'implique la délibération. **(B)**

A. L'information-consultation

176. De prime abord, la consultation du comité social et économique s'accommode mal de l'idée de délibération qui désigne la discussion en vue d'une décision à prendre collectivement.⁴⁷⁵ Une situation de délibération implique ainsi que les membres d'un groupe prennent ensemble une décision.⁴⁷⁶ Or, tel n'est manifestement pas le cas du comité social et économique parce qu'il ne dispose pas de pouvoir de codécision. Le pouvoir de l'employeur étant préservé malgré la consultation du comité social et économique, impossible d'identifier cette procédure à une délibération. Le propos ne peut donc faire l'économie d'une objection aussi importante. Néanmoins, il ne s'agit pas non plus de faire l'impasse sur l'existence de certains ressorts délibératifs dans la procédure d'information-consultation du comité social et économique. En effet, il est possible de les identifier à partir d'une acception plus large de ce qu'est « une décision collective ». Dans un sens moins restreint que celui exposé précédemment, une décision est collective si elle est prise à la suite d'un dialogue avec les parties concernées, dialogue au cours duquel les différentes parties procèdent à un échange d'arguments. Une telle vision du processus décisionnel renvoie au modèle conversationnel de la délibération tel que

⁴⁷⁴ V. infra n° 216. Cela ne veut pas dire pour autant, que l'exigence d'objectivité ne dépend pas du tout de la tenue de ces procédures. Simplement, les procédures individuelles ne permettent pas à elles seules d'alimenter une apparence d'objectivité plus élevée des raisons d'agir.

⁴⁷⁵ Aristote, *La Rhétorique*, trad. M. Dufour et A. Wartelle, Gallimard, 1991 ; Du même auteur, *Topiques*, trad. J. Tricot, Vrin, 1997.

développé par J. Habermas⁴⁷⁷ et J. Elster.⁴⁷⁸ Concevoir la délibération comme conversation ou discussion c'est faire référence à une situation où les interlocuteurs tentent de se persuader mutuellement et dans laquelle règne l'argumentation.⁴⁷⁹ Ce modèle charrie toutefois des contraintes très strictes. Ainsi, il suppose qu'il y ait quel que soit le lieu ou l'enjeu, une discussion libre et ouverte, une égalité des participants qui sont tous tour à tour orateurs et auditeurs et que les participants respectent la force du meilleur argument. A cet égard, les interlocuteurs ne peuvent recourir aux émotions, ils doivent faire preuve de sincérité et enfin rechercher le bien commun sans viser à atteindre la victoire de leur point de vue. ⁴⁸⁰ Bien évidemment, il ne s'agit pas de transposer en totalité la conception conversationnelle de la délibération au processus d'information-consultation du comité social et économique. En effet, rien ne peut garantir que le processus de consultation du comité réponde à des exigences normatives aussi strictes compte tenu du lien de subordination des représentants du personnel à l'égard de l'employeur et des enjeux du projet de décision sur l'emploi des salariés si un licenciement économique est par exemple envisagé. Pour autant, l'information-consultation se rapproche du modèle conversationnel de la délibération tel que développé par J. Elster, dans la mesure où cette procédure exprime une situation où les interlocuteurs, employeur d'une côté et représentants du personnel de l'autre, tentent de se persuader mutuellement en échangeant des arguments. Peu importe à cet égard que l'employeur ne soit pas en principe lié par l'avis du comité social et économique. Ce n'est pas le résultat mais la manière de procéder qui compte. En effet, la consultation du comité social et économique implique bien une discussion argumentée ou un débat en vue de la recherche d'un accord au sens non technique du terme c'est-à-dire, au sens d'un consensus sur la teneur de la décision. A la lecture de l'article L2341-6 du Code du travail,

⁴⁷⁶ En ce sens, Ph. Urfalino, « La délibération n'est pas une conversation », *Négociations*, 2005/2 n° 4, p. 99.

⁴⁷⁷ J. Habermas, *Ethique de la discussion et vérité*, Paris : B. Grasset, 2003.

⁴⁷⁸ J. Elster, *Deliberative democracy*, Cambridge University Press, 1998.

⁴⁷⁹ Ibid. Pour une critique du modèle conversationnel de la délibération, cf. Ph. Urfalino, art. cit., p. 99. L'auteur se prononce pour une complémentarité entre le modèle conversationnel et le modèle dit de l'art oratoire. A l'opposé du modèle conversationnel, ce second modèle de la délibération suppose l'inscription institutionnelle qui régit la sélection des participants et de ce qui peut être dit ; l'asymétrie entre orateurs et auditeurs (peu parlent, beaucoup écoutent) et l'inégalité (les compétences dans l'art oratoire sont inégalement distribuées) ; le souci de persuader qui autorise l'appel aux émotions, ne suppose pas la sincérité des orateurs, est enfin clairement agonistique (recherche de la victoire d'un point de vue particulier).

⁴⁸⁰ J. Habermas, « La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique ? Recherche empirique et théorie normative », *Participations*, vol. 4, n° 3, 2012, p. 209.

la consultation consiste bien « à organiser un échange de vues et à établir un dialogue avec les représentants des salariés à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent à ceux-ci d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures faisant l'objet de la consultation, qui peut être pris en compte au sein de l'entreprise (...), sans préjudice des responsabilités de l'employeur. »⁴⁸¹ En outre, le dialogue peut être prolongé puisque le comité social et économique peut formuler des observations, demander des précisions complémentaires sur le projet de décision si cela s'avère nécessaire pour rendre un avis. L'employeur est alors tenu d'apporter une réponse motivée à ces observations.⁴⁸²

177. Sans évoquer la délibération, certains auteurs se réfèrent à l'action concertée.⁴⁸³ A défaut de prendre une décision ensemble, la concertation permet au moins de « réfléchir ensemble avant d'agir »⁴⁸⁴ en procédant à un échange contradictoire. Dans le cadre de l'information-consultation, la concertation et la conception conversationnelle de la délibération sont complémentaires dans la mesure où une réflexion commune avant d'agir offre un terrain propice à la persuasion mutuelle. En effet, à la différence de la procédure individuelle qui est aussi une forme d'action concertée mais dénuée de certains ressorts délibératifs, l'information-consultation implique avant l'échange argumenté avec l'employeur que les membres du comité social et économique disposent d'un temps d'examen suffisant des informations transmises ou des données matériellement vérifiables au soutien du projet de décision.⁴⁸⁵ Sans cela, la consultation perdrait de son utilité. En effet, ce n'est qu'à cette condition qu'une véritable réflexion « commune » peut avoir lieu sur la teneur du projet de décision ainsi qu'une tentative de persuasion mutuelle. Plus encore, ce temps de préparation au débat avec l'employeur conditionne la mise à l'épreuve effective de la rationalité du projet, ce qui inclut celle de la matérialité des raisons d'agir.⁴⁸⁶ Chemin faisant, ce temps permet aussi de participer à la construction de la factualité sur laquelle est fondée le projet, factualité qui est également débattue avec l'employeur.

⁴⁸¹ C'est par amplification qu'une telle définition de la consultation est donnée ici compte tenu du fait que la disposition précitée ne concerne que la consultation du comité d'entreprise européen.

⁴⁸² Art. L2312-15 al. 2 du Code du travail.

⁴⁸³ Y. Ferkane op. cit., p. 527 s. ; A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 52, 2010, p. 172 s.

⁴⁸⁴ A. Fabre, op.cit., p. 171.

⁴⁸⁵ L2312-15 al. 2 du Code du travail.

En effet, l'adhésion à la réalité des raisons d'agir contribue à persuader les membres du comité social et économique de la légitimité du projet de décision. L'expression d'une éventuelle adhésion au projet de décision peut se manifester à l'issue du débat contradictoire puisque le comité social et économique doit rendre un avis sur le projet. A cette fin, les représentants du personnel doivent délibérer afin de se mettre d'accord sur la teneur de l'avis : favorable ou défavorable. C'est lors de cette ultime phase du processus d'information-consultation que le comité social et économique exprime son éventuelle adhésion au projet de décision. Même si une adhésion à la réalité des raisons d'agir ne saurait emporter nécessairement une adhésion au projet, il n'empêche que la réciproque n'est pas concevable. Si les membres du comité social et économique ne sont pas persuadés de l'objectivité des raisons d'agir, le projet de décision ne peut être légitimé autrement. En somme, dès lors qu'un avis favorable est émis, cela présume que les représentants du personnel adhèrent à la réalité des prémisses factuelles de la décision projetée.

B. La négociation collective d'entreprise

178. De prime abord, évoquer l'existence d'une négociation délibérative semble relever de l'oxymore. La délibération postule non seulement l'égalité entre les parties et leur impartialité mais aussi la recherche du bien commun par un échange raisonné, échange qui suppose l'emploi des meilleurs arguments.⁴⁸⁷ Ainsi définie, l'idée de délibération s'oppose à celle de négociation parfois rapportée à celle de marchandage qui implique quant à elle, la recherche d'un compromis en présence d'intérêts antagonistes et la volonté de faire le moins de concessions possibles. D'ailleurs, la négociation est parfois menée dans le but de résoudre un conflit. De plus, lorsqu'elle est menée au niveau de l'entreprise, la négociation collective ne peut être détachée du rapport de pouvoir entre l'employeur et les négociateurs salariés, rapport qui s'oppose à l'idée d'égalité postulée par la délibération. A contre-courant de l'incompatibilité entre la délibération et la négociation, certaines tendances relativement récentes du droit des accords collectifs de travail ont pu mettre à mal l'opposition entre ces deux processus. Illustrons le propos à partir de deux exemples : les accords de gestion (1) et les accords catégoriels. (2)

⁴⁸⁶ Sur l'atteinte à l'exigence d'un délai d'examen suffisant, v. infra n° 206 s.

⁴⁸⁷ J. Habermas, op. cit.

1. Les accords de gestion

179. Une altération de la distinction entre la délibération et la négociation peut être due aux accords de gestion dans la mesure où leur conclusion est subordonnée à un consensus sur l'existence de certaines données factuelles. En d'autres termes, tel peut être le cas lorsque la conclusion d'un accord dit de gestion implique une discussion sur le caractère réel des éléments de fait qui le fondent. Sont qualifiés ainsi les accords dits de « concession » en rupture avec la négociation d'acquisition. En effet, le discours qui sous-tend la négociation de gestion, dite également « négociation intégrative »⁴⁸⁸ n'est pas le même. Impliquant des concessions réciproques, ce type de négociation serait ainsi « l'expression d'un plus grand consensus et d'une volonté d'identifier des intérêts conjoints, voire communs ».⁴⁸⁹ Un intérêt commun présiderait à ce type de négociation, intérêt qui transcenderait toute confrontation au profit d'une délibération au nom de la recherche de cet intérêt. Dans ce type de négociation, c'est l'emploi ou la pérennité de l'entreprise qui font bien souvent office d'objectif commun. C'est donc au nom de ces finalités qu'il est demandé aux négociateurs salariés de consentir à certaines concessions en matière de conditions de travail ou de rémunération.⁴⁹⁰ Toutefois, la négociation de ce type d'accords conduit « à un processus de distanciation entre l'intérêt collectif et les intérêts individuels »⁴⁹¹ au sens où les salariés sont susceptibles de résister à l'application de l'accord collectif en vertu de leur contrat de travail. En effet, ces accords de gestion constituent un mode d'élaboration conjoint de la décision susceptible tout autant de faire grief au salarié qu'une décision unilatérale. Une exigence de motivation permettant de favoriser l'acceptation de cet accord par les représentants syndicaux et plus en aval, l'acceptabilité de la décision qui en résulte par les salariés, aurait donc tout son sens. Autrement dit, c'est parce que l'accord repose sur des raisons objectives mises à l'épreuve lors de la négociation avec les syndicats que les concessions demandées aux salariés seraient acceptables. Du reste, même s'il n'existe pas d'obligation explicite de motivation de ce

⁴⁸⁸ Y. Ferkane, op. cit., p. 148.

⁴⁸⁹ Ibid.

⁴⁹⁰ A. Lyon-Caen, « Le maintien dans l'emploi », Dr. Soc. 1996, p. 655 ; M.-A. Souriac, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique », Dr. Soc. 1997, p. 1061 ; T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 41, 2007 ; Controverse M.-A. Souriac et M. Morand « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », RDT 2012, p. 194 ; I. Meftah, « Les frontières des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, ss. la dir. G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, 2015, p. 25.

⁴⁹¹ P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 39, 2005, p. 437.

type d'accords, il n'en demeure pas moins que la référence obligatoire à l'existence de ses prémisses factuelles implique leur extériorisation lors de la négociation.

180. C'est ainsi que l'accord de maintien de l'emploi, accord de type défensif institué par la loi du 14 juin 2013, était subordonné à l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles.⁴⁹² Leur diagnostic constituait ainsi la matrice de la négociation de l'accord de maintien de l'emploi. Il en était de même de l'accord de préservation et de développement de l'emploi, accord de type offensif qui nécessitait également un diagnostic partagé notamment sur la situation économique de l'entreprise lors de la négociation. Du reste, le préambule de l'accord devait faire notamment état des objectifs de l'accord en matière de préservation ou de développement de l'emploi.⁴⁹³ Quoique floue une telle exigence laissait espérer que sur la base de ce document, la voie soit ouverte « à un contrôle de justification de l'accord lui-même en raison de la solidité du lien qui unit le second à la première ». ⁴⁹⁴ Il semblait donc logique de penser que le diagnostic sur les raisons de l'accord devait figurer dans le préambule.

181. Mais qu'advient-il de cette exigence depuis que l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective⁴⁹⁵ a fusionné les accords de réduction du temps de travail, de maintien dans l'emploi, de mobilité interne et de préservation de l'emploi pour créer une nouvelle catégorie d'accord dit de « performance collective »⁴⁹⁶ ? On retrouve une exigence similaire prévue à l'article L2254-2 du Code du travail qui précise que « l'accord définit dans son préambule ses objectifs ». « L'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur

⁴⁹² Ancien art. L5125-1 du Code du travail. Cf. V. Ilieva, « La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi » in *Licenciements pour motifs économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, ss. la dir. G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 39

⁴⁹³ Ancien art. L2254-2 I al. 3 du Code du travail.

⁴⁹⁴ D. Baugard et L. Gratton, « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. Soc.* 2016, p. 745.

⁴⁹⁵ Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective.

⁴⁹⁶ Selon la formulation retenue par la loi de ratification n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnance les mesures pour le renforcement du dialogue social.

impérative »⁴⁹⁷, il s'agit bien d'imposer aux négociateurs de faire état des raisons de l'accord. Néanmoins, l'article L2222-3-3 prévoit que l'absence de préambule n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord. Pareille disposition semble ainsi vider de son sens l'exigence de motivation. Le non-respect de cette dernière pourrait cependant avoir des conséquences fâcheuses pour les signataires peu diligents d'un accord qu'ils pensaient rentrer dans la catégorie des accords de performance collective. En effet, s'il est vrai qu'en l'absence de préambule ledit accord ne pourra être déclaré nul, il est possible de penser que la définition d'objectifs participe de la nature même des accords de performance collective. Leur absence devrait donc entraîner leur déqualification par le juge. D'accord de performance collective, l'acte serait ainsi relégué au rang de simple accord collectif de droit commun, ne pouvant notamment s'imposer de plein droit aux salariés et à leur contrat de travail. D'ailleurs, la loi prend bien soin de préciser que les accords visent à « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi ». C'est dire que l'objectif poursuivi par les négociateurs déclenche l'application du régime juridique correspondant aux accords de performance collective. Trois hypothèses distinctes sont envisagées. Les deux dernières renvoient aux accords de préservation et de développement de l'emploi (accords défensifs et offensifs) instaurés par la loi du 8 août 2016. En revanche, la première se veut plus innovante et pour le moins incertaine. Il faut dire que l'on peine à déterminer avec précision les cas visés par cette hypothèse. Que faut-il entendre par « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » ? A l'évidence, il s'agit de ne plus soumettre la validité d'un tel accord de gestion à l'existence d'enjeux en matière d'emploi. L'évolution opérée est d'ampleur puisqu'il n'est même pas exigé que ces accords de performance collective comprennent un engagement de l'employeur de maintien ou de développement de l'emploi. Il s'agit plus sûrement de prendre en compte les motifs structurels liés au fonctionnement de l'entreprise pour permettre une modification de son organisation se traduisant notamment par une modification des contrats individuels des salariés, et ce même avant l'émergence de difficultés économiques. Reste à éclaircir la notion de « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ». Pour ce faire, on peut se référer notamment à la circulaire ministérielle n° 2000-3 du 3 mars 2000 qui prévoit que « le temps partiel pour raisons familiales ne peut être mis en place qu'à l'initiative du salarié et il appartient à l'employeur de se prononcer

⁴⁹⁷ DC n° 2007-561 du 17 janvier 2008, considérant n° 17.

sur cette demande. L'employeur peut opposer un refus. Celui-ci doit toutefois être justifié par des raisons objectives liées aux nécessités de fonctionnement de l'entreprise ».

Un tel exemple donne à voir dans l'exigence de nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, la nécessité d'établir l'existence de raisons objectives de recourir à un accord de performance collective. Plus précisément, il s'agit de faire état de raisons « extérieures » à l'entreprise, autrement dit à la volonté de l'employeur. Dans un autre domaine, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a pu estimer dans un arrêt du 22 avril 2011, sous le visa des articles L1132-1 et L1235-3 du Code du travail, que si l'article L1132-1 du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais « par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié » et que « ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié »⁴⁹⁸. Cette situation objective s'impose donc à l'employeur et nécessite la prise de mesures immédiates en vue de préserver le bon fonctionnement de l'entreprise. Cela n'est pas sans rappeler le trouble objectif au fonctionnement de l'entreprise résultant d'un fait tiré de la vie personnelle du salarié. Reste à savoir si la Cour de cassation contrôlera véritablement les objectifs des accords de performance collective qui seront soumis à son appréciation. Plus encore, on peut se demander quelle sera l'étendue de l'éventuel contrôle exercé sur les nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise.

Le Conseil constitutionnel donne quelques menues indications à ce sujet dans sa décision du 21 mars 2018.⁴⁹⁹ Selon les requérants, la nécessité de « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » était un motif trop imprécis et « serait susceptible de recouvrir des justifications qui ne constituent pas un motif d'intérêt général suffisant ». Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu ces arguments. Pour ce faire, il a développé un raisonnement en plusieurs temps. D'une part, il a estimé qu'en prévoyant qu'un accord de performance collective

⁴⁹⁸ Ass. plén. 22 avr. 2011, n° 09-43.334, D. 2011. Actu. 1223 ; RDT 2011, p. 372 ; obs. Lardy-Pélissier ; JCP S 2011. 1285, note P.-Y. Verkindt.

⁴⁹⁹ DC n° 2018-761 du 21 mars 2018.

peut être conclu s'il est justifié par des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise, le législateur a entendu permettre aux entreprises d'ajuster leur organisation collective afin de garantir leur pérennité et leur développement. D'autre part, il a souligné qu'il appartient aux interlocuteurs sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité. Par ailleurs, il a indiqué qu'en vertu de l'article L2232-12 du Code du travail, l'accord, pour être adopté, doit soit être signé par des organisations syndicales représentatives majoritaires, soit être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés s'il n'a été signé que par des organisations syndicales représentatives minoritaires ayant recueilli plus de 30 % des voix au premier tour des dernières élections des membres titulaires du comité social et économique. Autrement dit et de manière assez classique, le Conseil constitutionnel suggère qu'il relève de la responsabilité des interlocuteurs sociaux de juger de l'opportunité de signer un accord de performance collective. Surtout, il considère qu'au vu de la toute nouvelle exigence majoritaire, la légitimité des signataires de l'accord est garantie. La volonté collective reçoit de la sorte « un hommage en forme de défi qu'il appartient aux partenaires sociaux de relever puisqu'il leur faut déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer qu'ils soient légitimes et nécessaires à la pérennité et au développement de l'entreprise, ce qui ne laisse pas aux signataires une tâche facile, convenons-en »⁵⁰⁰. Enfin, le cas échéant, la pertinence des motifs ayant justifié l'accord peut être contestée devant le juge. Le Conseil constitutionnel invite donc bien les juges à exercer un contrôle sur les cas de recours à l'accord de performance collective.

2. Les accords catégoriels

182. Un brouillage entre délibération et négociation peut être plus indirectement observé au travers de la portée conférée à l'adhésion des négociateurs salariés à certains accords. Rappelons que tel est le cas s'agissant des avantages catégoriels négociés collectivement comme en attestent cinq arrêts en date du 27 janvier 2015.⁵⁰¹ Opérant un revirement jurisprudentiel important, la

⁵⁰⁰ B. Gauriau, « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », Dr. Soc. 2018, p.504.

⁵⁰¹ Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179 ; D. 2015, p. 270, obs. C. de Cass. ; Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-25.437 ; Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908 ; Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 14-13.569 ; Cass. Soc.

Chambre sociale décide dorénavant que les différences de traitement entre catégories professionnelles sont présumées justifiées c'est-à-dire, objectives et pertinentes dès lors qu'elles ont été prévues par un accord collectif.⁵⁰² Cela signifie qu'il n'est même plus requis d'établir que la différence de traitement constatée ne contrevient pas aux exigences d'égalité et d'objectivité. Allant plus loin, la Cour de cassation fait reposer la présomption de justification des différences de traitement catégorielles sur leur source ainsi que sur la légitimité des négociateurs salariés. Si les raisons de différencier entre catégories professionnelles apparaissent à ce point objectives et pertinentes, c'est parce que les avantages sont accordés « par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote ». Un auteur en conclut alors que les partenaires sociaux sont dorénavant « seuls juges du principe d'égalité ».⁵⁰³

Il en est d'autant plus ainsi qu'outre le renversement de la charge de la preuve, le champ de la contestation est désormais restreint. En effet, si le salarié ou tout autre demandeur souhaite renverser la présomption de justification, il ne devra pas simplement s'employer à apporter la preuve contraire. Pour faire tomber la présomption attachée aux différences de traitement, le demandeur devra en plus « démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ». Autrement dit, il faudrait démontrer que la différence de traitement ne repose pas sur des raisons professionnelles, ce qui signifierait que « rien (...) dans l'organisation du travail, les fonctions des salariés, leurs conditions d'emploi ne pourrait en justifier

27 janv. 2015, n° 13-23.818 à 13-23.850 ; v. Ch. Radé, «Egalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation», Lexbase hebdo 5 févr. 2015 ; L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement », SSL 2015, n° 1663.

⁵⁰² Même si la Cour de cassation ne l'énonce pas explicitement, c'est à pareille conclusion qu'invite la nouvelle jurisprudence compte tenu de la solution antérieure posée par l'arrêt Pain qui se référait à la nécessité de faire reposer les différences de traitement sur des raisons objectives. Cass. Soc. 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, Bull. civ., V n° 168 : « Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

⁵⁰³ A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », Dr. Soc. 2015, p. 237.

l'existence ».504 Par conséquent, le contentieux sur la présomption d'objectivité et de pertinence ne saurait porter que sur un champ d'argumentation restreint. Néanmoins, d'après le communiqué des arrêts du 27 janvier 2015 une telle présomption d'objectivité et de pertinence ne concerne pas tous les avantages catégoriels. La solution serait réservée aux différences fondées sur « les catégories ayant un support légal et entre lesquelles le législateur opère des différences », à savoir là où une délégation expresse de la loi peut être observée. D'après un auteur, ce serait le cas notamment des catégories sur lesquelles reposent les collèges électoraux ou les durées maximales en matière d'essai.505 Cela signifierait que les catégories professionnelles qui ne seraient pas reconnues par la loi, seraient toujours soumises à l'exigence d'égalité et donc à l'exigence d'objectivité des causes de différenciation.

Le fondement de l'atténuation de l'exigence d'égalité et plus particulièrement ce qui intéresse notre étude, le fondement de la perte en intensité de l'exigence d'objectivité des causes des différenciations, est à rechercher du côté des acteurs à l'origine de l'inégalité de traitement. Voilà une manifestation édifiante du « qui dit conventionnel, dit juste ».506 A la lumière de l'exigence d'objectivité, la sentence pourrait se traduire plus spécifiquement par « qui dit négocié, dit objectif ». En filigrane, se devinent les ressorts du raisonnement adopté par la Chambre sociale à l'origine du revirement par rapport à l'arrêt Pain.507 Celui-ci prend appui sur la réforme opérée par la loi du 20 août 2008 et fait la part belle à la légitimité supposément accrue des organisations syndicales de salariés. Plus précisément, la centralité acquise par le critère de l'audience électorale parmi les critères de représentativité visés par l'article L2121-1 prémunirait de tout risque de distanciation entre représentants et représentés et garantirait l'assentiment des salariés à la norme. A y réfléchir de plus près, si la négociation collective est à ce point reconnue par les juges comme une source de normes légitimes, c'est aussi parce que l'on préjuge que les syndicats légitimés par le vote des salariés sont les mieux placés pour les défendre. Or, la défense de leurs intérêts passe aussi par une délibération avec l'employeur sur les raisons de conclure l'accord. Ainsi, le simple fait que l'accord ait été négocié par des acteurs légitimes en raison du vote des

⁵⁰⁴ Ibid.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ P. Lokiec, « Qui dit conventionnel dit juste ! L'avènement d'un nouveau dogme », JCP G, 2015, n° 10-11.

⁵⁰⁷ Cass. Soc. 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, Bull. civ., V n° 168.

salariés suffit à préjuger d'une telle délibération en amont lors de la négociation, et donc de présumer en aval, une fois l'accord signé, que les raisons d'agir sont justifiées de manière objective et pertinente. Dès lors, la confiance accordée à la démocratie sociale par les juges renforce la croyance dans une nature plus délibérative de la négociation collective. A cet égard, la référence au communiqué accompagnant les arrêts du 27 janvier 2015 peut venir en appui. Celui-ci explique le revirement de jurisprudence par le fait que « les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, devaient disposer dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur ». Le principe de participation est là encore au cœur de ce raisonnement. Il fonde l'idée que la négociation collective existe par délégation de la loi et par là-même, l'idée que les négociateurs disposent des mêmes capacités que le législateur, y compris celle d'apprécier le respect de l'exigence d'égalité de traitement. Or, une telle croyance dans la capacité d'apprécier collectivement implique nécessairement la croyance dans la capacité de délibérer sur les raisons des différences de traitement.

Pareille croyance est néanmoins discutable tout comme l'est le fait d'ériger de manière générale les partenaires sociaux en législateur délégué.⁵⁰⁸ En effet, le fait que les syndicats soient représentatifs en raison notamment, du critère de l'audience électorale n'efface pas les éventuels déséquilibres susceptibles d'exister à leur détriment en particulier au niveau de l'entreprise, déséquilibres qui nuisent à la qualité du dialogue social et donc, à la capacité de délibération des négociateurs salariés. Pourtant, la Chambre sociale semble ignorer ce type de situations au profit d'une confiance de principe affichée à l'égard de la négociation collective. Bien sûr, il ne s'agit pas de dire que les accords ainsi présumés justifiés ne reposent pas sur des critères objectifs. Toutefois, il faut reconnaître a minima qu'en conditionnant leur contestation à la seule preuve que les différences de traitement opérées sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, on court le risque que certains accords ne reposant pas sur des critères objectifs s'appliquent. Autrement dit, s'assurer que le critère de différenciation retenu n'est pas étranger à toute considération de nature professionnelle ne suffit pas à le considérer comme objectif.

⁵⁰⁸ En ce sens, v. A. Fabre, art. cit., p. 237.

183.D'abord restreinte aux seuls avantages catégoriels négociés collectivement, la solution jurisprudentielle issue des arrêts du 27 janvier 2015 n'a eu de cesse de s'étendre depuis. La présomption d'objectivité et de pertinence a ainsi été appliquée dans d'autres hypothèses. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, tel est notamment le cas s'agissant des différences de traitement opérés entre salariés appartenant à la même entreprise mais relevant d'établissements distincts⁵⁰⁹. De même, la solution a été étendue dans les hypothèses de transfert conventionnel⁵¹⁰ ou bien encore de différences de traitement opérée entre salariés appartenant à la même catégorie professionnelle⁵¹¹. Plus encore, l'exigence d'objectivité pourrait être atténuée tout autant à l'égard des différences de traitement liées à la date d'embauche des salariés, différences qui sont également soumises à cette exigence lorsqu'elles sont issues d'un accord collectif.⁵¹² Allant encore plus loin, une atténuation de l'exigence d'objectivité pourrait aussi concerner la cause du licenciement lorsqu'un salarié refuse de se voir appliquer un accord collectif de type donnant-donnant, d'autant plus que les conditions de conclusion de tous les accords collectifs sont soumis à l'exigence majoritaire. Il en est ainsi par exemple, des accords de maintien de l'emploi ainsi que des accords de préservation et de développement de l'emploi.⁵¹³ A suivre cette logique, le vote des salariés en faveur d'organisations syndicales signataires de ce type d'accord pourrait donc in fine se retourner contre eux sans possibilité aucune de procéder à un « vote-sanction » ni de bénéficier d'un contrôle judiciaire de la justification de l'accord. En somme, c'est la participation de leurs représentants aux choix de gestion qui peut leur porter préjudice. Pourtant pareille autorité conférée à leur adhésion ne convainc pas compte tenu de leurs capacités limitées à questionner ou à mettre à l'épreuve les raisons d'agir.

⁵⁰⁹ Cass. Soc. 4 octobre 2017, n^{os} 16-17.517 et 16-17.518, RDT, 2018, p. 67, note Y. Ferkane.

⁵¹⁰ Cass. Soc. 30 novembre 2017, n^{os} 16-20.532 à 16-20.549, RDT, 2018, p. 56, note A. Fabre.

⁵¹¹ Cass. Soc. 8 juin 2016, n^{os} 15-11.324, 15-11.478 à 15-12.021, D. 2016, p. 1259, obs. N. explicative de la Cour de cassation ; *ibid.* 1588, chron. P. Flores, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloz et S. Mariette ; JCP S 2016. 1392, obs. J.-F. Cesaro ; JSL 2016, n^o 421 obs. H. Tissandier.

⁵¹² La seule exception à l'exigence d'objectivité et de pertinence en cette matière réside dans le fait que l'avantage prévu est destiné à compenser le préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de l'entrée en vigueur de l'accord collectif. V. Cass. Soc. 1^{er} décembre 2005, n^o 03-47.197, Bull. civ., V n^o 346 ; D. 2006, p. 410, note G. Borenfreund ; Dr Soc. 2006, p. 224, note Ch. Radé ; RTD civ. 2006, p. 303, note J. Mestre.

⁵¹³ Si ce n'est que l'accord de préservation et de développement de l'emploi peut être signé suivant d'autres modalités de conclusion en cas d'absence d'organisation syndicale représentative ayant obtenu 50% des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives. Ainsi, il peut être signé par des syndicats ayant obtenu 30% des suffrages. Dans ce cas, un référendum doit être organisé en entreprise afin d'approuver l'accord collectif.

Paragraphe 2nd : La capacité des représentants des destinataires de la mesure à questionner les raisons d'agir

184.La réflexion des destinataires de la mesure est nécessaire à la formation d'un point de vue éclairé sur le projet de décision et sur sa rationalité. L'existence de ce temps de maturation sur les choix de gestion annoncés est inhérente à une délibération sur la légitimité des raisons d'agir. La question de leur matérialité ou objectivité constitue une composante de cette délibération et donc de la réflexion préalable des salariés ou de leurs représentants. Ainsi, ce n'est qu'après réflexion que le comité social et économique peut rendre un avis éclairé sur le caractère réel et sérieux des raisons économiques d'une réorganisation. Garantir la qualité de la réflexion des destinataires de la mesure permettrait alors de renforcer l'apparence d'objectivité des raisons d'agir. En effet, il apparaît que plus les salariés ou leurs représentants peuvent discuter de manière contradictoire, donc sur un pied d'égalité, de la rationalité du projet, plus la matérialité des raisons d'agir est susceptible d'être admise. Or, un dialogue contradictoire ne peut se réaliser à défaut d'information, celle-ci étant d'ailleurs, un élément essentiel de la contradiction.⁵¹⁴ Cela relève du bon sens. Dès lors, il s'agit de garantir aux représentants des salariés l'accès à une information de qualité sur les prémisses factuelles de la décision envisagée. **(A)** Il ne s'agit toutefois que d'une première étape insuffisante en soi. Pour favoriser une réflexion et donc une discussion de qualité portant entre autres, sur l'objectivité des raisons d'agir, il convient également de s'assurer que les destinataires de la mesure comprennent l'information transmise. **(B)**

A. L'accès à une information de qualité

185.Il est traditionnellement prêté au moins trois acceptions distinctes au vocable « information ». Prise dans sa première acception, l'information correspond à l'action de communiquer. Prise dans sa deuxième acception, elle désigne l'action de renseigner sur quelque chose ou sur quelqu'un. Il s'agit alors d'une information-instruction. Dans ces deux premières acceptions, l'information désigne donc une action. Prise enfin dans sa troisième acception, l'information désigne un ensemble de connaissances réunies sur un sujet déterminé, ce qui

⁵¹⁴ P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 408, 2004, n° 347.

renvoie à l'information comme connaissance.⁵¹⁵ Dans le but de ne pas perdre de vue la polysémie de la notion, il est proposé d'y voir, dans le cadre de cette étude, l'action de communiquer sur un ensemble d'éléments de connaissances collecté.

Compte tenu d'une délibération qui peut prendre place avec les destinataires de la mesure sur l'objectivité des raisons d'agir, il s'agit plus précisément d'analyser l'information comme une obligation pour l'employeur de transmettre toutes les données matériellement vérifiables, pertinentes et sincères au soutien de ses choix et in fine de ses décisions. Cela permet de souligner que le pouvoir de l'employeur puise également ses racines dans un savoir qu'il détient. Chemin faisant, un tel pouvoir se caractérise aussi bien par la faculté de savoir que par le fait de savoir, c'est-à-dire par la détention potentielle de l'information comme par sa détention réelle.⁵¹⁶

Le pouvoir-savoir ne constitue pas une spécificité du droit du travail. En effet, un tel pouvoir se rencontre dans tous les rapports contractuels de droit privé. De manière emblématique, il en est ainsi par exemple, dans les rapports entre professionnels et non professionnels. A ce titre, l'article L111-1 du Code de la consommation oblige tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services à une information préalable à la conclusion du contrat. Afin d'atténuer l'unilatéralisme de la décision projetée, la délibération avec les destinataires de la mesure suppose alors un partage du savoir sur les prémisses du choix envisagé. A cet égard, l'ANI précurseur de la loi sur la sécurisation de l'emploi de 2013 présente le partage de l'information comme un moyen au service notamment du débat entre l'employeur et les représentants du personnel sur les choix stratégiques de l'entreprise.⁵¹⁷ L'annexe à l'article 12 de l'ANI énonce plus largement que « la qualité de l'information économique et sociale partagée est l'une des conditions indispensables à l'effectivité d'un dialogue social de qualité ».⁵¹⁸ Rapporté à notre étude, le partage de

⁵¹⁵ V° « Information », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁵¹⁶ P. Lokiec, op. cit., n° 37.

⁵¹⁷ Art. 12 § 2 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

⁵¹⁸ Annexe à l'article 12 relatif à l'information des institutions représentatives du personnel sur les options stratégiques de l'entreprise et la répartition de la valeur : base de données accessible aux représentants élus et syndicaux.

l'information constitue l'un des principaux moyens de débattre sur la réalité des raisons d'agir si ce n'est le moyen originel d'éprouver leur objectivité. Plus encore, un tel partage permet alors de rétablir une certaine égalité des parties en présence, corollaire du principe du contradictoire mais aussi de la participation des destinataires de la mesure au processus décisionnel.⁵¹⁹

Liée à la prise de décision, la communication de l'ensemble des éléments objectifs utiles à la compréhension des raisons d'agir constitue le support de la discussion contradictoire entre l'employeur et les destinataires de la mesure. En amont de ces échanges, l'information constitue surtout le support de la réflexion de ces derniers afin qu'ils puissent se former un avis éclairé. A cet égard, l'obligation d'information des membres du comité social et économique est explicitement rattachée à leurs attributions consultatives. L'article L2312-8 du Code du travail prévoit ainsi que le comité social et économique doit être « informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ». La transmission de données matériellement vérifiables, utiles, complètes et fiables n'a de sens que si les destinataires de la mesure peuvent réellement questionner voire éprouver les raisons énoncées au soutien du projet de décision. La valeur de l'obligation d'information des destinataires de la mesure ne peut donc se mesurer qu'à l'aune d'un processus délibératif impliquant une réflexion préalable des destinataires de la mesure. Compte tenu de ceci, seule une énonciation des raisons en vue d'une décision impactant la collectivité des salariés offre un cadre de réflexion sur leur objectivité. Il est donc permis d'en déduire que l'énonciation des raisons d'agir offre une telle possibilité seulement dans deux contextes, c'est-à-dire dans deux types de procédures. Tel est le cas d'une part, dans la procédure d'information-consultation des représentants des destinataires de l'acte. En effet, l'obligation pour l'employeur de communiquer les données au soutien de ses raisons d'agir afin de permettre à ses interlocuteurs de les éprouver au cours d'un débat argumenté apparaît de manière explicite à la lecture de l'article L2312-15. Ce dernier prévoit ainsi que pour formuler un avis motivé, le comité social et économique dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur et de la réponse motivée de ce dernier à ses propres observations. L'alinéa 4 dudit article permet aux membres du comité social et économique en cas d'insuffisance de l'information, de saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la

⁵¹⁹ G. Bargain, P.-E. Berthier et T. Sachs, « Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du

forme des référés pour ordonner la communication par l'employeur des données manquantes.

186. Sur un autre plan, la négociation collective de gestion offre également un cadre de réflexion propice à la délibération. Même si la négociation et la délibération semblent incompatibles en raison de leur finalité opposée – la poursuite d'un intérêt particulier pour la première et la recherche de la meilleure solution possible au nom du bien commun pour la seconde - il n'en demeure pas moins que la négociation de type gestionnaire tend à brouiller les frontières entre ces procédures. En effet, cette forme de négociation collective se démarque par sa visée qui consiste à associer les organisations syndicales à la gestion de l'entreprise. Il en est ainsi par exemple des accords dits de « concession » par lesquels les salariés consentent à renoncer à certains de leurs avantages et/ou droits en échange d'un engagement en matière d'emploi. L'accord sera dit « défensif » ou « offensif » selon qu'il visera à maintenir l'emploi ou à le développer. Même si aucune obligation de motivation au cours de la négociation n'est plus textuellement requise aujourd'hui aux termes de l'actuel article L2254-2 tel qu'il résulte de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la négociation collective, il n'empêche que si l'employeur souhaite s'assurer de l'adhésion de ses interlocuteurs, il doit informer ces derniers sur les prémisses factuelles de la négociation de tels accords.⁵²⁰ Du reste, l'on pourrait aisément fonder ces exigences sur l'obligation générale de loyauté ou le devoir de bonne foi de l'employeur, en particulier lors de la négociation collective.⁵²¹ Il en résulte que la négociation collective de gestion nécessite un diagnostic commun sur la situation économique de l'entreprise préalablement à la conclusion d'un accord, donc à une décision négociée.

187. Que ce soit dans le cadre de la procédure d'information-consultation ou bien de la négociation collective de gestion, il est intéressant de noter que l'inscription de l'extériorisation

droit social français », Dr. ouvr. 2014, p. 784.

⁵²⁰ S'agissant de ceux des accords de maintien de l'emploi, l'ancien article L5125-1 alinéa 1^{er} du Code du travail subordonnait leur conclusion à l'existence de graves difficultés économiques conjoncturelles dont le diagnostic était analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives. S'agissant des accords de préservation ou de développement de l'emploi, l'ancien article L2254-2 alinéa 2 du Code du travail soumettait explicitement sa négociation à une obligation d'information par l'employeur. En vertu dudit article, l'employeur devait transmettre aux organisations syndicales de salariés toutes les informations nécessaires à l'établissement d'un diagnostic partagé.

⁵²¹ Sur l'exigence de bonne foi v. A. Fabre, op. cit., p. 256 s.

des raisons d’agir dans une délibération va de pair avec la représentation des salariés et donc avec la recherche d’une adhésion indirecte de leur part. Du reste, il en résulte également qu’en raison de leur complexité, seules les raisons économiques d’une mesure de gestion font l’objet d’une délibération et dès lors, d’une information préalable. A cet égard, depuis la loi de sécurisation de l’emploi de 2013 la base de données économiques et sociales constitue le support de la réflexion des représentants du personnel.⁵²² Même si lors d’un projet de licenciement pour motif économique la base de données économiques et sociales ne se substitue pas à la transmission des informations nécessaires, il n’en demeure pas moins qu’elle constitue un support d’information essentiel dans les autres domaines de consultation du comité social et économique ainsi que dans la négociation des accords de performance collective prévus par l’article L2254-2 du Code du travail. Qu’il s’agisse des membres du comité social et économique ou des représentants syndicaux, ces derniers doivent désormais avoir accès à ce système d’information unique afin de préparer leurs échanges avec l’employeur. L’article L2312-8 mais aussi l’article L2312-36 du Code du travail disposent à ce sujet que la base de données économiques et sociales permet un accès permanent à un certain nombre d’indicateurs économiques et sociaux nécessaires aux trois consultations annuelles prévues à l’article L2312-17 ainsi qu’aux consultations récurrentes. A côté des supports comptables traditionnels, la base de données économiques et sociales est le signe d’une nouvelle modélisation des données qu’on présuppose davantage de nature informatique compte tenu de l’essor des technologies de l’information et de la communication et des vertus pratiques qu’on leur prête.⁵²³ Pour autant, le mélange entre informations ponctuelles et récurrentes dans ce nouveau système d’information comporte un risque à terme, celui de rendre l’information moins lisible si le législateur ne maintient pas par ailleurs la coexistence de ce système avec d’autres supports d’information. La mise en place d’une base de données économiques et sociales a été souhaitée par les interlocuteurs sociaux. En effet, une telle volonté a été manifestée dans l’accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Son article 12 indique à ce titre que « ce dispositif doit permettre une présentation pédagogique par l’employeur des options stratégiques possibles et des conséquences anticipées de chaque option en termes

⁵²² Articles L2312-8 et L2312-36 du Code du travail.

⁵²³ L’article L2312-21 al.1 2° du Code du travail laisse aux interlocuteurs sociaux le soin de définir par accord collectif d’entreprise le support de la base de données économiques et sociales. En vertu du dernier alinéa de la disposition précitée, celui-ci peut être défini par accord de branche dans les entreprises de moins de 300 salariés.

d'évolution de l'activité, des métiers impactés, des compétences requises, de l'emploi, du recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires ou à de nouveaux partenariats ». Or, la pédagogie implique de réfléchir aux méthodes et pratiques qu'il convient de mobiliser pour transmettre un savoir. L'information renvoie donc à un ensemble de connaissances. Une attention toute particulière devrait à ce titre être prêtée à la forme et à la teneur des indications transmises, c'est-à-dire à sa qualité. Cette dernière est de l'aveu même des interlocuteurs sociaux, « l'une des conditions indispensables à l'effectivité d'un dialogue social de qualité notamment sur la répartition des richesses que produit l'entreprise »⁵²⁴. C'est pourquoi, ils préconisaient que l'information économique et sociale des élus repose « sur une présentation claire et lisible de la formation et de la répartition de la valeur créée par l'activité de l'entreprise » et permette « aux représentants des salariés de disposer d'une vision claire et actualisée des options stratégiques impactant les conditions, la rémunération et la finalité du travail »⁵²⁵.

Pourtant la loi est silencieuse sur la manière d'élaborer l'information. Ainsi, rien n'oblige l'employeur à communiquer la méthode de calcul des données chiffrées. En outre, l'intégration systématique des informations dans la base de données ne risque-t-elle pas de passer inaperçue auprès des représentants du personnel ? En effet, rien n'oblige l'employeur à les avertir que la base de données a été mise à jour. L'enjeu est certes moins important dans les projets de grands licenciements pour motif économique puisque la base de données ne peut se substituer à l'information qui doit continuer à être transmise aux représentants du personnel, néanmoins en matière de négociation d'accords de performance collective une mise à jour automatique pourrait abaisser la vigilance des négociateurs salariés.⁵²⁶ Une meilleure transparence sur l'information au travers d'un support unique aussi sophistiqué soit-il, telle la base de données ne relève donc pas de l'évidence. Il en ressort que la qualité des discussions n'est pas nécessairement renforcée par la constitution de la base de données économiques et sociales. Autrement dit par la mise à

⁵²⁴ Annexe à l'article 12 relatif à l'information des institutions représentatives du personnel sur les options stratégiques de l'entreprise et la répartition de la valeur : base de données accessible aux représentants élus et syndicaux.

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ La remarque vaut aussi pour les représentants du personnel appelés à être consultés de manière régulière. En ce sens, v. G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », RDT 2015, p. 17.

disposition du simple amoncellement d'informations éparses.

B. La compréhension de l'information

188.L'utilité d'une information ne peut s'apprécier qu'à l'aune de sa compréhension. Comment pourrait-il en être autrement ? Sans compréhension de leur part, la communication des données matériellement vérifiables serait vaine puisqu'ils ne seraient pas capables d'éprouver les raisons d'agir c'est-à-dire, de vérifier leur objectivité ou matérialité. La compréhension de l'information constitue donc une condition essentielle de la capacité des représentants des salariés soit à formuler un avis éclairé dans le cadre de leurs attributions consultatives soit à négocier un accord collectif porteur de concessions de la part des salariés impliquant une discussion sur les prémisses factuelles de sa conclusion. D'ailleurs, l'information désigne également la « mise en forme de l'esprit que produit l'opération consistant à (...) communiquer des données à autrui ».527 Envisagée sous l'angle du résultat qu'elle cherche à atteindre, l'information doit permettre aux représentants des destinataires de la mesure d'accroître leur degré de connaissance du monde ou à tout le moins, d'avoir connaissance d'une certaine représentation du monde.528 Rapportée aux données économiques, la compréhension de l'information est d'autant plus importante que les représentants du personnel ou les organisations syndicales représentatives sont mis face à des éléments complexes. La question des moyens légaux mis à leur disposition est donc en lien direct avec l'exercice de leurs prérogatives et plus précisément, avec ce qui nous intéresse, la discussion sur la matérialité des raisons d'agir. Trois types de moyens peuvent être cités pour les aider à comprendre l'information.

Les deux premiers sont plus classiques et n'impliquent pas de participation active de la part du comité. Il s'agit d'une part de faciliter la compréhension de l'information en obligeant l'employeur à formaliser celle-ci sur un support (1) et d'autre part, en accordant au comité le droit de se faire assister par un expert-comptable. (2) En revanche, le troisième moyen est plus

⁵²⁷ Pareille définition de l'information se réfère à son origine étymologique qui signifie « mettre en forme », ce qui, dans un sens abstrait, renvoie à la mise en forme de l'esprit, c'est-à-dire à la compréhension qu'une personne peut avoir d'un sujet.

⁵²⁸ Sur cette conception de l'information comme compréhension, v. B. Dabosville, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », vol. 123, 2013, p. 8 et p.342.

novateur et nécessite que les membres du comité prennent une part plus active dans la compréhension de l'information. Ainsi, émerge depuis quelques années dans le discours du législateur un autre moyen pour renforcer les compétences des représentants du personnel ou des syndicats à comprendre l'information économique. Il s'agit de la formation. (3)

1. La compréhension par la formalisation sur un support

189. Comme la racine du mot le suggère, la formalisation constitue un moyen « formel » d'assurer la compréhension de l'information. Comme exposé précédemment, la formalisation désigne « l'existence de règles imposant à une ou plusieurs personnes d'agir d'une certaine manière lorsqu'elles accomplissent une opération particulière, les contraignant à mouler leur action dans un moule déterminé à l'avance. »⁵²⁹ En d'autres termes, c'est en obligeant l'employeur à utiliser une forme ou un « moule » particulier que le législateur entend améliorer la compréhension de l'information communiquée. Dans nombre d'hypothèses, ce « moule » correspond à un support écrit voire informatique si l'on songe à la base de données économiques et sociales. Rappelons ainsi l'article L2312-15 du Code du travail qui dispose que l'employeur doit délivrer une information précise et écrite lors de la procédure d'information-consultation pour permettre aux membres du comité social et économique de formuler un avis. Du reste, une telle forme est fréquemment imposée dans les rapports contractuels de droit privé. Il s'agit du formalisme informatif dont le but consiste à « porter à la connaissance du cocontractant diverses informations, portant sur le droit ou le fait »⁵³⁰ ou « d'appeler l'attention du cocontractant faible sur certains éléments essentiels du contrat ».⁵³¹ Comme le résume un auteur, la forme est informative car « le procédé plastique employé a pour but de mettre en forme l'esprit, en attirant tout d'abord l'attention des individus, puis en suscitant leur réflexion ».⁵³²

⁵²⁹ B. Dabosville, *op.cit.*, p. 338 ; Cf. *supra* n° 108.

⁵³⁰ A. Lepage, « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Mélanges Calais-Aujoy*, Dalloz 2004, n°5, p.601 ; A. Supiot, « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », in *Les transformations du droit du travail - Mélanges offerts à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 463.

⁵³¹ J.-L. Aubert, « Le formalisme – Rapport de synthèse », *Defrénois*, 2000, p. 931.

2. La compréhension par l'assistance

190. L'assistance des destinataires de l'information par un expert constitue un moyen plus substantiel d'assurer qu'ils comprennent la signification des données qui leur sont transmises par l'employeur. Compte tenu de l'augmentation des attributions consultatives des représentants du personnel sur des questions appelant la mobilisation de certains savoirs, l'assistance par un expert est même devenue fondamentale. Dès lors, celle-ci peut être analysée comme une condition de la capacité des représentants du personnel à émettre un avis éclairé.⁵³³ Cette capacité de participation au débat est si importante que l'on pourrait justifier l'assistance de l'expert par l'intérêt collectif de la profession. A cet égard, il convient de rappeler que l'expert est un technicien, détenteur d'un savoir spécifique, extérieur au droit. De manière générale, l'expertise peut être définie comme « la mesure par laquelle une personne – le commanditaire – confie à un autre – l'expert – la mission de l'éclairer sur une question technique, afin de l'aider à prendre une décision qui lui incombe. »⁵³⁴ Ainsi, l'expert tire sa légitimité de connaissances qui lui permettent d'émettre un jugement sur la réalité. Une aura de scientificité émane de lui grâce à l'autorité acquise par un savoir qui prétend mettre en évidence une vérité. Être assisté par une telle figure au cours du processus décisionnel garantit aux représentants du personnel la capacité d'émettre un avis conforme à une réalité. L'expert leur permet de répondre à l'employeur dans le même registre discursif qui caractérise la mesure de gestion projetée, donc de favoriser un débat plus égalitaire. Comme expliqué précédemment, l'objectivité résulte d'un débat et plus précisément, d'une mise à l'épreuve de la rationalité du projet. Or, lorsque la participation au processus décisionnel nécessite de maîtriser des connaissances techniques, l'expert devient indirectement un acteur de cette discussion contradictoire et, in fine, un auxiliaire qui vérifie l'objectivité des raisons de la décision. En somme, l'expert constitue un auxiliaire précieux qui renforce les prérogatives consultatives des représentants du personnel.

⁵³² B. Dabosville, *op.cit.*, p. 342.

⁵³³ En ce sens, v. S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2011, p. 211s. L'auteur énonce ainsi que « si le comité d'entreprise ne peut faire produire des effets juridiques à sa volonté que par le débat, encore faut-il que ses membres soient mis en état de comprendre et de discuter l'objet de la consultation, qu'ils en perçoivent le cadre et l'importance. C'est là qu'intervient l'assistance de l'expert-comptable. », p. 212.

⁵³⁴ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. « Thémis droit », 2015, p. 669.

191. A titre d'illustration, la compréhension des données comptables communiquées au soutien d'un projet de réorganisation de l'entreprise nécessite de solliciter l'assistance d'un expert-comptable. Ainsi, les articles L2315-87 s. du Code du travail prévoient plusieurs cas de recours de l'expert-comptable au profit du comité social et économique. Entre l'assistance lors de l'examen annuel des comptes prévue depuis une loi de 1946, en passant par celle dans les sociétés cotées en Bourse et celle introduite par la loi du 14 juin 2013 en vue de l'examen des orientations stratégiques de l'entreprise,⁵³⁵ l'expert-comptable est devenu un auxiliaire régulier du comité social et économique.⁵³⁶ Outre son aide lors des consultations périodiques, l'expert-comptable a également vu son intervention accrue préalablement à certains choix de gestion ponctuels. Il en est ainsi pour des décisions de restructuration, des opérations de concentration ou encore des projets de grand licenciement pour motif économique depuis la loi du 28 octobre 1982.⁵³⁷ Allant plus loin, la loi de sécurisation de l'emploi avait même élargi le cercle des bénéficiaires de l'expertise comptable. Ainsi, les syndicats peuvent également y avoir recours dans le processus de négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'un accord de type donnant-donnant « défensif »⁵³⁸ ou « offensif ».⁵³⁹ Autrement dit, il y a là un aveu de la part du législateur. Mener une négociation collective de concession au niveau de l'entreprise nécessite l'assistance d'un expert-comptable. L'ordonnance du 22 septembre 2017, sans supprimer ce droit à l'expertise, le réserve à nouveau au seul comité social et économique. En effet, l'article L2315-92 prévoit désormais que le comité peut « mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations prévues aux articles L2254-2. La négociation des accords de gestion étant particulièrement sensible, le recours à une expertise s'avère ainsi nécessaire.

⁵³⁵ L2315-87 C. du trav.

⁵³⁶ Sur la montée en puissance de l'expertise, cf. I. Taraud, « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », *Dr. soc.* 2013, p. 121.

⁵³⁷ Conformément à l'article D3323-14, l'assistance de l'expert-comptable est également prévue lorsque le comité social et économique examine le rapport relatif à l'accord de participation. A cela s'ajoute aussi la faculté du comité de groupe de se faire assister par un expert-comptable en vertu de l'article L2334-4.

⁵³⁸ Accord visant à préserver l'emploi.

⁵³⁹ Accord visant à développer l'emploi.

192. Pour que l'expert-comptable soit en mesure, par le biais de son assistance, de nourrir la réflexion des représentants du personnel, encore faut-il que l'expert ne soit pas « un simple commentateur ». ⁵⁴⁰ L'assistance prend une certaine consistance. Elle doit être active. En ce sens, l'investiture de l'expert par les représentants élus du personnel doit être créatrice de liens de fidélité du premier à l'égard des seconds. Et cette relation qui unit les deux parties s'est traduite par une évolution de la conception du rôle de l'expert. En ce qui concerne l'expert-comptable, ce changement est notable. Au départ, la profession avait retenu une conception plutôt restrictive du rôle de celui-ci. En effet, dans la position adoptée par le Congrès national du conseil de l'ordre des experts comptables, le 22 juillet 1951 celui-ci énonçait que : « le rôle de l'expert-comptable du comité social et économique est un rôle d'assistant chargé d'éclairer le comité social et économique sur le sens des inscriptions figurant aux documents qui lui sont communiqués. » ⁵⁴¹ En somme, l'expert-comptable ne devait remplir aucun rôle d'analyste des documents comptables ni a fortiori dans la discussion des choix de gestion de l'entreprise.

193. Le renforcement des attributions consultatives en matière économique du comité social et économique a toutefois fait évoluer la position de l'Ordre des experts comptables. En effet, dans son exposé des motifs, le Conseil Supérieur note que « le droit de communication et d'assistance s'insère dans un droit à l'information beaucoup plus large qui a été donné au comité social et économique pour lui permettre d'exercer ses attributions d'ordre économique. Les deux notions sont indissociables ». ⁵⁴² A partir de ce revirement de position, l'Ordre des experts-comptables assigne un objectif d'éclairage des représentants du personnel sur « le véritable sens des comptes ». ⁵⁴³ Cette finalité renforce les liens de fidélité entre l'expert et le comité social et économique puisqu'elle conduit à s'interroger sur ce que sont les comptes de l'entreprise, à qui ils sont destinés et dans quel but. Or, en fonction des destinataires choisis et des finalités poursuivies par la direction de l'entreprise, le sens des comptes n'est pas le même. Ainsi, « les comptes ne reflètent pas la vérité mais, une vérité qui résulte d'arbitrages ». ⁵⁴⁴ Donc cela impose

⁵⁴⁰ P. Depoix, *L'expert-comptable du comité social et économique*, Thèse dactyl. Univ de Paris-X Nanterre, 1981, p.71.

⁵⁴¹ Ibid., p. 73.

⁵⁴² Ibid., p. 80-81.

⁵⁴³ Ibid., p.82.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 84.

à l'expert-comptable de proposer une analyse différente, plus conforme aux exigences du comité. A une lecture en termes de profit et de rentabilité, il devient alors possible pour l'expert-comptable d'offrir une autre grille de lecture par son travail d'interprétation des comptes en fonction des préoccupations des travailleurs. Il peut ainsi donner un autre sens aux postes comptables qui offrent par ailleurs, une traduction chiffrée des conditions de travail, d'emploi, de salaires et de leur évolution.⁵⁴⁵ Dès lors, l'expert-comptable est devenu progressivement un discutant réflexif de l'interprétation qu'en fournit l'employeur au soutien de la décision de gestion projetée. Ainsi, il aide les membres du comité ou des organisations syndicales, à mûrir une réflexion sur les différents sens qui s'offrent à eux. In fine, l'expertise constitue une aide sérieuse dans la mise à l'épreuve des raisons de la décision envisagée, une mise à l'épreuve qui inclut la question de leur matérialité.

194. La médiation par les experts n'est pas exempte de critiques de la part des employeurs qui y voient non pas un outil pour proposer des réponses alternatives aux problématiques de santé et de sécurité mais un instrument de blocage de la décision.⁵⁴⁶ La loi du 14 juin 2013 fait écho à ces critiques puisqu'elle est venue encadrer le temps de l'expertise ce qui n'est pas sans porter atteinte à l'utilité même de l'expertise. C'est surtout en matière d'expertise-comptable auprès du comité social et économique que le législateur a encadré les conditions temporelles de l'expertise. En effet, depuis la loi de sécurisation de l'emploi l'assistance par un expert-comptable préalablement à une décision de compression d'effectif dans les entreprises d'au moins 50 salariés, est subordonnée à des délais prefix au-delà desquels les représentants du personnel sont réputés avoir été consultés. Ainsi, l'article L1233-34 dernier alinéa dispose que l'expert présente son rapport au moins 15 jours avant l'expiration des délais prefix mentionnés à l'article L1233-30. Concernant la fixation des délais d'expertise en tant que tels, ceux-ci étaient laissés en priorité au soin d'un accord entre l'employeur et les représentants du personnel.⁵⁴⁷ Autrement dit, le législateur rendait supplétif le règlement en la matière. En effet, ce n'était qu'à défaut d'un tel accord que l'on pouvait s'en remettre au décret fixé par le Conseil d'Etat. La seule indication posée par le législateur à destination des interlocuteurs sociaux tenait au caractère « raisonnable »

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ J.-B. Cottin, « Pour un droit d'expertise responsable », RDT, 2013, p. 379.

⁵⁴⁷ Anc. L2325-42-1 du Code du travail.

du délai de remise du rapport par l'expert-comptable. Par là-même, c'était l'appréciation de cette qualité qui leur était laissée. Cela invitait à se demander jusqu'à quel point l'employeur et les représentants du personnel pouvaient-ils réduire ces délais sans porter atteinte au caractère utile de l'expertise ? Ces dispositions ont été néanmoins abrogées par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017. L'article R2315-47 créé par le décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017 devrait donc pouvoir s'appliquer. Celui-ci prévoit que « l'expert remet son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration des délais de consultation du comité social et économique.

3. La compréhension par la formation

195. La professionnalisation des institutions représentatives du personnel constitue un autre moyen pour garantir une bonne compréhension de l'information transmise, un moyen encouragé par de récentes réformes ainsi que par certaines recommandations. A cet égard, le rapport Combrexelle de 2015 souligne qu'en égard à la complexification de la négociation collective et à l'exigence de loyauté des négociateurs, cela implique d'autant plus d'assurer une égalité des moyens et des informations mis à leur disposition.⁵⁴⁸ Parmi ces moyens, le rapport recommande d'assurer aux négociateurs salariés une formation de qualité au dialogue social, ce qui inclut les aspects sociaux et économiques inhérents à certains objets de négociation.⁵⁴⁹ Ainsi, la professionnalisation est présentée comme un outil d'amélioration de la qualité du dialogue social mais aussi comme un moyen de renforcer la légitimité des acteurs de la négociation compte tenu de leurs connaissances techniques.⁵⁵⁰ Plus encore, l'accent mis sur la formation des interlocuteurs sociaux est sous-tendu par une logique d'ordre instrumental qui anime la négociation collective au niveau de l'entreprise. Outre la complexité de cette négociation, la primauté qui est souvent accordée aux accords conclus à ce niveau ainsi que la multiplication des

⁵⁴⁸ Rapport J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport remis au Premier ministre le 9 sept. 2015, p. 40. Le rapport vise notamment les négociations sur les qualifications, les salaires, le temps de travail et l'épargne salariale. Voir précédemment les propositions du Centre d'analyse stratégique de 2009, propositions reprenant les recommandations émises par l'Observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises. Parmi ces propositions, figure l'idée d'une plus grande professionnalisation des représentants du personnel pour améliorer leur efficacité.

⁵⁴⁹ Le rapport recommande également une formation au dialogue social à destination des négociateurs côté entreprise.

⁵⁵⁰ En ce sens, v. L. Enjolras, « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », *Dr. Soc.* 2016, p. 933.

obligations de négocier ont eu en effet, une incidence sur le temps passé par les délégués syndicaux à négocier. Compte tenu de ce contexte, l'accroissement des moyens donnés à l'action syndicale est devenu une condition nécessaire à l'accomplissement de leurs missions. Par la formation, il s'agirait en quelque sorte de mieux « concrétiser » l'exercice du droit syndical.⁵⁵¹ C'est ainsi que depuis la loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale, le législateur prévoit que tout salarié qui souhaite participer à des stages ou sessions de formation économique et sociale ou de formation syndicale a droit, sur sa demande, à un ou plusieurs congés.⁵⁵² La loi dite « Travail »⁵⁵³ a étendu ces stages aux membres titulaires du comité social et économique élus pour la première fois. L'article L2315-63 prévoit à cet égard que ceux-ci bénéficient, dans les conditions et limites prévues à l'article L. 2145-11, d'un stage de formation économique d'une durée maximale de cinq jours, stage renouvelable lorsqu'ils ont exercé leur mandat pendant quatre ans, consécutifs ou non. En revanche, le financement de la formation économique n'est pas pris en charge par l'employeur mais par le comité social et économique, ce qui décharge le premier de la responsabilité de garantir une égalité de moyens lors de tout processus délibératif. En fin de compte, c'est sur le comité social et économique que repose cet effort. Outre ce dispositif, la loi Travail prévoit la faculté pour les salariés comme pour les employeurs ou leurs représentants de bénéficier d'une formation commune « visant à améliorer les pratiques du dialogue social.⁵⁵⁴ Le but est de créer ainsi « une réelle culture commune du dialogue social ». S'agissant des institutions représentatives du personnel uniquement, il convient enfin de rappeler l'article L6112-4 issu de la Loi Rebsamen qui prévoit une procédure de certification professionnelle des compétences acquises par l'exercice d'un mandat de représentant du personnel ou d'un mandat syndical. L'enjeu de cette procédure est de valoriser les parcours syndicaux en permettant d'accorder des dispenses dans le cadre notamment d'une démarche de validation des acquis de l'expérience. Même si cela ne figure pas explicitement dans le discours législatif, il semble également opportun de justifier la professionnalisation des salariés ou de leurs représentants par une capacité accrue de mise à

⁵⁵¹ S. Nadal, « L'amélioration négociée des moyens de fonctionnement et d'action des syndicats de salariés », Dr. Soc. 2014, p. 703.

⁵⁵² L2145-5 du Code du travail.

⁵⁵³ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁵⁵⁴ L2212-1 du Code du travail.

l'épreuve des raisons d'agir. En somme, derrière l'objectif de renforcer la qualité du dialogue social, c'est à une discussion empreinte de plus de délibération qu'invitent tous ces dispositifs.

196.L'objectivité des raisons d'agir ne se réduit pas à l'emploi d'un vocable empreint de réalisme. Pareille qualité procède également d'une condition procédurale liée au processus décisionnel. En d'autres termes, l'objectivité des raisons d'agir ne dépend pas seulement des énoncés formalisant les raisons d'agir mais du contexte dans lequel ces dernières sont formulées. Plus les raisons d'agir auront été délibérées en amont de la prise de décision avec les destinataires de la mesure, plus lesdites raisons apparaîtront objectives. Une telle hypothèse est nourrie par l'idée assez ancienne que de la discussion peut naître une certaine vérité ou à tout le moins une décision raisonnable. En droit du travail, l'hypothèse trouve un certain écho. En effet, les procédures d'information-consultation et de négociation collective offrent en principe un cadre propice à un échange contradictoire sur la rationalité du projet. Néanmoins, si un crédit plus élevé devait être accordé aux raisons d'agir discutées lors de l'information-consultation ou de la négociation collective, cela devrait résulter du fait que les destinataires de la mesure auront été réellement capables de questionner les raisons d'agir. Or cela suppose de vérifier que les modalités procédurales sont en adéquation avec une telle finalité. S'agissant de l'accès à une information utile, complète et fiable outre que celle-ci n'est pas nécessairement garantie par la base de données économiques et sociales, il a été souligné également que de telles qualités ne sont pas toujours explicitement requises par le législateur si l'on songe en particulier à la négociation collective d'accords dits de « concession ». A cet égard, le recours au devoir de loyauté ou de bonne foi lors des discussions pourrait pallier une telle absence. Le droit à être informé ne suffit pas cependant à mettre les représentants du personnel en mesure de questionner les raisons d'agir. Il faut encore que ceux-ci soient mis en état de comprendre les données transmises par l'employeur. Là encore certaines prérogatives peuvent pallier au manque de compétence des destinataires de la mesure. Il en est ainsi de la communication écrite mais surtout, de la possibilité d'être assisté par un expert. Toutefois certaines modalités temporelles dans lesquelles est enserrée l'expertise viennent porter atteinte à l'utilité de l'expertise. Plus innovante semble la voie de la formation des représentants du personnel, en amont de tout processus décisionnel. Pourtant rien ne garantit là non plus que ces derniers puissent mieux analyser les éléments communiqués par l'employeur. Il en ressort ainsi un bilan en demi-teinte de

la capacité des représentants du personnel à éprouver les raisons énoncées par l'employeur. Rapportée au droit du travail, il convient dès lors de nuancer l'hypothèse de départ. Un plus grand crédit ne devrait pas nécessairement être accordé aux raisons d'agir sous prétexte qu'elles auront été discutées à l'occasion de procédures tendant à faire participer les représentants du personnel à la décision. Compte tenu de ces remarques, il semble étonnant de considérer dans certains cas particuliers – les avantages catégoriels négociés - que les raisons d'agir sont présumées objectives. Le statut de présomption des raisons desdits avantages exprime le plus haut degré d'apparence d'objectivité. Partant, cet exemple illustre la puissance de persuasion qui émane du simple respect d'une procédure en particulier, la négociation collective. Dans ce cas, toute autre considération s'efface devant le constat du simple suivi de la procédure de négociation collective avec des acteurs légitimes. Un tel crédit accordé aux raisons d'agir parce que négociées collectivement paraît d'autant moins évident compte tenu des probables atteintes à l'effet utile des procédures collectives.

Section 2 : L'effet utile de la délibération

197.Le caractère préalable de la délibération par rapport à la décision en constitue une facette essentielle. Délibérer implique en effet, de disposer d'un temps de réflexion suffisant, un temps à proprement parler utile. S'agissant des raisons d'agir de l'employeur, leur délibération doit avoir lieu à un moment où il est pertinent de faire participer les destinataires de la mesure à l'élaboration de l'acte. Le bon sens veut que la délibération soit antérieure à la prise de décision sans quoi elle ne pourrait influencer sur celle-ci. Un tel laps de temps est en outre, propice au questionnement sur la rationalité du projet et plus particulièrement, sur la matérialité des raisons d'agir. Pour cela, il est nécessaire que l'employeur transmette en temps utile les informations sur les raisons d'agir. (**Paragraphe 1^{er}**) Toutefois, la communication préalable des données factuelles n'est pas suffisante. La délibération implique également que les interlocuteurs de l'employeur disposent d'un temps d'examen suffisant des données transmises pour être en mesure de débattre. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1^{er} : Une transmission de l'information en temps utile

198. Traditionnellement, on distingue deux modes de production normative dans lesquels la collectivité des salariés est impliquée par l'intermédiaire de ses représentants. D'une part, lorsqu'une décision unilatérale de l'employeur intéresse notamment l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, celui-ci est tenu de transmettre aux représentants élus du personnel l'information à même de leur permettre de formaliser un avis. La reconnaissance du caractère préalable de l'information est donc liée à la consultation des représentants du personnel. **(A)** En revanche, lorsque la décision est le fruit d'une négociation collective, l'enjeu de l'information préalable est encore plus important puisque l'adhésion des syndicats conditionne la conclusion de l'accord. **(B)**

A. La reconnaissance du caractère préalable de l'information-consultation

199. Pour que la compétence consultative du comité social et économique fasse sens, il convient de s'assurer que son avis soit requis avant la prise et la mise en œuvre de la décision. On peut faire état d'un « principe » d'antériorité de la consultation.⁵⁵⁵ L'article L2312-14 du Code du travail le réaffirme en disposant que les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité social et économique.⁵⁵⁶ En effet, l'exigence d'antériorité de la consultation posée par l'article précité fait écho à d'autres articles de lois confirmant ce principe.⁵⁵⁷ Son importance est telle qu'en cas d'inobservation l'employeur encourt des sanctions

⁵⁵⁵ E. Lafuma, Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 46, 2008, p. 49.

⁵⁵⁶ Le lancement d'une offre publique d'acquisition est la seule l'exception au principe d'antériorité de la consultation Art. L2312-14 al.1 du Code du travail.

⁵⁵⁷ Par exemple, le comité 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 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. (L2312-38) ; De même, avant de racheter l'entreprise, l'auteur d'une offre publique d'acquisition doit transmettre au comité social et économique des informations précises et écrites sur le contenu de l'offre et les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner (L2312-49). Le comité social et économique est également informé et consulté préalablement à la mise en place d'une garantie collective mentionnée à l'article L911-2 du code de la sécurité sociale ou à la modification de celle-ci. (R2312-22). En cas de décision de refus de validation ou d'homologation, le comité social et économique est consulté préalablement à la nouvelle demande sur l'accord collectif ou le document unilatéral après que les modifications nécessaires ont été apportées. (D1233-14-3)

pénales. Ainsi, l'absence de respect du principe d'antériorité est constitutive d'un délit d'entrave peu important les consultations et les discussions postérieures à la commission du délit.⁵⁵⁸

200. Le caractère préalable de l'extériorisation des raisons d'agir est également sous-entendu dans plusieurs textes européens qui regorgent de références à la qualité utile de l'information-consultation des représentants du personnel. Ainsi, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989 énonce à l'article 18 que « l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être (...) mises en œuvre en temps utile notamment à l'occasion de restructurations ou de fusions d'entreprises affectant l'emploi des travailleurs ». Cette prégnance de l'utilité de l'information-consultation s'observe également au point 18 et à l'article 2 de la directive 92/56 du 24 juin 1992 sur la procédure des licenciements collectifs.⁵⁵⁹ Il en est de même dans la directive 2002/14 du 11 mars 2002 portant sur la procédure d'information-consultation des travailleurs.⁵⁶⁰ Par ailleurs, il est précisé à l'article 4-3 de cette directive que cette discussion doit intervenir à des « moments (...) appropriés » dans le but de rendre effective la consultation des représentants du personnel. » Plus explicite quant au caractère préalable, est le point 9 de la directive du 11 mars 2002. En effet, il y est précisé que l'information et la consultation en temps utile « constituent une condition préalable à la réussite des processus de restructuration et d'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions induites par la mondialisation de l'économie, notamment au travers du développement de nouveaux modes d'organisation du travail ». Citons au même titre, la directive portant sur le transfert du personnel. En effet, l'article 6 de la directive 77/187/CEE demandait aux cédants et aux cessionnaires d'informer et de consulter les représentants des travailleurs en

⁵⁵⁸ Cass. Crim. 27 nov. 1990, n° 89-81.454 (absence de consultation du comité d'entreprise avant une restructuration) ; Cass. Crim. 19 févr. 1991, n° 89-85.670 (absence de consultation avant une modification de l'organigramme de l'organe de direction) ; Cass. Crim. 3 oct. 1990, n° 89-83.161 (lorsque le chef d'entreprise n'attend pas l'avis définitif du comité d'entreprise sur le projet de réorganisation).

⁵⁵⁹ Point 18 « Cette information, cette consultation et cette participation doivent être mises en œuvre en temps utile, notamment dans les cas suivants : lors de procédures de licenciement collectif » ; Article 2 « Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord. »

⁵⁶⁰ Art. 4-3 de la directive 2002/14/CE : L'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu approprié, susceptibles notamment de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat et de préparer, le cas échéant, la consultation.

temps utile en précisant le caractère préalable de celle-ci par rapport au transfert. Enfin, cette antériorité a été reprise à l'article 7 de la directive 2001/23 du 12 mars 2001.

En droit interne, les juges ont maintes fois défendu le respect de l'antériorité de la consultation. Les décisions de justice attestent de la volonté des juges d'écarter toute pratique qui aurait pour effet de placer le comité social et économique devant le fait accompli.⁵⁶¹ Comme l'énonce un auteur : « le temps de la consultation ne peut se comprendre, eu égard à sa finalité, que comme celui de la réversibilité du projet de l'employeur ».⁵⁶² L'antériorité de la consultation par rapport à la décision constitue justement celui de la réversibilité. C'est ce qui explique que l'employeur ne peut déroger à une consultation préalable y compris lorsque la décision doit être prise dans l'urgence ou à titre simplement conservatoire.⁵⁶³ Il en est de même lorsque l'employeur allègue que son projet n'est pas encore définitif.⁵⁶⁴ Plus encore, le caractère préalable de la consultation est nécessaire pour mettre à l'épreuve les prémisses factuelles de la décision projetée.

201. Le caractère antérieur des échanges n'est toutefois pas suffisant pour mesurer la capacité des représentants du personnel à éprouver la décision de l'employeur. Encore faut-il déterminer à partir de quand cette antériorité doit être mesurée. En principe, l'extériorisation des raisons d'agir de l'employeur par la transmission d'une information préalable, devient obligatoire dès lors que son intention de prendre une mesure se transforme en projet arrêté mais amendable. Toute la difficulté réside dans la démarcation de la frontière entre ces deux moments subjectifs. C'est ainsi qu'un auteur s'interroge « à partir de quand une pure éventualité d'action (...) se cristallise-t-elle en projet c'est-à-dire en plan finalisé marquant le passage du plausible au possible voire au

⁵⁶¹ En ce sens Cass. Crim. 7 oct. 1980, D. 1981, IR, p. 263; Cass. Soc. 27 juin 2000, Dr. Ouvr. 1999, p. 494, note P. Bouaziz, au sujet d'une consultation sur une réorganisation déjà entamée ; Cass. Soc. 17 juin 1997, Dr. Soc. 1997, p.742, obs. H. Masse-Dessen, au sujet d'une consultation sur la fermeture d'un magasin déjà réalisée ; Cass. Soc. 11 janv. 2000, Dr. Ouvr. 2000, p. 301, obs. M. Cohen, au sujet d'une consultation postérieure sur les modifications de l'organisation du travail présentées comme définitivement acquise.

⁵⁶² E. Lafuma, op. cit., p. 50; V. en ce sens, Cass. Soc. 12 nov. 1997, RJS n° 1391 ; Dr. Ouvr. 1998, p. 49, concl. Y. Chauvy ; Dr. Soc. 1998, p. 87, obs. M. Cohen ; RPDS, 1998, p. 79, comm. M. Cohen ; Cass. Crim. 30 nov. 1999, RJS 05/02.

⁵⁶³ Cass. Crim. 25 octobre 1988, n° 86-94.961.

⁵⁶⁴ Cass. Crim. 6 mai 2008, n° 07-84.416 ; D'autres applications du principe d'antériorité de l'information-consultation peuvent être répertoriées y compris lorsque l'employeur invoque l'importance du projet nécessitant que des négociations soient menées avec des sociétés de niveau national ou international ou avec les pouvoirs publics.

probable ? C'est tout le problème philosophique du processus de volition qui se trouve ainsi soulevé : quand passe-t-on de l'intuition du possible ou désirable à la perspective de sa réalisation ? ».565 La détermination de ce moment est essentielle au caractère utile de la procédure d'information-consultation du comité social et économique et à l'échange de narration qui en découle, à savoir celle que présente l'employeur en exécutant son obligation d'information préalable d'une part, et celle des représentants du personnel en formulant un avis susceptible d'influer sur la décision définitive d'autre part.

En matière d'information-consultation du comité social et économique, celui-ci doit être consulté sur un projet et non sur une décision déjà prise.⁵⁶⁶ Or celui-ci peut être arrêté avant qu'un acte juridique ou un engagement ferme ne l'entérine. Ainsi, un projet trop précis ou trop avancé pour pouvoir être facilement amendé est déjà qualifié par la Cour de « décision ». Inversement, à la suite de l'arrêt Haulotte⁵⁶⁷, la Haute juridiction juge également « qu'un projet même formulé en termes généraux doit être soumis à consultation dès lors que son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la décision ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet adopté ».568 En somme, le caractère irréversible du projet est le critère de démarcation de la date limite de l'information-consultation du comité⁵⁶⁹ et de la discussion qui sous-tend cette procédure. Ainsi, tant qu'un projet n'a pas fait l'objet d'une mise en œuvre et est amendable, la consultation n'est pas tardive.⁵⁷⁰

202. La question du caractère préalable de l'information-consultation s'est surtout posée pour le comité d'entreprise européen. Concernant cette dernière, la directive du 6 mai 2009 et avant elle, celle du 22 septembre 1994 ne faisait pas référence à un principe d'antériorité. Toutefois, le

⁵⁶⁵ J. Legoff, *Droit du travail et société*. Tome II. Les relations collectives de travail, Presses universitaires de Rennes, 2002, p. 126.

⁵⁶⁶ M. Cohen et L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 11^e éd, 2016 p. 560 et s.

⁵⁶⁷ Cass. Crim. 2 mars 1978, Bull. crim., n° 83 ; JCP 19052, note P. Salvage ; Dr. soc. 1978, p. 896, note J. Savatier.

⁵⁶⁸ Cass. Soc. 12 nov. 1997, n° 96-12.314, Dr. Soc. 1998, 87 obs. M. Cohen.

⁵⁶⁹ M. Cohen et L. Milet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 11^e éd, 2016 p. 561 et s.

⁵⁷⁰ Cass. Soc. 26 mai 2004, n° 02-17.642. Voir pour application, Cass. Crim. 4 juin 2002, n° 01-83.062.

législateur communautaire dispose qu'une information communiquée à un moment approprié doit permettre aux représentants du personnel de préparer la consultation.⁵⁷¹ Le moment et le contenu de l'information échangée doivent être là encore appropriés par rapport à cet objectif.⁵⁷² Quant à la précision de ce que signifient une temporalité et un contenu appropriés, la directive renvoie aux dispositions et pratiques nationales.⁵⁷³ C'est dans ce contexte de législation communautaire qu'est intervenue, l'affaire Renault Vilvoorde en 1997. Le groupe Renault constitué autour d'une société française comprenant une filiale de droit belge qui exploite une usine à Vilvoorde en Belgique, annonce publiquement la fermeture de cette dernière sans informer ni consulter le comité social et économique européen au préalable. Tout en jugeant que l'antériorité de l'information n'est pas, au vu des textes applicables, une modalité obligatoire de l'information-consultation ni dans l'accord ayant présidé la création de ce comité social et économique européen ni dans la directive de 1994, la cour d'appel de Versailles énonce qu'il faut toutefois rechercher si le comportement décisionnel a assuré en l'espèce, un effet utile à cette procédure. Selon les juges d'appel, l'utile doit être apprécié in concreto en fonction d'un faisceau d'indices comme la place laissée aux observations des représentants du personnel, à leurs critiques ou contestations. L'expression de l'avis des représentants du personnel y est donc confirmée. En d'autres termes, la mise à l'épreuve des raisons d'agir comprenant la question de leur objectivité, dépend de la capacité des représentants du personnel à questionner le projet de décision. Comme autres indices, la cour d'appel de Versailles énonce l'importance et le caractère irrémédiable ou non des préjudices susceptibles d'être causés, le respect d'une chronologie propice aux mesures ou réactions utiles, voire à une modification des résolutions initiales. En somme, l'information-consultation doit laisser aux représentants du personnel une marge d'acceptation minimale de la décision dans le respect d'un idéal démocratique.⁵⁷⁴ De l'indice sur l'importance du projet visant 3000 salariés et de celui sur le caractère irrémédiable du préjudice, la cour dégage en l'espèce l'utilité d'une information-consultation antérieure et condamne dès lors, le groupe Renault.

⁵⁷¹ Point 14, point 46 et article 1^{er} de la directive 2009/38 du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

⁵⁷² Ibid., point 23.

⁵⁷³ Ibid., point 46.

⁵⁷⁴ E. Lafuma, op. cit., p. 47 s.

203.L'irréversibilité du projet ne permet pas toutefois de résoudre aussi aisément que cela les problématiques d'application de l'antériorité de la procédure d'information-consultation. En effet il a été reconnu par un arrêt du 7 février 1996⁵⁷⁵ que la décision s'insère dans un processus complexe. Ainsi dès lors que cette dernière s'insère dans une procédure comportant des « décisions échelonnées, le comité doit être consulté à l'occasion de chacune d'elles ». En somme, c'est de manière générale pour tout projet d'initiative patronale susceptible de se prêter à débat qu'une information-consultation préalable doit avoir lieu.

Il convient toutefois d'émettre une réserve à cette affirmation. En effet, depuis le nouvel article L2323-2 du Code du travail tel que modifié par l'article 18 de la loi du 17 août 2015 dite Rebsamen, tout un pan du processus décisionnel échappe désormais à la compétence consultative du comité social et économique dès lors que ce dernier emprunte la voie de la négociation collective. C'est ce qui ressort du nouvel alinéa 2 de l'article L2312-14 disposant que « les projets d'accords collectifs, leur révision ou leur dénonciation ne sont pas soumis à l'avis du comité social et économique. » Depuis l'ordonnance du 22 septembre 2017 ayant modifié l'alinéa 3 de l'article précité, il en va de même pour les entreprises ayant conclu un accord relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Ainsi, le législateur met un terme à la fameuse jurisprudence EDF en vertu de laquelle l'employeur devait consulter le comité social et économique concomitamment à l'ouverture des négociations et au plus tard avant la signature de l'accord.⁵⁷⁶ Désormais, la compétence consultative du comité social et économique est réduite aux seules décisions à caractère unilatéral. On peut le déplorer car la consultation concomitante du comité social et économique ne compromettrait pas la liberté de négociation. Au contraire, pareille consultation servait la négociation parce qu'elle permettait d'orienter la discussion entre partenaires sociaux.⁵⁷⁷ En outre, c'est la complexité du processus décisionnel qui est niée en bornant la compétence consultative aux décisions à caractère unilatéral. Peu importe son caractère conventionnel, il convient de s'attacher simplement au fait que la décision a été impulsée par l'employeur dans un domaine de compétence du comité.⁵⁷⁸ Mais cette vision a été

⁵⁷⁵ Cass. Soc. 7 févr. 1996, n° 93-18.756 à 758, Bull. civ., V n° 47 ; Dr. Soc. 1996, p. 537, note M. Cohen.

⁵⁷⁶ Cass. Soc. 5 mai 1998, n° 96-13.498, Bull. civ., V n° 219 ; D. 1998, p. 608, note G. Auzero.

⁵⁷⁷ J-Y Frouin, « Négociation collective et consultation du comité social et économique », Dr. Soc. 1998, p. 579.

⁵⁷⁸ E. Lafuma, op.cit., p. 55.

abandonnée par la remise en cause législative de la jurisprudence EDF.

204.L'observation des dernières réformes législatives permet d'émettre une seconde réserve sur une consultation préalable du comité social et économique en présence de tout projet d'initiative patronale. Plus encore, un doute sur le caractère préalable de la consultation du comité peut être émis s'agissant des orientations stratégiques de l'entreprise. Même si l'article L2312-17 du Code du travail prévoit que le comité est compétent dans ce domaine, il n'empêche que l'idée d'une consultation préalable doit être appréciée au regard de l'article L2312-20 du Code du travail. Ce dernier dispose qu'un accord de groupe peut toujours prévoir que la consultation sur les orientations stratégiques soit effectuée au niveau du comité de groupe. Ainsi, l'idée d'une consultation préalable du comité social et économique en matière d'orientations stratégiques se heurte à la réalité de l'organisation des sociétés en groupe. La faculté offerte par la disposition précitée prend acte du fait qu'au sein de ces dernières, c'est le comité de groupe qui est consulté sur les orientations stratégiques tandis que les comités des entreprises du groupe sont consultés sur les conséquences des orientations stratégiques. Partant, « le comité [social et économique] n'est (probablement) plus consulté sur une décision envisagée, sur un processus décisionnel, mais sur une décision arrêtée, là où jusqu'à présent la consultation ne s'entendait que comme préalable à la décision. »⁵⁷⁹

L'article L2312-24 du code du travail applicable à défaut d'accord d'entreprise ou avec le comité social et économique, est également de nature à faire douter du caractère préalable de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise. En effet, cette disposition supplétive prévoit que celles-ci sont définies par l'organe chargé de l'administration ou de surveillance. Ainsi, comme le remarque un auteur « se profile l'idée que l'entreprise demeure maître de la détermination de sa stratégie mais que [le comité social et économique] doit pouvoir participer à un débat sur le bien-fondé des choix opérés et leurs conséquences. »⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ H. Tissandier, « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme? », Dr. Soc. 2015, p. 889.

B. La reconnaissance du caractère préalable de l'information dans le cadre de la négociation collective

205. Sans qu'il existe de référence à un temps utile ni à un principe d'antériorité en matière de négociation collective, quelques dispositions prévoient néanmoins une information préalable à celle-ci. On en trouve au niveau de la négociation collective d'entreprise comme au-delà.

Au niveau de l'entreprise, on trouve des dispositions sur la transmission d'une information préalable lorsque cette dernière est pourvue d'un délégué syndical. Ainsi, l'article L2232-20 dispose que « l'objet, la périodicité ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise, sans préjudices des dispositions prévues aux articles L2242-1 et suivants relatifs à la négociation annuelle obligatoire en entreprise. ». Allant plus loin, l'article L2242-4 précise qu'il ne peut y avoir de décision unilatérale tant que la négociation est en cours dans cette matière.

Au niveau de la négociation collective de branche, l'article D2241-1 du Code du travail dispose que pour la négociation sur les salaires prévue à l'article L2241-8, un rapport est remis par les organisations d'employeurs aux organisations syndicales de salariés au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation. Au cours de l'examen de ce rapport, les organisations d'employeurs fournissent aux organisations syndicales de salariés, les informations nécessaires pour permettre de négocier en toute connaissance de cause. »

Compte tenu de l'exigence d'objectivité dont est redevable l'employeur pour toute action susceptible de faire grief au salarié, pourquoi ne pas reconnaître un principe d'information préalable dont seraient créanciers l'ensemble des destinataires d'une mesure ou leurs représentants ? En matière de négociation d'un accord dit de « concession », la diffusion préalable de l'information à la conclusion de celui-ci conditionne la tenue d'une discussion contradictoire.⁵⁸¹ Toutefois, cette condition ne suffit pas. Encore faut-il que les représentants des destinataires de la mesure disposent d'un temps d'examen suffisant de l'information

⁵⁸¹Cf. supra n° 179.

communiquée.

Paragraphe 2nd : *La nécessité d'un temps d'examen suffisant, une condition remise en cause*

206.La délibération au sens courant du terme implique de disposer d'un temps suffisant pour réfléchir sur les éléments examinés afin de parvenir à une conclusion. Il s'agit là d'un aspect essentiel de la délibération. Quand bien même, les autres éléments de ce mode de discussion sont présents, en l'absence de temps d'examen suffisant pour se forger une conviction l'existence même d'une délibération est remise en cause. Mieux, le temps de la procédure de délibération constitue une modalité si importante qu'une insuffisance remet en cause le principe même de délibération et partant, l'idée de faire participer les membres d'un groupe à la prise de décision. En l'occurrence, sont concernés les représentants des destinataires de la mesure. Ainsi, malgré la reconnaissance juridique d'un principe de participation aux choix de gestion de l'entreprise impliquant un débat préalable, malgré le droit d'accès à une information de qualité et malgré les garanties mises en place pour faire comprendre aux représentants du personnel une telle information, l'insuffisance du délai d'examen pour réfléchir et se forger une conviction adéquate affaiblit nécessairement la valeur de ces prérogatives. Pire, une telle insuffisance peut altérer la qualité du débat portant entre autres, sur la matérialité des raisons d'agir. Comment l'employeur peut-il s'assurer de l'adhésion des destinataires de la mesure notamment sur leur réalité, si ces derniers n'ont pas bénéficié de suffisamment de temps pour réfléchir et comprendre l'information transmise afin de se forger un point de vue ? En fin de compte, cela contribue à douter de l'idée que l'objectivité des raisons d'agir puisse apparaître plus assurée en raison du suivi d'une procédure de discussion avec les représentants du personnel.

207.Pareils doutes font sens en droit du travail compte tenu de l'encadrement temporel de l'information-consultation depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Pourtant, la loi reconnaît au comité social et économique le droit de disposer d'un délai d'examen suffisant pour formuler un avis.⁵⁸² Toutefois, cette exigence a été abrogée par ladite loi sans pour autant que le principe d'une consultation utile corollaire de l'exigence d'un délai d'examen suffisant soit

remis explicitement en cause.⁵⁸³ En effet, la loi précitée est venue encadrer strictement le temps de la procédure d'information-consultation en instaurant des délais préfix.

208. La procédure des grands licenciements collectifs n'y échappe pas. Dès lors que le principe d'un délai d'examen suffisant est ainsi remis en cause, est également contrariée la capacité des représentants du personnel à questionner les raisons du licenciement et en particulier, à éprouver leur matérialité. Cela apparaît de manière particulièrement saillante lors de la procédure de consultation du comité social et économique en vue de grands licenciements pour motif économique. **(A)** Il en va également ainsi lors de la négociation d'un accord dit de « concession » impliquant une discussion sur la situation économique de l'entreprise. **(B)**

A. La procédure de consultation du comité social et économique en matière de grands licenciements pour motif économique

209. Depuis la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le rythme de la procédure d'information-consultation est délimité par des délais préfix dans certains domaines dont le nombre a encore crû depuis la loi Rebsamen du 17 août 2015.⁵⁸⁴ Un tel encadrement temporel concerne aussi bien la procédure de consultation liée à la compétence générale du comité social et économique que la procédure de consultation des grands licenciements pour motif économique. S'agissant de cette dernière – choisie pour illustrer la remise en cause du principe d'un délai d'examen suffisant - l'article L1233-30 prévoit un calendrier unique pour le projet de restructuration comme pour le projet de licenciement. Les mêmes délais préfix doivent alors être respectés pour ces deux consultations y compris en cas de recours à un expert-comptable. Ainsi, le comité social et économique doit rendre ses deux avis dans un délai maximal de deux mois si le nombre de licenciements est inférieur à 100, de trois mois s'il est compris entre 100 et 250 ou de quatre mois lorsque le nombre de licenciements est supérieur à 250.

⁵⁸² Art. L2312-15 al. 2 du C. du trav.

⁵⁸³ En ce sens, G. Borenfreund, « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », RDT 2015, p. 17.

⁵⁸⁴ La loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi dite « Rebsamen » a étendu l'application du délai préfix à certaines consultations sur le temps de travail (repos compensateur, heures

Un calendrier unique pour mener les deux consultations sur le projet de restructuration et sur le projet de licenciement conduit à émettre une réserve. Renforcée par des délais préfix communs, la simultanéité des deux consultations semble mettre davantage en péril l'authenticité de la discussion sur le projet de restructuration. En effet, avant même l'imposition de délais préfix la question d'un véritable dialogue sur ledit projet se posait en l'absence d'écart temporel avec la consultation sur le projet de licenciement.⁵⁸⁵ Depuis la loi de 2013, l'encadrement temporel de la procédure des grands licenciements pour motif économiques aggrave le risque « d'absorption d'une consultation par une autre ».⁵⁸⁶ De telles réserves n'ont toutefois pas entamé la préférence du législateur en faveur de la sécurisation de la procédure des grands licenciements économique dans un même carcan temporel.

Allant plus loin, la loi de 2013 permet aux interlocuteurs sociaux d'aménager eux-mêmes le temps de la procédure par accord collectif.⁵⁸⁷ La réforme de 2013 suivant l'ANI du 11 janvier 2013 permet aux interlocuteurs de prolonger les délais préfix comme de les raccourcir sans que le législateur ne prévoie de délais incompressibles. La seule exigence tient à ce que le délai prenne en compte l'ampleur du projet de licenciement économique collectif.⁵⁸⁸ Ce blanc-seing laissé aux interlocuteurs sociaux sur le temps de la procédure laisse perplexe compte tenu du fait que les ressorts délibératifs de la consultation du comité social et économique vont dépendre du rapport au temps que l'employeur aura construit non pas avec les membres dudit comité mais avec les organisations syndicales représentatives. Or, ce sont les membres du comité social et économique qui sont consultés et non pas les organisations syndicales représentatives qui négocient l'accord collectif. De tels empiètement de la négociation collective sur l'information-consultation peut être source de tensions entre les institutions représentant le personnel. Or, comment de telles tensions peuvent ne pas impacter le principe même de consultation des

supplémentaires au-delà du contingent...)

⁵⁸⁵ Sur la possibilité de mener de manière concomitante ces deux consultations, cf. Cass. Soc. 17 juin 1997, n°95-18.904, Bull. civ., V n° 223 ; D, 1997, p.187 ; Dr. Soc. 1997, p.742, obs. H. Masse-Dessen. Ultérieurement, la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a inscrit à l'article L1233-30 du code du travail la possibilité de réaliser cette double consultation de façon concomitante.

⁵⁸⁶ G. Borenfreund, art. cit., p. 17.

⁵⁸⁷ L1233-30 II. Al. 4 du Code du travail.

⁵⁸⁸ Circ. DGEFP/DGT n°2013/13 du 19 juill. 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif.

membres du comité social et économique et donc l'idée même d'une délibération avec ces derniers ?

210. Que l'on applique les délais préfix prévus par la loi ou par l'accord collectif, l'on est confronté au même risque : n'y a-t-il pas lieu de craindre que l'encadrement temporel de la procédure « s'opère au prix d'une utilisation plus incertaine par le comité de l'information transmise comme d'une dégradation de la qualité de l'expertise ? »⁵⁸⁹ Pensés pour sécuriser les procédures des grands licenciements collectifs c'est-à-dire, pour éviter les chicanes judiciaires, les délais préfix ne remettent-ils pas en cause notamment la capacité des membres du comité social et économique à vérifier la matérialité des raisons économiques ? Plus généralement, l'alignement de la procédure sur le temps de la décision de gestion ne se fait-il pas au détriment de la qualité du dialogue social, qualité impliquant d'éprouver les raisons d'agir devant les représentants du personnel ?

A l'évidence, la capacité effective de mettre à l'épreuve les raisons d'agir ne semble pas la priorité du législateur. Ce qui semble, à ses yeux, plus important c'est d'offrir une meilleure « visibilité » du temps de la procédure de licenciement.⁵⁹⁰ En d'autres termes, les délais préfix communs aux consultations sur le projet de restructuration et sur le projet de licenciement, doivent rendre plus prévisible et donc, plus sûr le terme de la procédure de licenciement sans pour autant remettre ouvertement en cause le principe d'une consultation utile. La primauté de cet objectif apparaît avec d'autant plus de force que l'absence d'avis du comité social et économique dans les délais préfix n'interrompt pas la procédure. Bien au contraire, l'écoulement des délais présume de la consultation du comité social et économique. La primauté de l'objectif de sécurisation de la durée du processus de consultation se révèle également par le blocage de tout levier juridictionnel en cours de procédure, levier qui peut pourtant, s'avérer nécessaire pour mettre à l'épreuve la matérialité des raisons d'agir. En effet, il n'est plus possible en cours de procédure d'un grand licenciement pour motif économique de recourir au juge des référés. Antérieurement à la loi de 2013, un tel recours pouvait s'avérer utile dans la perspective d'obliger

⁵⁸⁹ G. Borenfreund, art. cit., p. 17.

⁵⁹⁰ V. Le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi - étude d'impact, 5 mars 2013, p. 128.

l'employeur à se montrer transparent sur les données factuelles pertinentes pour vérifier la réalité des raisons économiques énoncées. Outre qu'une telle interdiction porte atteinte au droit d'accès à un juge, la suppression du recours au juge des référés en cours de procédure empêche la suspension de ladite procédure et donc l'interruption du délai préfix. Tout ce que peuvent faire les représentants du personnel, c'est de demander au DIRECCTE d'enjoindre à l'employeur de fournir les informations manquantes.⁵⁹¹ Là encore nulle possibilité d'interrompre l'écoulement du délai préfix. En outre, la circulaire sur la loi de sécurisation de l'emploi exige que la demande adressée à l'administration du travail soit motivée et qu'elle justifie de la pertinence des données requises. De même, la demande doit énoncer les raisons pour lesquelles l'employeur a refusé de transmettre les données manquantes et les raisons de leur caractère indispensable pour rendre un avis éclairé sur le motif économique.⁵⁹² Compte tenu de l'encadrement temporel de l'information-consultation du comité social et économique, de telles exigences de procédure à la charge des membres du comité social et économique risquent de retarder encore plus la mise à l'épreuve des raisons économiques avancées par l'employeur. Si toutefois, le comité social et économique se lance dans cette demande, le DIRECCTE dispose de 5 jours pour se prononcer. En cas de refus de l'administration du travail, là encore la circulaire fait barrage à tout recours à un juge contre la décision du DIRECCTE en cours de procédure. Il faudra attendre le terme de la procédure pour contester pareille décision devant le juge administratif et ce, dans le cadre du contentieux relatif à la décision de validation ou d'homologation du PSE prévu par l'article L1235-7-1.⁵⁹³ Il ressort de ce qui précède qu'est bloqué tout recours juridictionnel en cours de procédure, recours pourtant indispensable en présence d'éventuelles stratégies patronales d'opacité sur le motif économique, donc indispensable pour faire la lumière sur son existence matérielle lors de la procédure interne. Du reste, le contrôle du DIRECCTE n'est à cet égard d'aucun secours puisque la vérification de la régularité de la procédure d'information-consultation en cours de procédure n'emporte pas de contrôler le motif économique.

⁵⁹¹ Art. L1233-57-5 du Code du travail.

⁵⁹² Circ. DGEFP/DGT n°2013/13 du 19 juill. 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, p. 21.

⁵⁹³ Ibid., p. 9.

211. Un autre ressort de la sécurisation de la procédure mérite aussi d'être mis en exergue. Il s'agit de l'encadrement temporel de l'intervention de l'expert. S'agissant de l'expertise dans le cadre de la procédure des grands licenciements pour motif économique, l'article L1233-35 règle de manière très précise le temps de l'expertise-comptable. Ainsi, l'expert a 10 jours maximum à compter de sa désignation pour demander des informations manquantes à l'employeur tandis que ce dernier dispose de 8 jours pour lui répondre. Si d'aventure l'expert-comptable a besoin d'informations supplémentaires, les mêmes délais de demande de réponse de l'employeur s'appliquent. Outre la fixation de délais maxima pour régler dans le temps les échanges entre expert-comptable et employeur, la loi prévoit également un délai maximal pour que l'expert rende son rapport. En vertu de l'article L1233-34, le rapport doit être remis au moins 15 jours avant l'expiration des délais préfix prévus par l'article L1233-30 pour que le comité rende son avis. Pour verrouiller tout obstacle à l'interruption des délais de consultation des membres élus, l'article R1233-3-1 prend le soin de mentionner que l'absence de rapport ne peut prolonger ces mêmes délais.

A titre de rappel historique, même lorsque le CHSCT était saisi dans le cadre d'une procédure de restructuration avec compression d'effectifs, le temps de consultation de cet organe s'insérait dans les délais préfix prévus par l'article L1233-30 ou par l'accord collectif. Cela avait sensiblement accéléré le rythme de la consultation du CHSCT. Ainsi, l'ordre du jour et les documents s'y rapportant devaient lui être transmis trois jours avant la réunion et non pas quinze jours comme cela était prévu.⁵⁹⁴ Quant à l'expert du CHSCT, celui-ci disposait des mêmes délais pour rendre son rapport que l'expert-comptable, à savoir quinze jours avant l'expiration du délai de l'article L1233-30. Là encore par symétrie, l'absence de remise du rapport ne pouvait prolonger les délais prévus par ledit article ou par l'accord collectif. Ainsi, l'éventuelle consultation du CHSCT ne permettait pas au comité d'entreprise de temporiser la décision de licenciement pour motif économique ni de prolonger ses réflexions sur les raisons économiques au-delà des délais préfix.

Il ressort donc de ce qui précède que toutes les modalités délibératives de l'information-

⁵⁹⁴ Art. R4614-3 du Code du travail.

consultation sont atteints par l'objectif de sécurisation de la procédure. Plus généralement, c'est le principe même d'une consultation utile du comité social et économique qui est vidé de son sens.

B. La négociation d'un accord de gestion

212. Par symétrie avec le processus d'information-consultation des représentants du personnel, il n'est pas interdit d'affirmer que les syndicats doivent également disposer d'un temps d'examen suffisant de l'information présentée par l'employeur au soutien de la conclusion de l'accord collectif. Or, il s'avère que le législateur est non seulement muet sur l'existence d'une exigence de délai d'examen suffisant en matière de négociation des accords de gestion dits de « concession », mais qu'il n'a pas non plus prévu de cadre procédural propice à la détermination des raisons économiques à l'origine de ces accords.

Pareille absence valait déjà pour le diagnostic partagé de feux les accords de maintien de l'emploi et les accords de préservation et de développement de l'emploi. Cela signifiait donc que les interlocuteurs sociaux étaient maîtres de l'établissement du diagnostic partagé. En d'autres termes, une faculté d'autodétermination leur était accordée s'agissant des conditions factuelles et temporelles dans lesquelles s'élaborait le contexte de négociation des accords collectifs susmentionnés.⁵⁹⁵ Pareille autodétermination était confirmée par les conditions de remise du rapport de l'expert en cas de recours à ce dernier. En cas de négociation d'un accord de maintien de l'emploi ou d'un accord de préservation ou de développement de l'emploi les anciens articles L5125-1 et L2254-2 relatifs à ces accords renvoyaient à L2325-42-1, texte qui disposait que l'expert devait remettre son rapport dans un délai raisonnable fixé par accord auquel il ne pouvait être prorogé que par commun accord. Dans ce même délai devaient être négociés les délais de demande d'information à l'employeur et de réponse. Il s'en suivait que le rythme de construction du diagnostic était adapté à la décision de gestion. Pourtant, la négociation sur le diagnostic devait ouvrir un temps de consultation des organisations syndicales impliquant une transmission d'informations pertinentes, complètes et fiables ainsi qu'un temps de réflexion et d'analyse de

⁵⁹⁵ S. Alzais, « Les temporalités du droit du travail à l'épreuve des accords de maintien de l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités ss la dir.* G. Borenfreund et de E. Peskine, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 53.

celles-ci. Au terme de ce temps de consultation, les syndicats étaient censés avoir un avis éclairé sur le diagnostic et décider en fonction de leur conviction s'ils allaient signer l'accord de maintien de l'emploi ou l'accord de préservation ou de développement de l'emploi. Confier la détermination de ce temps aux interlocuteurs sociaux ne garantissait pas que les négociateurs côté salarié disposaient d'un délai d'examen suffisant. A fortiori, le doute était permis s'agissant de la négociation de l'accord de maintien de l'emploi, négociation qui était calquée sur un temps de conjoncture subit par les interlocuteurs sociaux. Compte tenu des enjeux de la négociation de ces accords, le respect d'un délai d'examen suffisant apparaissait de surcroît nécessaire. Or, la libre détermination par les seuls interlocuteurs sociaux de la temporalité de la négociation de cet accord ne permettait pas a priori de s'assurer d'un temps d'examen suffisant. Si l'on rajoutait à cela un éventuel rapport de force au détriment des négociateurs salariés lors de la négociation, il était encore plus difficile de s'assurer que ces derniers prenaient le temps d'examiner les raisons de l'accord. Les dispositions précitées ont toutefois été abrogées par le décret n° 2017-1819 du 29 décembre 2017. L'article R2315-45 régit désormais les délais de demande de l'information à l'employeur et de réponse. Il en ressort que l'expert dispose seulement d'un délai maximal de trois jours à compter de sa désignation pour demander les informations complémentaires qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur doit y répondre quant à lui dans un délai de cinq jours. Pareille célérité exigée de la part de l'expert vaut aussi bien lorsqu'il assiste les représentants du personnel dans le cadre de la procédure d'information-consultation comme dans la négociation d'un accord de performance collective. Si l'on ajoute à cela l'absence de cadre procédural d'origine légale qui serait propice à la mise à l'épreuve effective des prémisses factuelles de ce même accord, il est d'autant plus permis de douter de l'existence, au bénéfice des négociateurs côté salarié, d'un délai d'examen suffisant de l'information communiquée au soutien de la conclusion de celui-ci. En effet, il demeure constant, y compris pour la négociation des accords de performance collective, que les interlocuteurs sociaux sont maîtres de la détermination des prémisses factuelles de ceux-ci.

213. Compte tenu de l'incertitude liée au respect d'une telle exigence indispensable pour garantir la qualité du dialogue social, les tentatives législatives d'alléger le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse du licenciement en cas de refus du salarié de se voir appliquer un

accord de performance collective, ne paraissent pas opportunes. Partant, les tentatives de préconstituer la cause réelle et sérieuse ne semblent pas de ce point de vue également, légitimes.

A titre de rappel, s'agissant de l'accord de maintien de l'emploi, l'ancien alinéa 3 de l'article L5125-2 précisait qu'en cas de refus du salarié, son licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse. Quant à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi, l'ancien article L2254-2 II disposait que le refus du salarié entraîne un licenciement pour motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse. Cette dernière formulation vaut toujours pour le refus de l'application d'un accord de performance collective tel qu'issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 en vertu de l'article L2254-2 V du Code du travail. Pourtant comme cela a déjà été précisé par le Conseil constitutionnel, l'emploi du présent de l'indicatif en lieu et place d'une rédaction formulée en termes d'obligation n'enlève pas aux dispositions légales leur caractère impératif.⁵⁹⁶ En outre, la solution inverse conduirait à remettre en cause l'indépendance du juge à apprécier librement la cause réelle et sérieuse du licenciement, indépendance dont la valeur est supra-légale puisqu'elle est garantie par les normes internationales et européennes.⁵⁹⁷ Enfin, l'affirmation que le refus du salarié de se voir appliquer repose sur une cause réelle et sérieuse, n'est pas une règle procédurale ni une règle probatoire.⁵⁹⁸ Cela signifie qu'une telle règle ne prive pas le salarié de la faculté de saisir le juge pour se prononcer sur le bien-fondé du licenciement. De même, pareille disposition n'emporte pas présomption du caractère réel et sérieux du licenciement à moins d'entrer en contradiction avec l'article 9-3 de la Convention n° 158 de l'OIT imposant aux Etats de prendre certaines mesures pour que le salarié « n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié ».

⁵⁹⁶ G. Loiseau et M.-L. Dufresne-Castets, « Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ? », RDT 2015, p.499.

⁵⁹⁷ V. art. 8-1 et 9-1 de la Convention OIT n° 158 en vertu desquels le salarié qui estime son licenciement injustifié « aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial » et que les organes de contrôle en question doivent « être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement. ». A ces normes, s'ajoute l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en vertu duquel « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

⁵⁹⁸ D. Baugard et L. Gratton, art. cit., p. 745.

214.La mise à l'épreuve de l'information-consultation et de la négociation collective dite de concession à l'idée de délibération a permis de nuancer l'hypothèse de départ, hypothèse qui consistait à affirmer que l'objectivité des raisons d'agir serait présumée du seul suivi des procédures susmentionnées. Certes, le propos n'était pas de présenter l'information-consultation du comité social et économique ni la négociation collective de gestion comme de parfaites procédures de délibération mais néanmoins d'observer certaines similitudes avec ce mode de discussion au nom du principe de participation, similitudes contribuant par ailleurs au brouillage entre lesdites procédures. Néanmoins, à l'étude des modalités temporelles de ces procédures, les illusions ou les faux semblants ne tardent pas à apparaître. En effet, malgré la reconnaissance de principe de certaines prérogatives qui garantissent une discussion contradictoire tels l'accès à l'information, le recours à l'expertise ou le principe du caractère préalable de l'information-consultation, les modalités temporelles de la procédure peuvent néanmoins entrer en conflit avec le principe même de participation. Chemin faisant, ces modalités affaiblissent la capacité des représentants du personnel à éprouver réellement les raisons d'agir en cours de procédure, donc à vérifier leur existence matérielle. L'encadrement de l'information-consultation par des délais préfix est le facteur de discrédit le plus saillant. Quant à la négociation des accords de performance collective c'est l'absence de tout cadre procédural d'origine légal qui fait douter de la capacité des négociateurs côté salarié à questionner effectivement les raisons d'agir.

Conclusion de chapitre

215. Malgré le maintien textuel de certaines prérogatives laissant à penser que les représentants des destinataires de la mesure peuvent vérifier l'objectivité des raisons d'agir, les modalités de mise en œuvre de ces mêmes prérogatives dissipent ce faux-semblant. La désillusion sur une telle vérification dans le cadre de l'information-consultation du comité social et économique comme dans la négociation des accords de performance collective résulte par-dessus tout, de l'absence de garantie légale de l'existence d'un temps d'examen suffisant des données communiquées par l'employeur au soutien de l'acte projeté. Or rappelons-le, *l'objectivité est le résultat d'un processus* c'est-à-dire, le résultat d'un ensemble d'opérations successives consistant à rechercher *l'adhésion sur la réalité des raisons d'agir*. A cette fin, le processus doit offrir un cadre spatio-temporel propice à vérifier ou éprouver la matérialité des éléments énoncés au soutien des *raisons d'agir* ce qui implique un cadre de discussion plus délibératif.

En adoptant une conception plus scientifique de l'objectivité, un degré élevé de consensus attaché aux prémisses factuelles de la décision ne dépend pas tant d'une condition procédurale que d'une condition processuelle liée à la qualité des contrôles auxquels auront procédé les représentants des destinataires de la mesure. Or, la qualité des contrôles est liée au respect d'un temps suffisant de mise à l'épreuve des raisons de la décision envisagée. Ce n'est qu'à ce prix qu'une forte apparence d'objectivité peut être accordée aux raisons discutées avec les représentants des destinataires de la mesure. Partant, telle est la condition permettant de présumer à un degré plus élevé leur adhésion aux prémisses factuelles de la décision. En revanche, il est manifeste que lorsque les données au soutien des raisons d'agir sont extériorisées sans même que les destinataires de la mesure participent par une discussion contradictoire à leur vérification, leur adhésion aux prémisses factuelles ne peut qu'être faiblement présumée.

Chapitre 2 : L'extériorisation sans délibération

216.L'extériorisation des prémisses factuelles de la décision projetée n'emporte pas nécessairement leur mise à l'épreuve par les destinataires de la mesure. Cela signifie que certaines procédures exonèrent entièrement l'employeur de tout effort de délibération sur le bien-fondé de la décision avec un contradicteur extérieur. Pour autant, le caractère préalable de l'extériorisation des raisons d'agir n'est pas sans incidence sur leur apparence d'objectivité, aussi minime soit-elle. A cet égard, il existe deux types de procédures d'énonciation dont la portée contradictoire est très faible voire inexistante, mais qui demeurent néanmoins indispensables dans l'acquisition de la qualité objective des raisons d'agir.

217.D'une part, l'extériorisation des raisons d'agir peut simplement se limiter à la communication des données à l'appui de l'action patronale. Autrement dit, il n'y a pas du tout de discussion avec les destinataires de la mesure. Pareille forme d'extériorisation qui se cantonne à sa dimension purement informative permet simplement aux destinataires de la mesure de procéder à des opérations de vérification postérieures à la prise de décision. L'assentiment qui peut éventuellement en résulter de leur part n'est donc donné qu'a posteriori. Par conséquent, une telle extériorisation sans discussion ou débat même si elle est préalable à la mise en œuvre de la décision, ne confère qu'une modeste apparence d'objectivité aux raisons d'agir.

218.D'autre part, l'extériorisation des raisons d'agir peut prendre la forme d'un entretien individuel. Celui-ci peut être obligatoire ou facultatif. Obligatoire préalablement à un licenciement ou facultatif lors du jugement évaluatif par exemple. Dans les deux cas, les raisons énoncées semblent atteindre une certaine apparence d'objectivité en raison de la tenue d'une discussion. Néanmoins, il convient de relativiser le propos en raison de la faible voire très faible portée contradictoire de la discussion avec le salarié pris individuellement. En effet, les salariés ne sont pas obligatoirement informés en amont de ces entretiens des raisons d'agir de l'employeur. Même s'ils ont l'opportunité de se défendre et donc de faire infléchir la décision patronale, les salariés ne sont toutefois pas en mesure de faire valoir leur point de vue de la

manière la plus éclairée et réfléchi. Dépouillée de toute dimension délibérative, pareille faiblesse amène alors à considérer que la discussion n'est contradictoire qu'en apparence.

219.En fin de compte, comme la portée contradictoire de ces deux types de procédures d'énonciation des raisons d'agir est faible voire inexistante, l'employeur n'est pas conduit à communiquer des éléments de preuve de leur existence matérielle. Par conséquent, en cas de contentieux le contrôle d'objectivité sera plus fort. Il en est ainsi que les raisons d'agir aient fait l'objet d'une simple communication sans consultation (**Section 1**) ou bien qu'elles aient été discutées au cours d'un entretien individuel. (**Section 2**)

Section 1 : Une communication sans consultation

220.A l'inverse de l'obligation de motivation comportant une phase de discussion avec les salariés, la simple information sur les prémisses factuelles de la décision ne permet pas à ces derniers d'interroger les choix de gestion de l'employeur. Or, plusieurs mesures de gestion susceptibles de faire grief au salarié, voire de mettre en cause son emploi, sont concernées par cette forme d'extériorisation des raisons d'agir. Il en est ainsi des critères d'octroi d'un avantage unilatéral à portée collective, des critères d'ordre du licenciement ou encore des méthodes et techniques d'évaluation des salariés.

221.La communication des raisons d'agir sans consultation avec les destinataires de la mesure constitue ainsi une forme d'extériorisation peu ambitieuse et donc, la voie la plus minimaliste vers l'objectivité. Pour mieux comprendre ceci, il convient de mettre en exergue la passivité des destinataires de la mesure dans l'élaboration de cette dernière, (**Paragraphe 1^{er}**) ce qui est corrélé à une certaine marge laissée à l'exercice du pouvoir. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1^{er} : La passivité des destinataires de la mesure

222.Le rôle des destinataires de la mesure diverge avant et après la prise de décision.⁵⁹⁹ En amont de celle-ci, les salariés sont passifs. Privés de toute capacité d'influer sur les raisons d'agir lors de la prise de décision, les destinataires de l'information ne participent aucunement à l'élaboration de la norme patronale. **(A)** Le cas échéant, les salariés peuvent vérifier la régularité des choix patronaux a posteriori. En effet, l'extériorisation des raisons d'agir est destinée à leur permettre d'opérer des vérifications une fois que la mesure de gestion a été prise. **(B)**

A. La passivité en amont de la décision

223.Contrairement à l'entretien préalable et a fortiori, aux discussions de nature délibérative, l'extériorisation des raisons d'agir sans consultation n'intervient qu'a posteriori de la décision. Cela signifie que les salariés sont privés de la connaissance des raisons de la décision au stade de son élaboration. En d'autres termes, ils ne sont pas informés du contenu du projet de décision mais uniquement de la teneur de la décision une fois que celle-ci a été prise. La communication sans dialogue préalable à la mesure de gestion signifie donc une absence de discussion contradictoire avec les salariés. Cette absence d'explication des raisons d'agir lors de l'élaboration de l'action patronale prive ainsi les destinataires de la mesure de deux facultés.

224.Tout d'abord, la communication sans dialogue empêche les salariés de convaincre l'employeur de changer d'avis et de ne pas prendre de mesure de gestion à leur encontre. La communication sans échange préalable avec les destinataires de la mesure est ainsi privée de la fonction empathique de toute discussion contradictoire, y compris en dehors du procès.⁶⁰⁰ Autrement dit, l'absence de fonction empathique prive les salariés d'une opportunité précieuse, celle de conduire l'employeur à prendre une décision conforme à leurs intérêts. Ils ne peuvent donc pas se défendre en suscitant « l'empathie » du décisionnaire.⁶⁰¹ Par symétrie, l'absence de dialogue contradictoire prive l'employeur de toute opportunité de faire adhérer les destinataires

⁵⁹⁹ Autres destinataires de l'information sur les raisons d'agir : les représentants du personnel, l'administration en cas de projet de licenciement pour motif économique.

⁶⁰⁰ B. Dabosville, op.cit., p. 66.

⁶⁰¹ L. Miniato, Le principe du contradictoire en droit processuel, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 483 2008, pt. 24 et s., p. 22 s.

de la mesure à la décision et partant, à la matérialité de ses raisons d'agir. En effet, en rhétorique l'empathie est perçue comme un instrument au service de la force persuasive du discours.⁶⁰² C'est parce que l'employeur accepte de discuter avec les destinataires de la mesure et donc accepte d'être éventuellement influencé qu'en échange, il peut véritablement essayer de persuader ces derniers, de la légitimité de sa décision. En ce sens, l'empathie constitue un instrument permettant d'engager, de maintenir ou de restaurer la communication en dépit de profondes divergences d'opinions. Compte tenu du fait que l'objectivité s'entend comme un consensus, c'est-à-dire un accord intersubjectif cela signifie qu'une telle qualité dépend de la prise en compte des points de vue les plus variés possibles.

225. Ensuite, la communication sans consultation préalable avec les destinataires de la mesure empêche les salariés de vérifier la régularité de l'action patronale en amont. Or, une telle vérification implique, entre autres, de contrôler l'objectivité des raisons d'agir c'est-à-dire, leur matérialité. La communication sans consultation est ainsi privée de sa fonction heuristique.⁶⁰³ Autrement dit, pareille énonciation des raisons d'agir ne permet pas de s'assurer de leur existence.⁶⁰⁴ En effet, seule une discussion contradictoire est de nature à permettre de vérifier la validité des propositions énoncées, là encore en dehors de tout procès.⁶⁰⁵ C'est en se tournant vers Habermas et plus précisément, vers « l'éthique de la discussion » qu'il est possible de justifier la fonction heuristique de la discussion contradictoire. D'après ce courant philosophique, la vérité d'une proposition ne réside plus dans sa correspondance à la réalité en raison de la finitude de la raison humaine, mais de la tenue d'une procédure d'argumentation valide. En d'autres termes, même si ce qui est « vrai » ou « juste » ne peut se définir substantiellement, il n'en demeure pas moins qu'il peut l'être procéduralement au terme d'une discussion transparente.⁶⁰⁶

⁶⁰² Aristote, *La rhétorique*, trad. P. Chirion, Paris, Flammarion, coll. « Garnier Flammarion », 2007.

⁶⁰³ B. Dabosville, op. cit., p. 66 ; V. aussi L. Ascensi, op. cit., p. 195 s.

⁶⁰⁴ V° « Heuristique » 1^{er} sens : « Qui sert à la découverte ou art d'inventer et de faire des découvertes. », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁶⁰⁵ Sur l'unité conceptuelle invariable de la contradiction voir L. Ascensi, op.cit.

⁶⁰⁶ Ibid., p.225 et 226. L'auteur cite J. Habermas, *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1988, p. 371 : « Dès l'instant où nous concevons (...) le savoir comme médiatisé par la communication, alors la rationalité se mesure à la faculté qu'ont des personnes, responsables et participant à une interaction, de s'orienter en fonction d'exigences de validité qui reposent sur une reconnaissance

226. Malgré ces faiblesses, la communication des raisons d’agir sans consultation ou débat, demeure la plupart du temps une voie indispensable pour leur faire acquérir la qualité objective. En effet, hormis les critères d’ordre des licenciements, le défaut de transparence préalable sur les raisons d’agir empêche l’employeur de prouver l’existence d’éléments objectifs au soutien de son action, si d’aventure sa décision est remise en cause devant le juge. Purement facultative s’agissant des critères d’ordre des licenciements (1), la transparence est une obligation impérative dans les autres cas. (2)

- 1) Le caractère facultatif de la transparence sur la mise en œuvre des critères d’ordre des licenciements

227. La mise en œuvre des critères de l’ordre des licenciements se réduit à une communication sans débat préalable avec le salarié licencié.⁶⁰⁷ Cependant à l’inverse des critères d’attribution d’un avantage collectif, l’employeur ne les communiquera que sur demande écrite du salarié. Autrement dit, l’employeur n’est pas tenu de les énoncer au moment où le licenciement est notifié.⁶⁰⁸ Conçue ainsi, l’obligation d’énonciation apparaît facultative d’autant plus qu’en cas de manquement, la cause réelle et sérieuse du licenciement n’est pas remise en cause. Au fond, l’exigence d’objectivité de la cause du licenciement ne dépend pas de l’objectivité du classement des salariés, ce qui à notre sens ne va pas de soi.

228. Outre qu’elle interroge sur son utilité, pareille énonciation est surtout problématique en raison de son insuffisance. En effet, énoncer les critères d’ordre n’oblige pas l’employeur à

intersubjective. »

⁶⁰⁷ Rappelons toutefois que lorsque l’employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l’absence de convention ou d’accord collectif de travail applicable, il doit d’abord consulter le comité social et économique avant de définir les critères d’ordre des licenciements. (Art. L1233-5 al.1 du C. du trav.) Dans ce cas, un débat s’engage avec les représentants du personnel sur lesdits critères. En revanche, pareil débat n’a pas lieu dans l’hypothèse où l’employeur définit ceux-ci par voie d’accord collectif de travail. Si discussion il y a, elle ne peut qu’avoir lieu avec les négociateurs salariés.

⁶⁰⁸ Issue de la loi du 3 janvier 1975, cette possibilité offerte au salarié de demander, après avoir reçu sa lettre de licenciement, la communication des critères, a résisté aux réformes qui ont simplifié la procédure individuelle de licenciement.

expliquer au salarié licencié comment il les a concrètement appliqués à son cas. Donc, la communication des critères d'ordre utilisés ne permet pas de vérifier l'objectivité de la sélection opérée. Compte tenu de l'usage fréquent du critère des qualités professionnelles, il est d'autant plus à craindre que l'appréciation de l'employeur ne soit purement discrétionnaire. Or, comme le souligne un auteur, l'énonciation des critères d'ordre des licenciements ne devrait pas se réduire à « une formule passe-partout. »⁶⁰⁹ Une conception plus forte de cette forme d'extériorisation exigerait de préciser la méthode suivie pour apprécier les compétences du salarié comme cela est par ailleurs, prévu lors du processus de recrutement ou de l'évaluation du salarié.⁶¹⁰ Pourtant, telle n'est pas la position de la Cour de cassation comme en atteste un arrêt du 21 novembre 2006.⁶¹¹ Alors même que le pourvoi invoquait une absence de transparence sur les méthodes et techniques d'évaluation en vertu des articles L1221-8 et L1222-3, la Cour ignore cet argument. De cette manière, elle refuse de faire le lien entre la violation de l'obligation d'informer et l'inobservation de l'ordre des licenciements. L'employeur n'est pas comptable des méthodes et techniques d'évaluation dès lors que « l'appréciation des qualités professionnelles repose sur des éléments objectifs et vérifiables. » En d'autres termes, si comme en l'espèce, l'employeur arrive à prouver devant le juge que les qualités professionnelles du salarié reposent sur une appréciation objective, l'absence de communication des méthodes et techniques d'évaluation au salarié ne pourra pas lui être reprochée. Il en ressort que la preuve de l'objectivité de la sélection opérée sur le fondement des qualités professionnelles compense l'éventuel défaut de communication préalable des méthodes et techniques d'évaluation du salarié. Dans ce cas précis, une explication insuffisante des raisons d'agir, en l'occurrence l'absence de communication des méthodes et techniques d'évaluation utilisées pour identifier les salariés licenciés, n'empêche pas l'employeur de prouver l'objectivité de la sélection opérée en cas de contentieux. Il s'agit là d'une exception à l'idée de départ selon laquelle l'énonciation des raisons d'agir est une condition certes non suffisante, mais néanmoins nécessaire à leur objectivité. Il est donc permis de s'interroger sur l'utilité de l'information du salarié, en particulier lorsque le critère tiré des qualités professionnelles est privilégié. Comment le salarié peut-il vérifier en amont de tout litige que

⁶⁰⁹ B. Dabosville, op. cit., p. 182 ; Pour une énonciation qui n'est pas exempte de l'amorce d'une justification, v. E. Lafuma, op.cit., p. 281.

⁶¹⁰ Voir en ce sens, B. Dabosville, op. cit., p.181 s.

⁶¹¹ Cass. Soc. 21 nov. 2006, n° 05-40.656, Bull. civ. V, n°349 ; Dr. Soc. 2007, p.114, obs. G. Couturier. V. aussi

l'évaluation effectuée par l'employeur est objective si ce dernier n'est pas tenu de communiquer les méthodes et techniques d'évaluation ? En effet, il se trouve privé de la possibilité d'évaluer l'objectivité du classement et donc, de la faculté de mesurer s'il est pertinent de soulever une discussion avec son employeur ou devant le juge sur le bien-fondé de sa sélection parmi les salariés licenciés.

Même si la solution de l'arrêt de 2006 ne ferme pas la porte à une information sur les méthodes et techniques d'évaluation, il n'en demeure pas moins que la Chambre sociale considère qu'une telle absence de transparence n'emporte pas les mêmes conséquences que le défaut de communication des critères de l'ordre des licenciements. Plus encore, lorsque la Cour de cassation se prononce sur le manquement de l'employeur à son obligation d'indiquer les critères de l'ordre des licenciements, elle estime que cette irrégularité cause « nécessairement » au salarié un préjudice, alors qu'elle se contente en l'espèce d'affirmer que l'absence d'énonciation des méthodes et techniques d'évaluation « peut » ouvrir la voie à la réparation. Ainsi, le défaut de transparence sur les critères d'ordre ne peut être assimilé du point de vue des sanctions, à l'absence d'extériorisation des méthodes d'évaluation.

2) Le caractère impératif de la transparence sur les raisons d'agir dans les autres cas

229. Deux exemples permettent d'illustrer à titre principal que satisfaire à l'obligation de transparence sur les prémisses factuelles d'un acte de pouvoir est un moyen indispensable vers l'acquisition de la qualité objective. Il en va ainsi de la publicité sur l'octroi d'un avantage unilatéral à caractère collectif (a) ainsi que de la transparence sur les procédés de contrôle des salariés. (b)

a) La publicité sur l'octroi d'un avantage unilatéral à caractère collectif

230. La Haute juridiction exige que les règles déterminant les conditions d'octroi d'un avantage soient préalablement « définies et contrôlables »⁶¹². En l'espèce, l'employeur avait organisé un concours à l'issue duquel des lots pouvaient être distribués aux salariés. La Cour reprend les constats du Conseil de prud'hommes, à savoir que « les critères retenus par l'employeur dans l'organisation du concours donnant lieu à l'attribution aux équipes gagnantes de lots sous forme de bons d'achat, n'avaient pas été préalablement définis selon des normes objectives (...). »⁶¹³ Le point nodal de la solution réside dans l'absence de définition préalable des règles d'attribution de l'avantage à caractère collectif.⁶¹⁴ Il pèse donc sur l'employeur une exigence de transparence ou de publicité « privée » qui s'entend comme une obligation de rendre compte de la cause des différences de traitement susceptibles d'être observées. En d'autres termes, l'employeur doit énoncer les règles d'attribution dudit avantage au préalable.

Expression du pouvoir normatif de l'employeur, l'attribution d'un avantage est une mesure de gestion susceptible d'induire des différences de traitement et in fine, de porter atteinte à l'exigence d'égalité. Or, lorsque l'employeur décide unilatéralement d'accorder un avantage, il n'est pas tenu de soumettre les conditions d'attribution dudit avantage à une discussion préalable avec les salariés ni même, avec les représentants du personnel. En revanche, l'employeur doit satisfaire une exigence de transparence préalable à l'avantage sur lesdites conditions, exigence liée à un impératif démocratique⁶¹⁵ et au principe d'égalité de traitement.⁶¹⁶ Ainsi, malgré l'absence de débat préalable sur le choix des critères, pareille exigence de transparence constitue une « obligation d'ordre procédural qui impose des obligations en amont de la décision, afin que celle-ci puisse être qualifiée d'objective. »⁶¹⁷ Par conséquent, en cas de violation de cette exigence de transparence, l'employeur peut être condamné à payer des rappels de salaires aux

⁶¹² Cass. Soc. 18 janv. 2000, n° 98-44.745, Bull. civ., V n°25 ; Dr. Soc. 2000, p. 436, obs. Ch. Radé.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ Sur la distinction entre avantage individuel, intuitu personae et un avantage à caractère collectif, v. Dr. Soc. 2000, p. 436, obs. Ch. Radé.

⁶¹⁵ Sur l'exigence de transparence comme un impératif démocratique, v. M. Sweeney, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*, L'Épilogue, Coll. « L'unité du Droit », vol. V, 2016, p. 225.

⁶¹⁶ Ibid., p. 226 ; P.-E. Berthier, La récompense en droit du travail. *Contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social » 2015, n° 475.

⁶¹⁷ E. Lafuma, op. cit., p. 114.

salariés contestant l'octroi de l'avantage en cause, ce qui revient à condamner ledit avantage.⁶¹⁸

b) La transparence sur les procédés de contrôle des salariés

231. Deux types de procédés de contrôle doivent faire l'objet d'une information. Il s'agit des méthodes et techniques d'évaluation des salariés et des procédés de surveillance de ces derniers. Ceux-ci doivent être extériorisés aussi bien devant les représentants du personnel⁶¹⁹ que devant le salarié. ⁶²⁰ Leur communication devant les premiers s'accompagne d'une consultation tandis que devant le second, elle est dépourvue de toute dimension délibérative. Toutefois, le manquement à cette double obligation d'information a pour conséquence de rendre illicite l'usage du moyen de contrôle.⁶²¹ Partant, la mesure de gestion inférée de ce moyen sera jugée illicite empêchant ainsi l'employeur de prouver son objectivité. D'où le caractère indispensable d'une telle information.

232. Toutefois, l'étendue de l'information sur les méthodes et techniques d'évaluation en particulier, peut soulever certaines interrogations. C'est en matière de ranking que la difficulté d'identifier les éléments visés par l'information est apparue. En l'espèce, la Cour de cassation devait se prononcer sur la licéité d'un mode d'évaluation par ranking dont le caractère impératif était discuté par les parties.⁶²² De manière accessoire, le litige portait également sur l'absence d'information relative aux quotas. Alors que les syndicats, parties à l'instance et le comité d'entreprise invoquaient le caractère impératif de cette communication, la Haute juridiction ignore cet argument en retenant simplement qu'il n'était pas fait application du ranking par quotas. En jouant sur les mots, en l'occurrence sur la distinction entre quotas impératifs et

⁶¹⁸ Cass. Soc. 18 janv. 2000, arrêt cité p. précédente.

⁶¹⁹ Art. L2312-38 du Code du travail.

⁶²⁰ Pour les dispositifs d'évaluation des salariés et des candidats à l'emploi v. respectivement les articles L1222-3 et L1221-8 du Code du travail. Cf. également, l'interdiction de collecter une information concernant personnellement un salarié (L1222-4 du code précité) ou un candidat à l'emploi (L1221-9 du code précité) par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.

⁶²¹ Cass. Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23.482, Bull. civ., V n° 2. Selon la Cour, « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéo-surveillance (...) dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence. »

⁶²² Cass. Soc. 27 mars 2013, n° 11-26.539, Bull. civ., V n° 85 ; B. Aldige, « Licéité du dispositif d'évaluation

indicatifs, la Cour retient que la proposition de répartition par catégorie ne constitue pas un quota et ne nécessite donc pas une information spécifique. Ce n'est qu'en présence de quotas impératifs que l'employeur est redevable d'une telle information.

B. La vérification a posteriori

233. Les obligations de transmettre les données à la charge de l'employeur, doivent permettre aux salariés voire aux juges du fond, de contrôler les raisons de son action. Autrement dit, ces formes d'extériorisation sans dialogue servent a minima à rendre compte des motifs d'une mesure de gestion. Même si ces obligations de rendre compte ne sont pas inconnues en dehors du droit du travail, la particularité réside dans la finalité poursuivie qui est de contrôler ponctuellement l'exercice régulier du pouvoir patronal. Comme l'énonce un auteur, « cette finalité (...) explique que les données communiquées ne puissent se réduire à une simple reddition des comptes. »⁶²³ Que ce soit en matière d'octroi d'un avantage à portée collective, d'ordre des licenciements ou d'évaluation, il s'agit au moins de faciliter a posteriori le contrôle de l'objectivité de ces mesures, qualité qui implique aussi la vérification de leur conformité aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. L'absence de vérification en amont est ainsi compensée par un contrôle a posteriori de la licéité des actions patronales, ce qui inclut l'objectivité de leurs raisons. Chemin faisant, l'extériorisation des raisons d'agir a posteriori doit permettre aux salariés ou à leurs représentants d'évaluer s'il est pertinent de contester la mesure de gestion devant les juges. D'où l'importance de présenter la communication des raisons d'agir sans consultation comme une voie incontournable vers l'acquisition de l'objectivité de certaines mesures de gestion bien que l'employeur ne soit pas redevable d'une information à un moment où les salariés peuvent influencer sur son choix.

234. S'agissant des critères d'attribution d'un avantage par exemple, sans exigence de transparence sur « les règles du jeu »,⁶²⁴ il n'est pas possible de vérifier que la différence de traitement est justifiée par une différence de situation. L'extériorisation des conditions d'attribution est donc le premier pas vers la preuve de l'existence d'une cause de l'avantage

professionnelle reposant sur des recommandations de quotas indicatifs », JCP S 2013, 1160.

⁶²³ B. Dabosville, op. cit., p. 166.

définie objectivement par l'employeur. En d'autres termes, la transparence préalable à l'octroi dudit avantage permet également de s'assurer de l'absence de discrimination entre salariés. Par exemple, dans l'arrêt Renault le manque de transparence sur les critères d'attribution de bons d'achats rendait impossible toute vérification par les salariés non attributaires, du caractère justifié de la différence de traitement.⁶²⁵ A la suite de cet arrêt, la même exigence d'égalité impliquant un contrôle de l'objectivité des causes des différences de traitement a été étendue au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi⁶²⁶ ainsi qu'à l'attribution d'un avantage exceptionnel.⁶²⁷ Lorsque ce dernier est octroyé en raison de la performance des salariés, l'absence de communication des critères de la différence de traitement ne permet pas à l'employeur d'échapper au grief de subjectivité.

Il convient de citer également à titre d'exemple la jurisprudence communautaire. En effet antérieurement à l'arrêt Renault, la Cour de Justice de l'Union européenne avait étendu l'obligation de transparence à tous les employeurs en matière de non-discrimination en raison du sexe. A cet égard, peut être citée l'affaire Danfos.⁶²⁸ En l'espèce, l'employeur n'avait pas précisé les critères d'une majoration de la rémunération. Ce manque de transparence préalable a été jugé contraire à l'exigence d'égalité puisqu'en l'espèce il conduisait à priver les travailleuses de la possibilité de lutter contre l'opacité de la décision et surtout, contre les discriminations déguisées. En d'autres termes, le mécanisme des majorations individuelles était appliqué d'une manière telle qu'une salariée se trouvait dans l'impossibilité d'identifier les causes d'une différence entre sa rémunération et celle d'un travailleur masculin effectuant le même travail. Comme, les salariées ne prenaient connaissance que du montant de leur salaire majoré sans pouvoir déterminer l'incidence qu'a eue chacun des critères de majoration, il leur était impossible de comparer les différentes composantes de leur rémunération avec celles du salaire de leur collègue masculin. En somme, l'absence d'énonciation des conditions d'attribution de l'avantage équivaut à une absence de justification des raisons de la mesure de gestion et par conséquent, à leur défaut

⁶²⁴ Cass. Soc. 18 janv. 2000, arrêt cit.

⁶²⁵ Ibid.

⁶²⁶ Ch. Radé, note sous Cass. Soc. 10 juill. 2001, Dr. Soc. 2001, p. 1012.

⁶²⁷ T. Aubert-Monpeyssen note sous Cass. Soc. 27 mars 2007, inédit, RDT 2007, p.393.

⁶²⁸ CJCE 17 oct. 1989, Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund I Danmark contre Dansk Arbejdsgiverforeining, agissant pour Danfoss, Aff. C-109/88, Rec. 1989, p. 3199.

d'objectivité.

Toutefois, il convient de relativiser la portée conférée par la jurisprudence communautaire à l'obligation de transparence. Il en va ainsi tout particulièrement en matière de recrutement. En réponse à une question préjudicielle, la CJUE décide en effet que l'employeur n'est pas tenu d'informer le travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, qu'à l'issue de la procédure de recrutement un autre candidat a été embauché. Partant, l'employeur n'est pas tenu de se montrer transparent sur les critères de sélection à l'embauche.⁶²⁹ Ainsi, la transparence n'est pas en toute matière érigée comme passage obligé vers l'acquisition de l'objectivité.

235. Quant à l'énonciation des critères d'ordre des licenciements à la suite d'une demande écrite du salarié, pareille obligation s'inscrit également dans une perspective de vérification. En ce sens, il a été précisé que la finalité d'une telle demande de communication est de « permettre au salarié de vérifier que les critères ont bien été appliqués pour, le cas échéant, établir une violation par l'employeur des règles de l'ordre des licenciements. »⁶³⁰ En effet, la vérification de leur régularité est consubstantielle au contrôle de l'objectivité du choix opéré. D'où le caractère déroutant de l'absence de remise en cause de la cause réelle et sérieuse du licenciement en cas d'irrégularité de la sélection opérée.

Parmi les critères d'ordre, les qualités professionnelles sont en particulier, le plus susceptibles d'être le siège du pouvoir discrétionnaire de l'employeur. Il apparaît donc particulièrement important pour le salarié de vérifier la manière dont il a été évalué. Or, l'employeur n'est pas automatiquement sanctionné s'il ne communique pas au salarié qui le demande sa méthode d'évaluation.⁶³¹ Ce n'est qu'en cas de litige que l'employeur devra rendre compte des éléments objectifs au soutien de son appréciation des qualités professionnelles.

⁶²⁹ CJUE (2^e chambre) 19 avril 2012 C-415/10 Galina Meister c/ Speech Design Carrier Systems GmbH.

⁶³⁰ J.-Y. Frouin, note ss Soc. 24 sept. 2008, RDT 2008, p. 739 et s.

⁶³¹ V. supra n° 227 s.

236. S'agissant enfin des méthodes et techniques d'évaluation et de recrutement, leur communication permet non seulement de vérifier le respect de l'exigence d'égalité mais elle vise également à s'assurer de leur pertinence. En effet, les articles L1221-8 et L1222-3 du Code du travail qui obligent l'employeur à communiquer les méthodes et techniques de recrutement et d'évaluation lient celle-ci à l'exigence de pertinence posée à l'alinéa 3 de ces mêmes articles. Or, ladite exigence comprend celle d'objectivité des méthodes et techniques d'évaluation au sens où leur pertinence s'entend également de la nécessité pour l'employeur d'utiliser des procédés raisonnablement crédibles ou fiables.⁶³²

237. La communication des raisons d'agir sans consultation avec les destinataires de la mesure ne fait peser qu'une contrainte minimale sur l'exercice du pouvoir. Il est simplement exigé de l'employeur de s'acquitter d'une information sur ses raisons d'agir préalablement à la mesure de gestion hormis en matière de mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements comme déjà souligné. Un si faible degré d'énonciation en amont de la mesure de gestion est en effet, corrélé à une marge considérable laissée pour l'exercice du pouvoir.

Paragraphe 2nd : La marge laissée pour l'exercice du pouvoir

238. Malgré le degré considérable de liberté de gestion conféré à l'employeur, il n'empêche que l'exercice du pouvoir demeure soumis à deux contraintes ayant pour visée de prévenir que la décision soit prise de manière discrétionnaire. La première oblige l'employeur à un effort de formalisation écrite de ses raisons d'agir. **(A)** De cette formalisation par écrit, il en résulte une autre contrainte qui est commune à toute obligation d'informer préalable à un choix ou à la mise en œuvre d'une mesure. Il s'agit d'obliger l'employeur à mener une discussion interne sur leur bien-fondé⁶³³, ce qui inclut nécessairement l'objectivité de ses choix. **(B)**

⁶³² V. infra n° 286.

⁶³³ La dimension réflexive a d'abord été soulignée en droit administratif. Cf. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, préf. O. Dupeyroux, LGDJ, 1968, p. 541 -549.

A. Un effort de formalisation par écrit

239. Comme déjà souligné, la formalisation découle de « l'existence de règles imposant à une ou plusieurs personnes d'agir d'une certaine manière lorsqu'elles accomplissent une opération particulière, les contraignant à mouler leur action dans un moule déterminé à l'avance. »⁶³⁴ Dans nombre d'hypothèses, ce « moule » correspond à un support écrit. Au-delà de la manifestation de la volonté, la formalisation concerne également toutes les hypothèses où il existe une réglementation particulière d'accomplir une opération. Cela concerne ainsi l'énonciation des raisons d'agir préalablement à une mesure de gestion du personnel à l'instar des motifs du licenciement dans une lettre notifiée au salarié. Plus encore, une telle formalisation s'inscrit dans l'élaboration de l'acte unilatéral donc, dans une « procéduralisation ».⁶³⁵ En référence aux « procédures sans procès », cette dernière désigne les conditions procédurales qui conditionnent la régularité et la licéité des décisions unilatérales notamment patronales afin de chasser l'arbitraire.⁶³⁶

240. S'agissant des raisons dont la communication est dénuée de débat préalable avec les destinataires de la mesure, leur publication n'est pas nécessairement régie par une forme particulière. Néanmoins, il peut être soutenu que l'obligation d'informer les salariés implique de recourir à un support écrit dès lors que ce dernier peut servir à prouver l'exécution de ladite obligation. Il en est particulièrement ainsi quant à la preuve de la définition préalable des critères d'octroi d'un avantage unilatéral. Issue d'une création prétorienne, pareille communication des

⁶³⁴ Sur la notion de formalisation, cf. supra n° 108.

⁶³⁵ Le terme de « procéduralisation » est polysémique. M. Jeammaud identifie quatre acceptions de ce terme : « la première est celle d'extension du domaine des formes ou principes de procédure imités de ceux gouvernant la procédure contentieuse devant les juridictions d'Etat. » A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in Les transformations de la régulation juridique ss dir J. Clam et G. Martin, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998, p.66. Dans une deuxième acception en revanche, « la procéduralisation s'entend aussi de l'institution d'une procédure pour l'édition de règles ou la prise de décisions » (ibid. p.67). Ensuite, « dans un troisième sens, la procéduralisation pourrait s'entendre de la progression de la part des règles juridiques d'un certain type, les règles procédurales, au détriment des règles substantielles » (ibid. p.67). Enfin, dans une quatrième acception, la procéduralisation ferait référence à « l'émergence d'un nouveau modèle de droit, d'un « nouveau paradigme du droit », à savoir le « droit procédural » (ibid. p.67). Pour une autre typologie des différentes acceptions du mot « procéduralisation », v. C. Pigache, « Propos introductifs à la procéduralisation », in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation), ss la dir de C. Pigache, PU Rouen, 2004, p. 107.

⁶³⁶ T. Grumbach, « Procéduralisation et processualisation en droit du travail », in Analyse juridique et valeurs en droit social – Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, p. 258.

raisons d'agir paraît indissociable d'une énonciation écrite même si la Haute juridiction ne mentionne pas expressément une telle exigence. Hormis les critères d'attribution d'un avantage dont l'énonciation par écrit demeure sous-entendue, celles des critères de l'ordre des licenciements et des méthodes et techniques d'évaluation est plus explicite. S'agissant des premiers, l'article L1233-17 du Code du travail dispose que sur demande écrite du salarié, l'employeur indique par écrit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements. Quant aux secondes -les méthodes et techniques d'évaluation- il convient de se référer à la circulaire du 15 mars 1993⁶³⁷ qui précise que le recours à un écrit est souhaitable dans la mesure où en cas de contentieux, cet écrit peut prouver que l'employeur s'est acquitté de son obligation d'informer le salarié. L'éventuel usage probatoire de l'écrit est donc là encore souligné par le pouvoir exécutif. Il convient à cet égard de rappeler qu'en vertu de l'article 1353 du Code civil, il appartient au débiteur de prouver qu'il s'est libéré de son obligation. C'est sur l'employeur que pèse donc la charge de prouver le respect de son obligation d'informer. Il en ressort une incitation très forte à recourir à l'écrit, c'est-à-dire à un support durable et inaltérable.

B. Un effort de réflexion interne préalable

241. Même si l'employeur n'est pas tenu de débattre avec les salariés, le simple fait d'explicitier ses raisons d'agir par écrit le conduit à un effort d'introspection de nature à empêcher tout comportement impulsif. En d'autres termes, cela le conduit à s'interroger sur le bien-fondé de son choix et le cas échéant, « à devenir son propre censeur ». ⁶³⁸ Même si une telle analyse vaut surtout lorsque l'employeur est redevable d'une obligation de motivation, il n'en demeure pas moins qu'une communication des raisons d'agir sans consultation avec les destinataires de la mesure implique également une réflexion préalable. Ainsi, la transmission des données au soutien des raisons d'agir nécessite qu'au préalable l'employeur collecte des connaissances ou construise un savoir particulier, ce qui l'oblige en pratique à réfléchir sur certains éléments. Mieux, il peut être amené à effectuer un diagnostic sur une situation particulière ou à s'interroger sur son comportement. Ainsi, l'exigence de définir préalablement les critères d'attribution d'un avantage unilatéral à portée collective, suppose que l'employeur réfléchisse sur les différences de

⁶³⁷ Circulaire DRT n°93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles.

⁶³⁸ B. Dabosville, *op.cit.*, p. 86.

traitement susceptibles d'en résulter et donc sur leur légitimité. En somme, cette exigence n'a pas pour seule finalité de renseigner les destinataires de la mesure mais l'occasion pour l'employeur de s'interroger sur le bien-fondé de ses choix.⁶³⁹

242. Il ressort de ce qui précède que la communication des raisons d'agir sans consultation préalable avec les salariés est plus limitée en raison de l'absence de discussion contradictoire avec ces derniers. Ainsi, l'employeur ne saurait être influencé par l'avis des destinataires de la mesure au moment d'arrêter celle-ci. En d'autres termes, il n'a pas à faire preuve d'empathie à l'égard des salariés. De même, il n'est pas conduit à démontrer l'existence d'éléments objectifs à l'appui de son choix. Autrement dit, l'information sans dialogue n'a pas de fonction heuristique. Ainsi, pareille communication n'a d'autre raison d'être que de permettre aux salariés de vérifier a posteriori le bien-fondé de la mesure de gestion. Afin de garantir que l'employeur s'est acquitté de cette exigence de transparence, il lui est demandé ou recommandé d'énoncer ses raisons par écrit. Ce faible niveau de contrainte sur l'exercice du pouvoir qu'implique la simple communication des raisons d'agir ne contribue donc qu'à alimenter une apparence minimale d'objectivité desdites raisons. Pourtant, malgré ces défauts le seul fait que l'employeur doive tout de même énoncer les raisons de ses choix avant leur mise en œuvre constitue dans la grande majorité des cas, une étape nécessaire dans l'acquisition de l'objectivité des raisons d'agir.⁶⁴⁰ En effet, seule une telle information assure qu'au moment d'arrêter son choix, l'employeur a bel et bien agi en fonction de règles préétablies et non par autoritarisme.

Section 2 : L'entretien individuel

243. A l'inverse de l'information sur les raisons d'agir sans consultation, l'entretien individuel constitue le cadre d'un dialogue entre l'employeur et le salarié. Il serait même le lieu d'une discussion plus contradictoire sur les raisons d'agir comme dans les procédures collectives.⁶⁴¹

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ Sauf pour la mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements. Cf. supra n° 227.

⁶⁴¹ Malgré la construction dialogique de la décision patronale, il ne faut pas occulter le particularisme du débat préalable lors des procédures internes en général, y compris s'agissant de l'information-consultation. Contrairement au débat judiciaire, les discussions qui ont lieu en interne ne mettent pas en présence deux parties dont il conviendrait d'assurer l'égalité des armes mais entre l'auteur et le destinataire de la décision. Ainsi, les discussions en amont se différencient du procès par l'absence de tiers extérieur aux parties qui arbitre entre les intérêts des interlocuteurs.

Toutefois, l'entretien individuel offre des capacités de discussion plus faibles au destinataire de la mesure que les procédures collectives. De même, seule une adhésion individuelle est recherchée sans que celle-ci doive être formalisée d'une manière ou une autre dans un avis ou par la signature d'un accord. L'employeur recherche seulement un assentiment qui se traduit par un simple acquiescement. Il en est ainsi lors de l'entretien préalable à un licenciement pour motif personnel au cours duquel le salarié n'est pas tenu de formaliser une quelconque adhésion. L'acquiescement se traduit par le silence ou plutôt l'absence de mise en discussion des arguments de l'employeur qui pourrait s'en suivre. Au mieux, c'est une signature qui pourrait le formaliser. Il peut en être ainsi en matière d'évaluation, lorsque l'employeur demande au salarié de signer le compte rendu de l'entretien d'évaluation.⁶⁴² En tout état de cause, aucune conséquence sur la décision patronale n'est attachée à l'acquiescement ainsi recherché. Les raisons discutées lors de l'entretien individuel ne peuvent donc apparaître que faiblement objectives. Il n'en demeure pas moins que le fait qu'il y ait un échange préalable avec le salarié atténue le risque d'arbitraire. En effet, l'une des vertus reconnues à l'échange oral est de parvenir « de façon propice à la fois à l'expression franche des conflits et à la recherche d'une conciliation. »⁶⁴³

Il convient de distinguer deux types d'entretiens individuels se différenciant par la présence ou l'absence de certains droits procéduraux au bénéfice du salarié susceptibles de favoriser ou non une discussion plus contradictoire : d'une part, l'entretien d'évaluation, entretien facultatif, au cours duquel le salarié ne bénéficie pas d'aucune prérogative (**Paragraphe 1^{er}**) et d'autre part, les entretiens préalables à une sanction ou à un licenciement, obligatoires, qui à l'inverse lui accordent pareils droits. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1 : L'entretien d'évaluation

244. L'entretien d'évaluation sert à dresser un bilan de la situation du salarié dans l'entreprise pour stimuler son activité professionnelle.⁶⁴⁴ Pour autant, il ne se réduit pas à une procédure au

L'inégalité caractérisant les parties dans les procédures internes provient de l'absence d'extranéité de l'employeur par rapport aux intérêts en litige.

⁶⁴² A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D. 2009, p. 1124.

⁶⁴³ J.-L. Gilet, « Faut-il sauver l'oralité ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processus – Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, LGDJ, 2010, p. 709. En ce sens, v. M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl., Paris Nanterre, 2016, n° 658.

⁶⁴⁴ M.-C. Escande-Varniol, « L'évaluation du salarié », in *Le singulier en droit du travail*, ss. la dir. de J.-M. Béraud

cours de laquelle l'employeur et le salarié échangent sur les qualités professionnelles de ce dernier. Il s'agit surtout d'un procédé d'évaluation. En effet, « par-delà la formulation conviviale, c'est bien l'employeur qui note »⁶⁴⁵ ou bien un tiers ayant pour mission de le faire de la part de l'employeur. En tant que technique d'évaluation, l'entretien est donc soumis aux exigences posées par l'article L1222-3 du Code du travail. D'une part, il est soumis à une exigence procédurale puisqu'il doit faire l'objet d'une information préalable du salarié. D'autre part, l'entretien d'évaluation doit obéir à une exigence substantielle c'est-à-dire, à une condition de pertinence au regard de la finalité poursuivie.⁶⁴⁶

Contrairement à l'entretien préalable à une sanction disciplinaire ou bien à un licenciement, nulle disposition légale ne prévoit l'exigence pour l'employeur de recourir à un entretien d'évaluation. Il ne s'agit donc pas d'un « droit » au profit du salarié mais d'une sujétion à laquelle ce dernier peut être soumis en vertu du pouvoir de direction de l'employeur et non du contrat. En effet, depuis un arrêt remarqué de 2002, le salarié qui refuse de se soumettre à un entretien d'évaluation peut être sanctionné par l'employeur. Compte tenu de l'usage fréquent de celui-ci dans les entreprises de taille importante, les salariés sont de fait, amenés à s'y soumettre assez régulièrement.⁶⁴⁷ L'enquête SUMER montre ainsi que l'entretien d'évaluation va souvent de pair avec la fixation d'objectifs chiffrés, une pratique qui est plus répandue dans les grandes entreprises. Plus précisément ce sont certains métiers qui sont les plus concernés tels les professionnels du commerce, de la banque et des assurances.⁶⁴⁸ Le recours à l'entretien d'évaluation est d'autant plus fréquent lorsqu'il est rendu obligatoire par un accord collectif. A cet égard, il existe un grand nombre d'accords de branche qui font de l'entretien d'évaluation une

et A. Jeammaud, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 105.

⁶⁴⁵ A. Chirez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. ouvr. 2003, p. 313.

⁶⁴⁶ Cf. infra n° 286.

⁶⁴⁷ En 2010 il a été établi que 87 % des salariés recrutés dans les entreprises de plus de 500 salariés avaient été soumis à un entretien d'évaluation. En revanche, seuls 28 % des salariés dans les entreprises de moins de 10 salariés l'avaient été. Au total en 2010, 56% des salariés ont eu au moins un entretien avec leur supérieur hiérarchique S. Amira et D. Ast, « Des risques professionnels contrastés selon les métiers : enquête SUMER 2010 », Références en santé du travail, 2014, n° 140, p. 29, spéc. p. 44.

⁶⁴⁸ D'après l'enquête SUMER 2010, dans ces métiers plus de 50 % des salariés doivent atteindre des objectifs chiffrés précis, proportion qui atteint 74 % pour les cadres commerciaux et technico-commerciaux, contre 34 % en moyenne pour l'ensemble des métiers. Du reste, l'obligation d'atteindre des objectifs chiffrés précis concerne davantage les métiers les plus qualifiés, notamment dans les domaines professionnels de l'industrie, du BTP, des

phase indispensable de l'appréciation des qualités professionnelles.⁶⁴⁹ En ce sens, ce sont surtout les accords collectifs sur l'emploi, la formation et la mobilité, sur l'organisation du travail ou sur la GPEC qui contribuent à généraliser les entretiens d'évaluation. Leur ambition est de « donner une objectivité nouvelle aux appréciations de l'aptitude professionnelle »⁶⁵⁰ à travers notamment, la mise en place de procédures comme l'entretien d'évaluation. En outre, le recours fréquent à l'entretien d'évaluation est dû aussi à des normes techniques comme la norme ISO 9000 qui conditionne la certification des entreprises à des méthodes de gestion des ressources humaines instaurant des entretiens annuels d'évaluation pour tous les salariés. Au-delà du secteur privé, l'entretien d'évaluation est même devenu une technique d'évaluation obligatoire dans la fonction publique.⁶⁵¹

245. Même s'il n'est pas suffisant en soi, l'entretien d'évaluation peut constituer un cadre propice à une discussion contradictoire et partant, un moyen de rendre plus objective l'appréciation sur les qualités professionnelles du salarié. Tel peut être le cas s'il permet à l'évaluateur d'expliquer ses appréciations en les étayant par des faits concrets et des sources crédibles.⁶⁵² Pratiqué ainsi, l'entretien est dès lors plus à même de constituer un cadre propice à la recherche de l'assentiment du salarié. En pratique, beaucoup d'obstacles existent à une telle vision de l'entretien d'évaluation. Tout d'abord, des gestionnaires relèvent le manque de proximité de l'évaluateur avec les salariés même lorsque le premier n'est autre que leur supérieur

transports et de la logistique.

⁶⁴⁹ V. Accord-cadre dans les chambres de commerce et d'industrie art. 16-1 : « Tous les agents titulaires rencontrent leur responsable hiérarchique à l'occasion d'un entretien individuel annuel. » ; Convention collective nationale des cadres des travaux publics Annexe V, art. 3 : « La présente classification doit permettre une réelle évolution professionnelle des Cadres des Travaux Publics, en leur permettant de développer leurs compétences et d'en acquérir de nouvelles. Dans cet esprit, un entretien individuel au moins biennal avec sa hiérarchie aura lieu à la demande du salarié ou à l'initiative de l'employeur (...) » ; Convention collective nationale du personnel des agences de voyage art. 30 : « Après 3 ans dans la catégorie professionnelle employés (5 ans dans la catégorie professionnelle techniciens et maîtrise), le salarié, à l'issue d'un entretien d'évaluation contradictoire avec sa hiérarchie, pourra se voir proposer un passage dans un emploi de groupe supérieur, en fonction des postes disponibles dans l'entreprise (...) ».

⁶⁵⁰ A. Lyon-Caen, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. Soc. 1992, p. 573.

⁶⁵¹ Dans la fonction publique, les entretiens d'évaluation se sont répandus depuis leur instauration par le décret du 29 avril 2002 et ils concernent en 2010, plus de 85% des professions intermédiaires administratives et des cadres de la Fonction publique.

⁶⁵² A. Dejean de la Bâtie et J.-P. Robbe, « L'entretien annuel d'évaluation au service du bien-être et de l'efficacité au travail », Les Cahiers du DRH, n° 166, 1^{er} juin 2010.

hiérarchique direct. ⁶⁵³ Ensuite, c'est le manque de rigueur de l'évaluation qui est souligné en pratique en raison d'un examen trop indirect des qualités professionnelles dès lors que les managers sont tentés de s'en tenir qu'à l'examen du reporting de leurs collaborateurs sans se livrer à une observation et à une analyse directe du travail sur le terrain.⁶⁵⁴ Dans ce contexte, il est à craindre que les entretiens d'évaluation soient « purement formels et que leur résultats [soient] peu crédibles. »⁶⁵⁵ Outre ces obstacles soulevés par la pratique, il convient de souligner que la loi est muette sur le contenu et la qualité de l'entretien d'évaluation. Il convient dès lors de se référer aux accords collectifs d'entreprise et en particulier, aux accords de salaire pour trouver de potentielles indications sur l'entretien d'évaluation et son déroulement. Le contrat de travail peut également prévoir la tenue d'un tel entretien lorsqu'une rémunération variable est fonction d'objectifs à atteindre. Le cas échéant, la tenue et l'organisation de l'entretien d'évaluation dépend d'une décision unilatérale de l'employeur, ce qui est l'hypothèse la plus courante.⁶⁵⁶

Quoi qu'il en soit, le mutisme de la loi sur l'entretien d'évaluation donne lieu à un encadrement procédural spontané. (A) Objet de recommandations, un tel encadrement paraît insuffisant pour garantir l'existence d'un débat contradictoire en l'absence de droits procéduraux d'origine légale. (B)

A. Un encadrement procédural spontané

246.A L'inverse des procédures étudiées précédemment, le déroulement de l'entretien d'évaluation n'est pas normé par la loi. Dans le silence de cette dernière, il convient alors de se référer aux dispositions conventionnelles susceptibles de régir les modalités de l'entretien d'évaluation. Rien n'empêche en effet, que des règles de procédure soient élaborées par les interlocuteurs sociaux dans un accord collectif. Le cas échéant, c'est l'employeur qui décide unilatéralement de la manière dont l'entretien se déroule. Dans l'un ou l'autre cas, le caractère contradictoire de l'entretien d'évaluation dépend de la volonté de l'employeur ou des interlocuteurs sociaux et non pas d'une norme légale. Néanmoins, malgré le mutisme de la loi sur

⁶⁵³ Ibid.

⁶⁵⁴ Ibid.

⁶⁵⁵ Ibid.

⁶⁵⁶ M. Hautefort, « Tour d'horizon sur l'entretien d'évaluation », Les Cahiers du DRH, n°183, 1^{er} janv. 2012.

l'entretien d'évaluation et la liberté qui en résulte pour le régir, l'encadrement procédural à même de garantir la tenue d'un débat plus contradictoire, est nécessaire. Il s'agit là de la raison d'être de l'entretien d'évaluation, une raison d'être qui impose l'introduction de certains éléments de procédure permettant au salarié de faire valoir son point de vue. Non seulement le discours de certains gestionnaires insiste sur la nécessité de favoriser le caractère contradictoire de l'entretien d'évaluation⁶⁵⁷ mais en outre, il apparaît que ledit caractère contradictoire de l'entretien est susceptible d'être contrôlé par les juges du fond. C'est ce qui ressort par exemple, d'une décision du TGI de Nanterre en date du 12 septembre 2013 devant se prononcer sur la licéité d'un dispositif d'évaluation. En l'espèce, le supérieur hiérarchique censé apprécier le travail du salarié, était lié par les directives des instances supérieures avant même que l'entretien n'ait lieu, à savoir le responsable des ressources humaines. Le supérieur hiérarchique du salarié ne pouvait donc s'en départir sans risquer d'encourir lui-même des sanctions. Compte tenu de ceci, les juges du fond ont estimé que l'évaluation était nécessairement figée ou risquait de l'être avant l'entretien, ce qui empêchait l'instauration de tout débat contradictoire sur les résultats de l'évaluation lors de l'entretien. D'après le TGI, « il est clair dans cet environnement que le salarié qui n'a pas la possibilité de discuter une opinion médiate et se trouve privé de toute possibilité de contradictoire de sa part, est placé dans une situation a priori défavorable, soumis à un verdict avant tout entretien ». ⁶⁵⁸ Cette critique a permis entre autres, d'ordonner la destruction sous astreinte des évaluations effectuées de cette manière. Il ressort donc bien de ce qui précède que l'absence de tout débat contradictoire lors de l'entretien d'évaluation peut conduire à mettre en échec le dispositif d'évaluation.

247. Une fois établie la nécessité d'assurer que l'entretien d'évaluation est contradictoire, il convient d'étudier les modalités procédurales adéquates. En effet, c'est sur ce point que le silence de la loi est le plus dommageable. Il a été certes proposé par une partie de la doctrine de raisonner par analogie en transposant à l'entretien d'évaluation, les droits procéduraux dont bénéficie le salarié lors de l'entretien préalable à un licenciement ou à une sanction disciplinaire mais, ni la loi ni la jurisprudence n'ont fait explicitement écho à cette proposition.⁶⁵⁹ En outre, le discours

⁶⁵⁷ A. Dejean de la Bâtie et J.-P. Robbe, art. cit. ; M. Hautefort, art. cit.

⁶⁵⁸ TGI de Nanterre, 2^e ch., 12 sept. 2013, RG n°11/12781.

⁶⁵⁹ A. Lyon-Caen « L'évaluation des salariés », D 2009, p.1124 ; Ph. Waquet, « L'évaluation des salariés », SSL

des gestionnaires ne semble pas s'orienter vers la reconnaissance de certains droits procéduraux, tels le droit pour le salarié d'être assisté ou de bénéficier d'une immunité de parole pendant l'entretien. Semble plutôt privilégiée la voie de la formalisation de l'entretien par l'établissement d'un formulaire-type préétabli, à savoir le compte-rendu (1) soumis à la signature du salarié. (2)

1. Le compte-rendu d'évaluation

248.A l'étude du discours de certains gestionnaires, la présence d'un support est ce qui donnerait un intérêt à l'entretien d'évaluation.⁶⁶⁰ Parmi les arguments avancés en faveur d'une telle formalisation de l'entretien d'évaluation, figure celui de mieux préparer son déroulement et partant, de favoriser un dialogue « constructif ».⁶⁶¹ Outre que ce document confère un cadre commun à l'entretien de tous les salariés, il garantit aussi que tous les points importants seront abordés. En effet, ce document résume les principaux thèmes de l'évaluation : le bilan de l'année, les objectifs à atteindre et l'appréciation finale.⁶⁶² Mieux que cela, l'entretien d'évaluation apparaît alors, si l'on suit le discours des gestionnaires, comme l'aboutissement d'un temps de réflexion suffisant sur les qualités professionnelles du salarié. En d'autres termes, le support d'évaluation « doit inciter à prendre du recul » sur le travail du salarié.⁶⁶³ Ainsi, la transmission du compte-rendu d'évaluation au salarié avant l'entretien est préférable « à une conversation à bâtons rompus sans support car l'on risque alors de se cantonner aux derniers événements vécus, sans réellement prendre le temps de faire le bilan de l'année écoulée ».⁶⁶⁴ Plus encore, la présence et la communication du compte-rendu ou dossier d'évaluation au salarié avant l'entretien, est censée lui permettre de mieux formuler ses observations le jour dudit entretien. A ce stade, le document est logiquement vierge des appréciations de son supérieur hiérarchique de nature à permettre le débat lors de l'entretien. Il s'agit simplement pour le salarié d'entamer une réflexion sur son travail. Quant à la transmission du support d'évaluation à son responsable, celle-ci doit lui permettre également d'engager une réflexion globale et complète sur le travail du

2003, n°1126, p.7.

⁶⁶⁰ M. Hautefort, « Tour d'horizon sur l'entretien d'évaluation », op.cit.

⁶⁶¹ Ibid.

⁶⁶² Peuvent aussi être indiqués les projets d'évolution professionnelle, les compétences à développer.

⁶⁶³ A. Dejean de la Bâtie et J.-P. Robbe, « L'entretien annuel d'évaluation au service du bien-être et de l'efficacité au travail », op.cit.

⁶⁶⁴ Ibid.

salarié, une réflexion à froid de nature à prémunir le salarié contre une évaluation discrétionnaire. Sur ce point, il est en effet assez aisé de suivre l'argument puisque l'objectivité est une qualité conditionnée par un temps d'examen suffisant des éléments d'une question c'est-à-dire, d'un processus délibératif.⁶⁶⁵ En somme, le compte-rendu devrait être conçu comme un instrument pour entamer et diriger un dialogue contradictoire sur les qualités professionnelles du salarié.

249. Si la présence et la communication préalable d'un support d'évaluation est recommandée afin d'assurer que le dialogue est contradictoire, la prise en compte du point de vue du salarié suppose surtout de structurer le dossier d'évaluation de façon à lui permettre de faire des commentaires. A cet égard, il est également recommandé de ménager dans le compte-rendu d'évaluation des zones réservées aux commentaires du salarié en réaction aux appréciations de son supérieur hiérarchique. S'agissant de l'évaluation des fonctionnaires la faculté pour ceux-ci de formuler des observations sur le compte-rendu est expressément prévue par l'article 4 du décret du 29 avril 2002.⁶⁶⁶ Celui-ci prévoit que le compte-rendu de l'entretien d'évaluation est communiqué à l'agent qui, le cas échéant, le complète par ses observations sur la conduite de l'entretien, sur ses perspectives de carrière et de mobilité et sur ses besoins de formation. De fait, il s'agit du seul moyen pour le salarié d'exprimer son désaccord et donc d'éviter que les résultats de l'évaluation ne soient utilisés à son encontre s'ils lui sont défavorables. En effet, l'absence de tout commentaire critique de la part du salarié peut être interprété comme une adhésion tacite aux résultats de l'évaluation.⁶⁶⁷ Ainsi, « si le salarié a eu la faculté de contester ses objectifs, de les discuter, son accord n'en aura que plus de force ». ⁶⁶⁸ Partant, une absence de commentaires critiques contribue à rendre plus objectives les appréciations du supérieur hiérarchique du salarié. Il en résulte alors une plus grande probabilité que l'employeur se fonde entre autres éléments, sur les données de l'évaluation pour justifier une mesure de gestion tel qu'un refus de promotion, d'augmentation de la rémunération, d'accorder une prime voire un licenciement pour insuffisance

⁶⁶⁵ Cf. supra n° 206.

⁶⁶⁶ Décret n°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires.

⁶⁶⁷ M. Hautefort, art. cit. : « L'absence de ces mentions lors de l'entretien peut permettre ultérieurement au DRH, dans un dossier de licenciement pour insuffisance professionnelle ou pour insuffisance de résultats, de s'abriter derrière le consentement implicite du salarié sur ses objectifs. »

⁶⁶⁸ Ibid.

professionnelle. A l'inverse, si le salarié apporte des commentaires critiques ou des explications pertinentes, cela peut dissuader l'employeur d'envisager une mesure de licenciement.⁶⁶⁹ En somme, le principal moteur d'un échange contradictoire serait constitué d'un support écrit avec une structuration à même de garantir que le salarié puisse faire valoir son point de vue au cours de l'entretien ou en amont, lors de sa préparation.

250. Toutefois, il est à noter qu'en fonction du moment où le salarié porte un jugement sur l'évaluation, la portée contradictoire de l'entretien s'en trouve perturbée. En effet, si le salarié appose des commentaires lors de l'entretien d'évaluation, il formule une réponse aux appréciations de son responsable, une réponse susceptible d'apporter la contradiction. Le salarié peut ainsi exprimer son désaccord sur les critiques faites à son encontre. Par exemple, il peut préciser qu'il n'a pas eu les moyens nécessaires à ses missions, que ses résultats ne lui sont donc pas imputables à lui mais aux carences de l'employeur. De même, il peut faire état du caractère trop flou ou déraisonnable des objectifs fixés. ⁶⁷⁰ En revanche, lorsque le salarié est invité à préremplir le support d'évaluation, avant l'entretien, il est en situation d'auto-évaluation ce qui ne préjuge pas nécessairement de la présence d'un débat contradictoire, contrairement à ce qui peut être affirmé.⁶⁷¹ En effet, le procédé de l'auto-évaluation ne serait-il pas un moyen de pression sur le salarié et partant, un facteur de renforcement de son état de subordination ? L'autoévaluation ne serait-elle pas un procédé favorisant l'intériorisation du contrôle de l'entreprise et plus globalement, de la stratégie et des valeurs de cette dernière ? Analysée sous cet angle, l'autoévaluation ne favoriserait donc pas le débat contradictoire qui suppose une discussion plus libre. Pour autant, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'un tel dispositif. Sur cette question, peut être citée un arrêt de la cour d'appel de Versailles. Infirmant la décision précitée du TGI de Nanterre, la cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt en date du 19 décembre 2014 qui valide le procédé de l'autoévaluation. Compte-tenu de l'absence de disposition légale interdisant une telle méthode d'évaluation, les juges d'appel ont mis en échec le raisonnement du TGI ayant abouti à la condamnation de l'autoévaluation en première instance. Pourtant, ce raisonnement consistait à relever que ce

⁶⁶⁹ Ibid.

⁶⁷⁰ Les nouvelles Thématiques, n°4, Section Le point spécial, 1^{er} avril 2015 « L'entretien d'évaluation ».

⁶⁷¹ M. Hautefort, art. cit.

procédé ne pouvait constituer une information en lien direct et nécessaire avec l'évaluation des aptitudes professionnelles du salarié parce que « le regard qu'il est obligé de porter sur lui-même n'est non seulement pas une information sur ses aptitudes professionnelles proprement dit, mais en sus ne présente avec elles qu'un lien indirect, en l'occurrence totalement oblique ».672 En faveur d'une interdiction du procédé de l'autoévaluation, il aurait également pu être invoqué que celui-ci constituait un obstacle à une discussion contradictoire lors de l'entretien. En effet, le dialogue est figé compte tenu du fait que le salarié est obligé d'être d'abord son propre évaluateur puisqu'il doit formuler des observations écrites sur son travail, le tout dans l'ignorance complète des appréciations de l'employeur ou de son supérieur hiérarchique. De plus, la discussion lors de l'entretien est faussée dès lors que l'autoévaluation en constitue la base et qu'ainsi, le salarié est lié par ses propres appréciations. Difficile donc pour lui de s'exprimer simplement en réaction aux appréciations de son évaluateur. Enfin, l'autoévaluation en tant que procédé d'intériorisation des objectifs et de la stratégie de l'entreprise est susceptible de priver le salarié du recul nécessaire pour apprécier son travail et partant, risque de le conduire à être pire évaluateur que ne l'aurait été un tiers.

2. La signature du compte-rendu d'évaluation

251. Même s'il ne s'agit pas d'une obligation légale pour les salariés relevant du droit privé, la signature du compte-rendu par le salarié est en pratique requise.673 Cependant, il a été jugé que le refus de signer du salarié et la manifestation de son désaccord avec les appréciations ne constituent pas une faute justifiant une mise à pied674 ou un licenciement.675 L'intérêt que confère la signature du salarié est d'ordre probatoire. Il s'agit d'une preuve de la présence du salarié lors de l'entretien d'évaluation ainsi que d'une preuve de la communication de son dossier d'évaluation. Contrairement à l'absence de commentaires critiques émanant du salarié, la signature ne peut être interprétée comme une adhésion du salarié aux résultats de l'évaluation, adhésion qu'il n'est d'ailleurs pas obligé de fournir compte tenu de son état de subordination.676

⁶⁷² TGI Nanterre 2^e ch., 12 sept. 2013, RG n°11/12781.

⁶⁷³ A. Chirez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. ouvr. 2003, p.314 ; L'article 4 du décret n°2002-682 du 29 avril 2002 concernant l'évaluation des fonctionnaires prévoit que le compte-rendu soit signé par l'agent.

⁶⁷⁴ CA Chambéry, 19 janv. 2010, n°09/1180 ; RJS 11/10, n°829.

⁶⁷⁵ CA Versailles, 9 oct. 2010, n°07/3427.

⁶⁷⁶ A. Chirez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. ouvr. 2003, p. 314.

En revanche, le fait de ne pas signer le compte-rendu d'évaluation peut suggérer, voire indiquer en présence de commentaires critiques du salarié, un désaccord sur les appréciations apportées. De l'absence de signature du compte-rendu, l'on peut donc tirer une manifestation supplémentaire de la contradiction apportée par le salarié aux appréciations de son évaluateur.

B. Critique de l'absence de droits procéduraux d'origine légale

252. Même s'il ménage un espace de débat « contradictoire » entre le salarié et son supérieur hiérarchique, l'entretien d'évaluation n'est pas une procédure contradictoire au sens technique du terme. En effet, la seule tenue d'une discussion ne garantit pas au salarié de faire valoir son point de vue de manière réfléchie en l'absence de certains droits procéduraux. Sauf dispositions conventionnelles contraires, le salarié ne peut se faire assister lors de l'entretien d'évaluation ni bénéficier d'une immunité de parole. Pourtant, la reconnaissance de ces droits nous semble cohérente avec la raison d'être de l'entretien d'évaluation, à savoir engager un dialogue contradictoire entre le salarié et son évaluateur. Surtout, il est juste de les reconnaître sachant que le résultat de cet entretien peut porter grief au salarié. Or, pour cela il est nécessaire que le salarié puisse s'exprimer en toute liberté sur les difficultés qu'il a rencontrées pour atteindre ses objectifs, sur ses préoccupations et sur ses projets d'avenir sans craindre que ses paroles se retournent contre lui. Plus précisément, l'évaluateur devrait recueillir les explications du salarié lequel devrait pouvoir s'exprimer librement sous réserve de l'abus, sans que ses paroles puissent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement.⁶⁷⁷ S'agissant du droit de se faire assister, dès lors que les résultats de l'évaluation peuvent lui être défavorables et être à l'origine de décisions lui faisant grief, il semble équitable de lui accorder une telle prérogative pour mieux se défendre. Du reste, si la direction est libre d'organiser l'entretien en présence non seulement du supérieur hiérarchique du salarié mais aussi d'un autre responsable « n+1 » voire avec le « n+2 », cela risque de rendre l'échange plus déséquilibré. En effet, l'absence d'assistance du salarié dans cette hypothèse, peut affaiblir encore plus sa capacité de se défendre et donc, d'apporter la contradiction. Pour toutes ces raisons, il semble pertinent d'espérer qu'à terme, les mêmes droits procéduraux dont bénéficie le salarié lors de l'entretien préalable au licenciement soient

⁶⁷⁷ Cass. Soc. 19 juin 1991, n° 89-40.843, Bull. civ., V n° 310 ; D. 1992, p. 289, note A. Lyon-Caen ; Cass. Soc. 21 juin 1994, n° 92-45.133, inédit.

transposés à l'entretien d'évaluation.⁶⁷⁸ Pour l'heure, seules les dispositions conventionnelles peuvent garantir l'existence de ces droits. Outre l'absence des droits procéduraux précités, il convient de souligner le défaut d'autres garanties procédurales. Par exemple, le salarié ne dispose pas du droit de se voir communiquer les résultats de son évaluation avant l'entretien ce qui détériore d'autant plus, sa capacité de contredire son évaluateur en cas d'appréciations défavorables. En outre, l'évaluateur ne dispose pas a priori de délai de réflexion avant que sa notation ne devienne définitive comme avant le prononcé de toute sanction ou licenciement. L'absence de tout délai légal de réflexion accroît alors le risque d'être en présence d'une appréciation irréfléchie ou discrétionnaire. En pratique cependant, un tel délai peut résulter de l'absence de pouvoir de décision de l'évaluateur qui ne peut que proposer une note ou une appréciation. La proposition est alors transmise à la personne compétente pour décider de l'évaluation définitive. Un nouveau problème surgit alors. Dans cette hypothèse, le salarié n'aura pas été en situation de discuter avec celui qui l'aura l'évalué définitivement. L'entretien d'évaluation apparaît dès lors peu utile. Enfin dernier exemple illustrant l'absence de droits procéduraux de nature à garantir le caractère contradictoire de l'entretien d'évaluation : l'évaluateur n'est pas tenu à une obligation de motiver l'appréciation de chaque salarié. Ce n'est qu'en cas de contentieux que l'employeur devrait indiquer aux juges les éléments objectifs sur lesquels il s'est appuyé. En d'autres termes, seul un contentieux sur l'évaluation ou sur la décision subséquente prise à l'appui de l'évaluation exige de démontrer l'objectivité de cette dernière. Dans la fonction publique par exemple, il est explicitement précisé que la notation n'a pas à être motivée.⁶⁷⁹ Il ressort de ce tout ce qui précède que l'énonciation des résultats de l'évaluation lors de l'entretien ne suffit pas à présumer d'une appréciation objective des qualités professionnelles.

253. L'absence de droits procéduraux au bénéfice du salarié est couramment justifiée par le fait que l'entretien d'évaluation ne peut donner lieu au prononcé d'une sanction disciplinaire ni à la remise en cause de l'emploi du salarié. Dès lors, il ne saurait faire grief ce qui implique que le salarié n'a pas besoin de se défendre. D'où l'absence de garanties procédurales à son profit.

⁶⁷⁸ En ce sens, Ph. Waquet, « L'évaluation des salariés » SSL 2003 n° 1126, p. 7.

⁶⁷⁹ CE, 17 nov. 1986, n°42-190, Vesque ; Dr. Adm., 1986, n° 631.

Pourtant, pareille analyse ne convainc guère dans la mesure où les résultats de l'évaluation peuvent à terme influencer sur la rémunération, la carrière professionnelle voire même sur la présence du salarié dans l'entreprise, donc lui faire grief. En d'autres termes, les résultats de l'évaluation lors de l'entretien pourraient constituer les prémisses d'une éventuelle mesure de gestion ultérieure. En effet, il a été admis que le compte-rendu d'évaluation finalisé au cours de l'entretien peut servir de preuve de l'existence d'une insuffisance professionnelle. Il en ressort que la matérialisation de l'entretien au travers du compte-rendu peut justifier objectivement le licenciement. De telles conséquences potentiellement préjudiciables pour le salarié justifient de soutenir une réforme qui instituerait dans le Code du travail des garanties procédurales lors de l'entretien d'évaluation.⁶⁸⁰ Cette analyse invite alors à lever la distinction stricte maintenue en jurisprudence entre ce qui relève, d'une part, du domaine disciplinaire et ce qui relève, d'autre part, de l'évaluation des qualités professionnelles.⁶⁸¹ Enfin, ajoutons que reconnaître des droits procéduraux au bénéfice du salarié lors de l'entretien d'évaluation permettrait de favoriser une meilleure acceptabilité des résultats de l'évaluation et partant, de mieux présumer de leur objectivité lors de l'entretien.

254. Accorder des droits procéduraux lors de l'entretien d'évaluation au bénéfice du salarié suppose toutefois, d'adopter une conception plus large de telles prérogatives. A partir d'une acception plus extensive des droits procéduraux, ces derniers devraient être accordés pour « toute décision importante, voire pour toute situation dans laquelle l'employeur, de son initiative, demande à rencontrer individuellement le salarié ».⁶⁸² Devant l'inexistence actuelle de ces droits procéduraux hormis s'ils sont prévus dans une convention collective, l'entretien d'évaluation ne peut être appréhendé qu'au travers de simples recommandations issues du discours des juristes ou des gestionnaires. L'entretien préalable à un licenciement ou à une sanction constitue dès lors,

⁶⁸⁰ En ce sens, v. M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2016, n° 660 s.

⁶⁸¹ A. Chirez, « Notation et évaluation des salariés », Dr. ouvr. 2003, p. 315 ; du même auteur, « Insuffisance professionnelle, insuffisance de résultat, faute ou manquement extra-disciplinaire », Dr. ouvr. 2013, p. 445.

⁶⁸² F. Duquesne, « Les contours de la mission d'assistance du délégué du personnel », Dr. soc. 2003, p. 631, note sous Cass. Crim., 11 févr. 2003, n° 01-88.014, Bull. crim., n° 32 ; cette idée est encore présentée à travers l'idée d'étendre certaines garanties procédurales du licenciement à des hypothèses de « rupture éventuelle », c'est-à-dire « chaque fois qu'un obstacle, quel qu'il soit, entrave la poursuite des relations contractuelles », F. Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », Dr. soc. 1993, p. 847.

une procédure plus à même de garantir la tenue d'un débat contradictoire et partant, plus à même de renforcer l'apparence d'objectivité des raisons énoncées par l'employeur.

Paragraphe 2 : L'entretien préalable

255. Tout comme l'entretien d'évaluation, l'entretien préalable ne saurait être purement informel mais, être organisé sur le lieu et pendant le temps de travail. Cependant, à la différence du premier, le second offre certaines garanties procédurales au bénéfice du salarié pour mieux faire valoir son point de vue. Contrairement à l'entretien d'évaluation, l'entretien préalable a nécessairement lieu en présence d'un projet de décision faisant grief au salarié, à savoir un licenciement ou une sanction, ce qui peut justifier a fortiori, la présence de tels droits.⁶⁸³ Son objet réside en effet, dans la communication au salarié des raisons qui fondent la sanction⁶⁸⁴ ou le licenciement envisagé⁶⁸⁵ ainsi que dans la faculté pour le salarié de s'expliquer. Comme le salarié est libre d'exprimer son point de vue, il est également libre de ne pas se rendre à l'entretien préalable. Il ne commet donc pas de faute s'il ne s'y présente pas contrairement à l'entretien d'évaluation.

256. Même si l'entretien préalable offre certaines garanties procédurales absentes de l'entretien d'évaluation, il n'en demeure pas moins que pareille procédure constitue un autre cas illustrant notre hypothèse de départ, à savoir qu'on est en présence d'une voie minimaliste vers l'objectivité des raisons d'agir. Cela signifie qu'en cas de contentieux, le contrôle d'objectivité sera plus intense. En effet malgré les droits procéduraux au profit du salarié, les conditions de discussion ne permettent pas réellement au destinataire de la mesure de mettre à l'épreuve les raisons d'agir. Or, moins l'employeur aura à faire un effort de démonstration de la matérialité des raisons de licencier ou de sanctionner en amont, lors de l'entretien préalable par exemple, plus il sera redevable en aval, devant le juge, d'une obligation de fournir les éléments objectifs au soutien des raisons énoncées. Pareille hypothèse concernant l'entretien préalable suppose d'aller au-delà de certains faux-semblants pouvant donner l'illusion que le destinataire de la mesure peut

⁶⁸³ L'entretien préalable est également prévu pour d'autres ruptures éventuelles, telle la rupture conventionnelle. Cependant, l'enjeu n'est pas le même car dans cette hypothèse l'entretien préalable n'a pas été pensé comme un cadre d'annonce des raisons de ladite rupture.

⁶⁸⁴ Autre qu'un avertissement en vertu de l'art. L1332-2 du Code du travail.

réellement influencer sur le projet de décision. Par conséquent, il convient d'abord de souligner que comparé à l'entretien d'évaluation, l'entretien préalable nourrit une apparence de délibération plus forte avec le salarié, (A) puis de montrer qu'une telle apparence ne résiste pas aux conditions réelles de discussion des raisons d'agir par le salarié, conditions attestant d'une faible capacité de questionnement desdites raisons par celui-ci. (B)

A. L'apparence d'une délibération avec le salarié

257.L'entretien préalable peut en principe apparaître comme le lieu d'une délibération des raisons d'agir avec le destinataire de la mesure. En effet, si l'on s'en tient au discours du législateur, la finalité de cet entretien réside dans la recherche d'une conciliation entre les parties. (1) Dans une certaine mesure et abstraction faite des conditions réelles de discussion sur les raisons de licencier ou de sanctionner, l'instauration de certains droits procéduraux au bénéfice du salarié peut également nourrir l'illusion d'une délibération avec un contradicteur. (2)

1. La recherche d'une conciliation comme finalité affichée

258.A s'en tenir à l'esprit de la loi du 13 juillet 1973, l'entretien préalable s'entendrait comme une procédure de conciliation voire idéalement, comme une procédure de réconciliation entre les parties.⁶⁸⁶ D'après le législateur, le fait que l'employeur soit obligé d'énoncer les motifs du licenciement projeté doit conduire à un « vrai dialogue » entre les interlocuteurs, un dialogue de nature à favoriser une solution alternative c'est-à-dire, « sans que l'on soit contraint d'en arriver au licenciement. »⁶⁸⁷ Pensé ainsi, l'entretien préalable apparaît surtout comme un moyen d'éviter les licenciements abusifs et non motivés. En effet, l'entretien permet de temporiser le licenciement en « imposant un temps de réflexion et de conciliation »⁶⁸⁸ de nature à contrer les décisions impulsives. Comme l'énonçait le ministre du travail de l'époque, il faut œuvrer pour que « le licenciement ne soit plus ni une décision intempestive ni un acte d'autorité. Il doit être la

⁶⁸⁵ Articles L1232-3 et L1233-12 du Code du travail.

⁶⁸⁶ A cet égard, l'entretien préalable a été comparé par le législateur lors des débats à l'Assemblée Nationale à la procédure de conciliation en matière de divorce. Il s'agit là d'une comparaison malheureuse, compte-tenu du fort taux d'échec de ce type de procédure.

⁶⁸⁷ J. Bonhomme, rapporteur du projet de loi, AN, 22 mai 1973.

⁶⁸⁸ Ibid.

décision ultime, intervenant seulement après l'échec de la persuasion et de la conciliation. »⁶⁸⁹ En ce sens, l'entretien et plus largement, toute la procédure préalable ouvre la voie à un temps de délibération. Néanmoins contrairement aux procédures collectives, la procédure individuelle invite plus à une délibération avec soi-même. En effet, la perspective de l'entretien individuel oblige l'employeur à réfléchir sur les raisons qu'il va formuler lors de cet échange. Est-ce que les raisons de licencier ou de sanctionner sont légitimes ? Pareille réflexion invite ainsi l'employeur à se pencher en particulier, sur la matérialité de ses raisons de licencier ou de sanctionner. Compte tenu du fait que de telles raisons ne sont pas obligatoirement communiquées avant l'entretien préalable, le salarié n'est pas en mesure de se livrer quant à lui, à pareille réflexion. Les conditions ne sont donc pas réunies pour qu'il délibère réellement avec l'employeur lors de l'entretien préalable.⁶⁹⁰ Malgré cela, l'échange donne l'occasion au salarié de fournir des explications aux motifs avancés par l'employeur.⁶⁹¹ Le temps de conciliation marqué par l'entretien préalable demeure en effet, une invitation à être à l'écoute du salarié, une écoute qui ne tient cependant qu'à la bonne volonté de l'employeur. Remplissant une fonction empathique, la tenue d'un dialogue n'a pourtant de sens que si l'employeur est disposé à admettre le point de vue de son interlocuteur et par conséquent, à réviser sa décision. Il s'agit là d'une visée commune à toutes les procédures de discussion en droit du travail. Même si l'entretien préalable a une portée contradictoire moindre que les procédures collectives, il n'empêche qu'il a été pensé également pour permettre au salarié d'influer sur le contenu de la décision. A la différence des procédures collectives, la procédure individuelle vise surtout à assurer le respect des droits de la défense du destinataire de la mesure.⁶⁹² Pour ce faire, l'entretien préalable ne doit pas se réduire à une simple audition du salarié mais s'entendre comme le lieu d'un véritable débat contradictoire.⁶⁹³ Un tel débat suppose ensuite qu'un autre temps de réflexion s'ouvre pour l'employeur, après l'entretien, pour ne pas prendre de décision prématurée en vérifiant éventuellement, les allégations du salarié. En effet, l'employeur n'a pas le droit de prononcer le licenciement ou la sanction à l'issue de l'entretien⁶⁹⁴ ni de faire signer au salarié, le jour même

⁶⁸⁹ G. Corse, ministre du travail, AN, 22 mai 1973.

⁶⁹⁰ Sur cette question, v. supra n° 197.

⁶⁹¹ Art. L1235-2 du Code du travail.

⁶⁹² En ce sens, F. Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », Dr. Soc. 1993, p.847.

⁶⁹³ En ce sens, CA Paris 7 mai 2014, Dr. ouvr. 2014, p.862, note M. Poirier. V. CA Lyon 5 déc. 2013 n°12/05818.

⁶⁹⁴ Cass. Soc. 13 oct. 1988, n° 85-45.646, Bull. civ., V n° 499.

de l'entretien, un reçu de solde de tout compte.⁶⁹⁵ A fortiori, l'employeur ne peut remettre la lettre de licenciement le jour même de l'entretien.⁶⁹⁶ Il doit respecter au minimum un délai de 2 jours ouvrables avant l'envoi de la lettre de licenciement. L'entretien doit ainsi « permettre à l'employeur d'obtenir toutes les précisions souhaitables et de prendre (...) une décision éclairée ». ⁶⁹⁷ Le non-respect de ce délai de réflexion n'atteint pas toutefois, la validité du licenciement. Son inobservation constitue une simple irrégularité de forme devant être réparée par l'allocation de dommages-intérêts en fonction du préjudice subi.⁶⁹⁸ Quoique prévue, la sanction révèle par son manque d'importance et son absence d'effet dissuasif – puisqu'il faut prouver le préjudice - que l'entretien préalable est un cadre de conciliation et de réflexion en apparence seulement. Plus généralement, le défaut de procédure n'est pas, sauf exception, sanctionné en tant que tel lorsque l'entreprise est petite ou le salarié de faible ancienneté.⁶⁹⁹

Enfin, il convient de rappeler que la conciliation est simplement recherchée mais aucunement imposée. Par exemple, le salarié ne dispose pas de pouvoir de blocage en cas de désaccord. Le pouvoir de licencier de l'employeur est préservé. Ce pouvoir a même été explicitement défendu par le législateur de 1973 qui a rejeté un amendement proposant en cas de désaccord, de suspendre la mesure de licenciement jusqu'à ce que l'employeur obtienne de la juridiction compétente la constatation du caractère régulier et justifié du licenciement.⁷⁰⁰ Même si cette proposition remettait profondément en cause la conception capitaliste de l'entreprise en supprimant le droit discrétionnaire de licencier, une telle mesure conservatoire aurait néanmoins évité au salarié de subir une perte de revenus pendant tout le processus. En outre, cela lui aurait évité d'attendre la fin de la procédure judiciaire pour obtenir des dommages-intérêts. S'agissant de l'exigence d'objectivité, celle-ci aurait eu une intensité d'autant plus forte dès le début du processus et non pas seulement en cas de contentieux.

⁶⁹⁵ Cass. Soc. 15 nov. 1990, n° 88-42.261, Bull. civ., V n° 559.

⁶⁹⁶ Et ce peu importe qu'il fasse parvenir une seconde lettre une semaine plus tard, Cass. Soc. 8 nov. 1995, n° 94-41.343, Bull. civ. V, n° 294.

⁶⁹⁷ J. Pélissier, *La réforme du licenciement*, Sirey, 1974, p. 21.

⁶⁹⁸ L1235-2 et L1235-5 du Code du travail.

⁶⁹⁹ Effectif inférieur à 11 salariés ou ancienneté de moins de 2 ans.

⁷⁰⁰ Proposition d'amendement de J. Legrand, député, JO déb. AN. 22 mai 1973, p. 1451.

2. L'instauration de droits procéduraux

259. Au-delà de l'organisation d'un entretien préalable à des fins de conciliation, c'est surtout le suivi d'une procédure qui le fait apparaître comme un cadre propice à une délibération minimale entre les interlocuteurs. Partant, c'est l'encadrement procédural de l'entretien qui confère une apparence d'objectivité minimale aux raisons énoncées à ce stade. En effet, contrairement à l'entretien d'évaluation, le processus est normé par des obligations légales destinées à prémunir le salarié contre une décision prématurée ou irréfléchie. C'est en ce sens que la loi prévoit que l'employeur doit respecter des délais planchers entre l'envoi de la lettre de convocation et l'entretien préalable⁷⁰¹ puis entre ce dernier et l'envoi de la lettre de notification du licenciement ou de la sanction.⁷⁰² En effet, si la décision était arrêtée avant l'entretien ou juste à la fin de celui-ci, la procédure serait ainsi vidée de son sens.⁷⁰³ Outre la temporisation de la décision de licencier ou de sanctionner par des délais, le bénéfice de certains droits procéduraux au profit du salarié vise également à aider l'employeur à prendre une décision éclairée. Il en est ainsi de l'immunité de parole du salarié, droit d'origine prétorienne.⁷⁰⁴ A l'instar du droit de parole institué durant l'instance au profit des parties,⁷⁰⁵ le salarié doit être libre de s'exprimer, sous réserve de l'abus, afin d'assurer au mieux sa défense. Pareille immunité va de pair avec la manière dont l'entretien préalable est conçu, à savoir comme un échange au cours duquel le salarié est en mesure de fournir des explications, de réagir aux motifs énoncés par l'employeur afin de persuader ce dernier à réviser sa décision. Ainsi, de même qu'il est libre de participer à l'entretien préalable, le salarié est également « libre de choisir une argumentation et de l'exprimer sans entrave ». ⁷⁰⁶

260. La faculté d'être assisté par un conseiller constitue également un autre droit procédural de nature à renforcer les capacités de défense du salarié. En même temps, l'assistance du salarié est

⁷⁰¹ L1232-2 du Code du travail.

⁷⁰² L1232-6 du Code du travail. En revanche, pour un licenciement disciplinaire il existe un délai maximal d'envoi de la lettre de rupture en vertu de l'article L1332-2 du Code du travail.

⁷⁰³ Sur l'irrégularité du licenciement lorsque l'employeur fait connaître sa décision définitive au cours de l'entretien, Cass. Soc. 15 nov. 1990, n° 88-42.261, Bull. civ., V n° 559 ; Irrégularité a fortiori quand l'employeur fait connaître sa décision avant l'entretien, Cass. Soc. 29 oct. 1996, n° 93-44.245, inédit.

⁷⁰⁴ Cass. Soc. 19 juin 1991, n° 89-40.843, Bull. civ., V n° 310 ; D. 1992, p. 289, note A. Lyon-Caen.

⁷⁰⁵ Art. 24 du code de procédure civile et art. 41 de la loi du 29 juill. 1881.

de nature à aider l'employeur à prendre une décision éclairée dans la mesure où le conseiller a pour mission de donner son avis sur les faits énoncés par l'employeur au soutien de son projet. Par ailleurs, une telle faculté est de nature à suppléer au caractère inégalitaire du rapport de travail. Il ne s'agit toutefois que d'une faculté prévue dans l'hypothèse où une rupture est envisagée. Dans les entreprises dotées de représentants du personnel, le salarié peut être assisté par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise. En revanche, lorsqu'il n'y a pas d'institutions représentatives du personnel, le salarié peut être assisté par une personne étrangère à la collectivité du personnel dont il est membre. Ainsi, quelle que soit la taille de l'entreprise, qu'il y ait ou non des institutions représentatives du personnel, le salarié menacé de licenciement disposera toujours de la faculté d'être assisté et donc, de la possibilité d'enrichir son argumentation avec les analyses de son conseiller.⁷⁰⁷

Compte tenu du fait que l'assistant peut prendre des notes au cours de l'entretien, il peut en outre, témoigner lors d'un litige afin d'attester du déroulement dudit entretien.⁷⁰⁸ L'assistance par un conseiller peut donc se révéler non seulement propice à la tenue d'un débat plus contradictoire lors de l'entretien, mais aussi en cas de litige. C'est pourquoi il est important que le salarié dispose de cette faculté. Du reste, le délai de 5 jours ouvrables entre la convocation et l'entretien préalable doit permettre au salarié qui le souhaite, de solliciter l'assistance d'un conseiller dans de bonnes conditions. A cette fin, la faculté d'être assisté par un conseiller doit être mentionnée dans la lettre de convocation à l'entretien préalable.⁷⁰⁹ Celle-ci doit mentionner

⁷⁰⁶ F. Duquesne, « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », *Dr. soc.* 1993, p. 847.

⁷⁰⁷ Ajoutons que les salariés employés chez un particulier ne bénéficient pas de cette assistance, faculté qui n'est réservée qu'au personnel d'une entreprise. Pour autant, le rapport de travail n'en est pas moins inégalitaire ; v. *Circ. DRT* n° 91/16, 5 sept. 1991 relative à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable à un licenciement.

⁷⁰⁸ Ainsi, s'agissant de l'attestation émanant d'un conseiller du salarié, un arrêt du 27 mars 2001 rendu par la Cour de cassation décide que « rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal retienne une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'a assisté pendant l'entretien préalable ». *Cass. Soc.* 27 mars 2001, n° 98-44.666, *Bull. civ.*, V n° 108 ; *Dr. Soc.* 2001, p. 679, note J. Savatier.

⁷⁰⁹ Si l'entreprise est dépourvue d'institutions représentatives du personnel, l'employeur doit indiquer dans ladite lettre l'adresse des services où peut être consultée la liste des personnes extérieures à l'entreprise susceptibles de remplir cette mission d'assistance. (L1235-5 du C. du trav.) Même si l'inobservation de ces informations rend le licenciement simplement irrégulier, il n'empêche que pareille omission fait l'objet d'une sanction spécifique. Ainsi, même si le salarié n'a pas deux ans d'ancienneté dans l'entreprise ou ne travaille pas dans une entreprise de plus de 11 salariés, il a droit à un dédommagement. Plus qu'à une sanction civile, l'employeur s'expose à des sanctions pénales s'il méconnaît les droits dont bénéficie l'assistant du salarié. Du reste, quiconque aura porté atteinte à la

que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise.⁷¹⁰

261. Dans le silence des textes, la jurisprudence a également contribué à rendre plus effective l'assistance du salarié et partant, à favoriser le caractère contradictoire du débat. Par exemple, la Cour de cassation pose comme principe que l'assistant ne peut subir aucune perte de rémunération dans l'exercice de sa mission de conseil du salarié.⁷¹¹ En outre, l'employeur est également tenu de rembourser les frais exposés par l'assistant du salarié à l'occasion de sa mission tels les frais de déplacement ou de repas.⁷¹² Mieux, une circulaire administrative a pu autoriser l'assistant extérieur à imputer sur la rémunération de ses absences, le temps passé, dans le cadre d'une rencontre préalable, à la préparation de l'audition.⁷¹³ Même si l'assistance dépend de la seule initiative du salarié, il n'empêche donc que l'employeur n'est pas complètement inactif dans la préparation du débat contradictoire. En effet, il ressort de tous ces exemples que l'employeur ne doit pas faire obstruction de quelque manière que ce soit à la mission d'assistance du salarié.

262. Pareille logique de protection a conduit d'un autre côté, à limiter la possibilité d'assistance de l'employeur. Ainsi ce dernier ne peut être assisté par une personne extérieure à l'entreprise.⁷¹⁴ De cette manière, il s'agit de ne pas creuser l'inégalité entre les parties. Compte

mission de l'assistant du salarié commet un délit d'entrave à l'exercice régulier des fonctions du conseiller. Qu'il s'agisse de l'employeur du salarié menacé de licenciement ou bien de celui du conseiller lui-même, l'auteur de l'infraction s'expose à des sanctions pénales dont le régime est identique à celui qui existe déjà en cas de délit d'entrave aux fonctions de représentant du personnel, de délégué syndical et de conseiller prud'homme. Cf Art. 2.3.1 de la circ. DRT n°91/16 du 5 septembre 1991 relative à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable à un licenciement.

⁷¹⁰ Lorsque l'entreprise relève d'une unité économique et sociale, la lettre de convocation doit mentionner que le salarié peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'unité économique et sociale. V. Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.650, Bull. civ., V, n° 140 ; D. 2012, p. 901, note P. Lokiec ; RDT 2011, p. 568, note L. de Launay.

⁷¹¹ Cass. Soc. 12 fév. 1991, n° 87-45.259, Bull. civ., V n° 61.

⁷¹² Peu important par ailleurs sa qualité de délégué syndical, Cass. Soc. 25 oct. 2000, n°98-42.260 ; Cass. Soc. 3 mars 2004, n°01-43.579.

⁷¹³ Circ. DRT n°92-15 du 4 août 1992, note complémentaire à la circulaire du 5 sept. 1991 relative à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable au licenciement.

⁷¹⁴ Cass. Soc. 27 mai 1998, n° 96-40.741, Bull. civ., V n° 284 ; Cass. Soc. 30 mars 2011, n° 09-71.412, Bull. civ., V n° 83.

tenu du fait que le choix d'assistance du salarié est limité à une liste lorsqu'il s'adresse à une personne extérieure à l'entreprise, il eût été inégalitaire de permettre à l'employeur de choisir librement une assistance extérieure. Toutefois, l'employeur peut être assisté par un membre du personnel à condition que cette assistance soit limitée à une seule personne, que son intervention s'en tienne à la simple information des interlocuteurs et n'intervienne que sur demande. En outre, cette personne doit être à même d'éclairer utilement l'employeur en raison de sa proximité avec le salarié qu'il s'agisse de son supérieur hiérarchique direct ou de la personne ayant constaté une faute. En aucun cas pareille assistance ne peut induire une transformation de l'entretien préalable en enquête.⁷¹⁵

B. Une apparence mise à mal par la faible capacité de questionnement des raisons de licenciement ou de sanctionner

263. A la différence des procédures où les représentants des destinataires de l'information sont censés participer au contenu de la norme, la procédure individuelle doit permettre au salarié menacé d'un licenciement ou d'une sanction de se défendre. Donc la capacité de ce dernier à discuter de manière contradictoire sur les raisons d'agir et en particulier, sur leur matérialité, est effectuée dans ce but. Or, pareille finalité de l'entretien préalable n'est incompatible ni avec la recherche d'une conciliation ni avec la préparation d'un procès.

264. Malgré la présence de certaines garanties procédurales, les conditions dans lesquelles se déroule l'entretien préalable ne permettent pas de conclure à la tenue d'un véritable débat contradictoire ou d'une discussion à armes égales entre l'employeur et le salarié. Partant, l'apparence de délibération avec le salarié ne résiste pas longtemps à certains obstacles, ce qui affaiblit considérablement sa capacité de questionnement sur la rationalité de l'action. A moins que des dispositions conventionnelles ne prévoient certaines garanties de fond, plusieurs obstacles demeurent. Ceux-ci sont principalement liés à une information incertaine sur les raisons du licenciement ou de la sanction (1) ainsi qu'à l'absence de pouvoirs d'investigation de l'assistant du salarié sur les raisons du licenciement. (2)

⁷¹⁵ Cass. Soc. 10 janv. 1991, n° 88-41.404, Bull. civ., V n° 5 ; Dr. Soc. 1991, p. 258, note J. Savatier.

1. Une information incertaine sur les raisons de licencier ou de sanctionner

265.L'incertitude quant à l'information sur les motifs du licenciement ou de la sanction résulte de plusieurs causes. Tout d'abord, le salarié n'est pas en droit de demander avant l'entretien les raisons de la décision projetée. En effet, l'employeur n'est pas tenu de motiver la lettre de convocation à l'entretien préalable. (a) D'autre part, même lors de cet entretien, l'étendue de l'information sur les raisons d'agir est incertaine à défaut d'obligations précises. (b) Enfin, la perplexité s'accroît dès lors que l'employeur dispose de la faculté de faire varier les raisons énoncées après l'entretien. (c)

a) L'absence d'obligation de motiver la lettre de convocation à l'entretien préalable

266.La transparence à laquelle est tenu l'employeur lors de l'entretien n'implique pas de communiquer les raisons d'agir du salarié en amont. En effet, le législateur n'a pas prévu que la motivation intervienne dans la lettre de convocation à l'entretien préalable⁷¹⁶ à un licenciement⁷¹⁷ ou bien à une sanction.⁷¹⁸ Au nom de l'objectif de recherche d'une conciliation, le législateur a jugé que ce serait une « erreur de vouloir enserrer dans un formalisme à caractère contentieux une phase de la procédure dont la souplesse et le caractère informel sont une condition de succès. »⁷¹⁹ En effet, l'absence d'obligation de motiver la lettre de convocation est née de la croyance chez le législateur que la phase préliminaire « n'a de chance de réussir que s'il s'agit d'une conversation qui s'établit entre les parties. »⁷²⁰ Chemin faisant, l'énonciation écrite des raisons du licenciement ou de la sanction dès la lettre de convocation aurait pu apparaître aux yeux du législateur comme le début d'une instance contentieuse. Pourtant, ce défaut de motivation préalable à l'entretien empêche le salarié d'élaborer une argumentation avec un

⁷¹⁶ Cass. Soc. 4 nov. 1992, n°91-41.189, Bull. civ., V n° 530 : « Attendu cependant que l'employeur n'est tenu de préciser dans la lettre de convocation à l'entretien préalable que l'objet de la convocation et non les griefs allégués contre le salarié (...) », JCP E 1993, p.516, note F. Duquesne ; Si d'aventure la lettre de convocation à l'entretien mentionne un fait distinct de celui qui va fonder le licenciement, celui-ci n'est pas entaché d'irrégularité. Mais cette distinction peut conduire le juge à estimer que le motif énoncé n'est pas réel ou sérieux. V. aussi, J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, Siray, 1980, 2^e éd. p. 55.

⁷¹⁷ Cass. Soc. 4 nov. 1992, n° 91-41.189, Bull. civ. V, n° 530.

⁷¹⁸ Cass. Soc. 17 déc. 1992, n° 89-44.651, Bull. civ. V, n° 603.

⁷¹⁹ J. Bonhomme, rapporteur, JO déb. AN. 22 mai 1973, p. 1441.

⁷²⁰ G. Corse, Ministre du travail, JO déb. AN. 22 mai 1973, p. 1446.

maximum de chances de pouvoir infléchir la décision de l'employeur avant qu'elle ne devienne définitive. En effet, comment le salarié pourrait-il préparer sa défense s'il ignore, au moment de son audition les griefs que celui-ci formule à son encontre ? Il est illusoire à défaut de connaissance préalable à l'entretien de croire que le salarié pourra préparer sa défense dans les meilleures conditions possibles. En outre, sa faculté d'être assisté perd en partie de son utilité s'il ne peut obtenir la communication préalable à son audition des raisons de son licenciement.

Les droits de défense et le droit à l'emploi pourraient cependant légitimer que plus de moyens soient accordés au salarié pour influencer sur la décision finale et faire de l'entretien préalable un processus plus contradictoire. En ce sens, la cour d'appel de Paris a rendu le 7 mai 2014 un arrêt audacieux ayant décidé que « le respect des droits de la défense implique effectivement que celle-ci puisse être préparée en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissant non seulement la sanction que l'employeur envisage de prendre, mais surtout les reproches que l'employeur s'apprête à articuler à l'encontre de son salarié. »⁷²¹ A l'appui de cette solution la cour d'appel de Paris s'est fondée sur l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT disposant qu'un licenciement ne peut intervenir avant que le salarié n'ait la possibilité de se défendre contre les allégations formulées par son employeur. Néanmoins, la Cour de cassation a censuré l'arrêt sur ce point par un arrêt du 8 mars 2017 affichant une constance dans l'interprétation stricte des dispositions légales qui n'exigent pas de motivation dans la lettre de convocation.⁷²² Pourtant la Haute juridiction aurait pu avoir une interprétation téléologique de ces dispositions en se fondant sur la finalité de l'entretien préalable qui demeure le respect des droits de la défense, respect qui implique la tenue d'un débat contradictoire auquel le salarié doit être préparé dans les meilleures conditions possibles. A notre sens, cela passe par une information préalable à l'entretien sur les raisons du licenciement projeté.⁷²³ Au lieu de cela, le salarié et son assistant doivent élaborer « au pied levé des arguments suffisamment dissuasifs ». ⁷²⁴ Il ressort de ce qui précède que

⁷²¹ CA Paris 7 mai 2014, Dr. ouvr. 2014, p. 862.

⁷²² Cass. Soc. 8 mars 2017, n° 14-20.365, inédit.

⁷²³ En ce sens, F. Duquesne, art. cit., p. 847 ; M. Poirier, note ss. CA Paris 7 mai 2014, Dr. ouvr. 2014, p. 862 ; S. Frossard, note ss Cass. Soc. 6 avril 2016, n° 14-23.198, RDT 2016, p. 480. Contra, J.-B. Cottin, note ss. Cass. Soc. 6 avril 2016, n° 14-23.198, JSL 2016 n° 409, p. 3.

⁷²⁴ G. Lyon-Caen et M.-C. Bonnetête, « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. Soc. 1973, p. 500.

l'entretien préalable n'est pas réellement pensé pour permettre au salarié de se défendre mais pour que l'employeur puisse tester ses arguments. Le fait qu'il ne soit pas obligé de motiver la lettre de convocation va dans ce sens.

Dès les premiers instants de la réforme de 1973, des auteurs se demandaient s'il n'était risqué que l'employeur, se rendant compte au cours du dialogue, des failles de ses arguments, ne procède à un réajustement plus convaincant ultérieurement, au stade de la notification. Pareille grille de lecture de l'entretien en fait surtout une occasion plus propice pour l'employeur de convaincre le salarié de la légitimité de ses raisons de licencier ou de sanctionner que l'inverse. Cela signifie que l'employeur est celui qui prépare davantage l'entretien. Une telle préparation le conduit à une mise en ordre des motifs en vue de la rédaction d'un écrit postérieur, à savoir la lettre de licenciement ou la lettre de notification d'une sanction.

b) Une étendue incertaine de l'information lors de l'entretien

267.Ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont fixé de règles précises sur l'étendue de l'information que l'employeur est tenu de communiquer au salarié. L'article L1232-3 pose un cadre de dialogue souple et informel lorsqu'il énonce simplement qu'« au cours de l'entretien, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les explications du salarié. » Si l'on s'en tient à une stricte interprétation littérale, rien n'oblige l'employeur à étayer les faits à l'appui du ou des motifs invoqués. Cela veut dire qu'a priori la loi ne garantit pas que le salarié soit sérieusement informé lors de l'entretien des raisons de son licenciement ou de la sanction. Une telle information dépendra des pratiques d'énonciation dans l'entreprise ou d'éventuelles garanties de fond prévues par convention collective. Néanmoins, si une interprétation téléologique devait prévaloir, il paraît légitime de défendre que le salarié puisse s'expliquer à partir d'une information précise c'est-à-dire à partir des éléments de faits à l'appui des motifs énoncés par l'employeur. Toutefois, la Cour de cassation semble attachée à une interprétation littérale de l'article L1232-3. Par exemple, elle a rappelé que l'employeur n'était pas tenu de

communiquer au salarié, lors de l'entretien préalable, les pièces susceptibles de justifier la sanction,⁷²⁵ solution valant aussi pour le licenciement.

c) La faculté d'énoncer des raisons non discutées lors de l'entretien

268. Une autre raison, d'origine prétorienne cette fois, mine l'exigence de transparence à laquelle est tenue l'employeur au cours de l'entretien. En effet, la Cour de cassation a admis que l'employeur puisse invoquer devant le juge un motif qui n'avait pas été évoqué au cours de l'entretien. La condition en est toutefois qu'il figure dans la lettre de licenciement fixant les termes du litige⁷²⁶ ou le cas échéant, dans la lettre précisant les motifs énoncés. Cela signifie que la lettre de rupture peut énoncer des raisons postérieurement à l'entretien préalable.

Toutefois, il ne s'agit pas de dire que l'employeur ne commet pas d'irrégularité de forme en modifiant ou en ajoutant des motifs non évoqués lors de l'entretien préalable, mais qu'une telle variabilité n'empêche pas le juge de décider que le motif invoqué dans la lettre de licenciement mais non énoncé lors de l'entretien, peut fonder le licenciement.⁷²⁷ Par conséquent, la seule sanction qu'encourt l'employeur est de se voir condamner à des dommages-intérêts pour irrégularité de procédure. Encore faut-il que le salarié soit en mesure de prouver l'absence d'information sur le motif finalement invoqué lors de l'entretien préalable. La tâche est difficile compte tenu du fait que la loi n'oblige pas de rédiger un procès-verbal de l'entretien préalable. Pourtant, une telle obligation aurait permis de conserver une trace écrite des arguments échangés sous la réserve de la signature de tous les participants et de la communication d'un exemplaire à chacun. Ainsi, ce document aurait facilité le contrôle sur la régularité de la procédure. Ce n'est donc qu'en cas d'accord entre les parties ou si une disposition conventionnelle les y oblige, qu'un procès-verbal ou un compte-rendu de l'entretien préalable peut être élaboré.

2. L'absence de pouvoirs d'investigation de l'assistant du salarié sur les raisons du

⁷²⁵ Cass. Soc. 18 févr. 2014, n° 12-17.557, Bull. civ., V n° 52 ; D. 2014, p. 1115, note P. Lokiec.

⁷²⁶ Cass. Soc. 18 mai 1995, n° 94-40.153, inédit ; Dr. Soc. 1995, p. 675.

⁷²⁷ Ibid.; Cass. Soc. 16 nov. 2005, n° 03-46.655, inédit; Cass. Soc. 4 juill. 2006, n° 04-47.771, inédit ; Cass. Soc. 17 déc. 2014, n° 13-20.217, inédit.

licenciement

269. La faible capacité de défense du salarié et partant, de questionnement de la matérialité des raisons de licencier provient aussi des limites de la mission de l'assistant du salarié. En effet, le conseiller ne dispose pas de prérogatives d'investigation permettant de préparer au mieux la défense du salarié. Non seulement il n'a pas le droit d'être informé des raisons de licencier avant l'entretien, mais il ne peut pas non plus demander à l'employeur l'envoi de documents concernant le salarié, tel un certificat de travail, des bulletins de paye. Cela signifie aussi qu'il n'est pas non plus compétent pour aller chercher ces documents. Enfin, l'inspection du travail ne peut pas donner directement de renseignement concernant une entreprise (situation économique et financière, problèmes sociaux...) au conseiller qui en ferait la demande. C'est au salarié de le faire dans le strict respect des dispositions régissant l'accès aux documents administratifs.⁷²⁸ En somme, l'assistance du salarié par un conseiller ne saurait déborder le cadre de l'entretien préalable.⁷²⁹

270. Si l'entretien préalable demeure tout de même pourvu de prérogatives procédurales au profit du salarié à l'inverse de l'entretien d'évaluation, il n'en demeure pas moins que sa nature délibérative n'est qu'illusoire. Les conditions de mise à l'épreuve des raisons de licencier ou de sanctionner par le salarié sont minimales. Tout comme en matière d'évaluation, le salarié menacé d'une sanction ou d'un licenciement n'a pas de droit à une information préalable à l'entretien sur les faits à l'appui de l'appréciation ou de la décision projetée. L'entretien préalable tout comme l'entretien d'évaluation ne peuvent à défaut d'une telle information donnée en temps utile, constituer réellement le lieu d'un débat contradictoire entre l'employeur et le salarié. Du reste, la faculté d'être assisté lors de l'entretien préalable ne permet pas de suppléer à l'absence d'information sans laquelle le salarié ne peut décemment préparer sa défense ni éprouver la matérialité des faits allégués par l'employeur à l'appui de son appréciation. Les conditions de discussion de l'entretien d'évaluation et de l'entretien préalable justifient qu'en cas de contentieux le juge exerce un contrôle fort sur l'objectivité des raisons d'agir.

⁷²⁸ Art. 2.1.5 de la circ. DRT n° 91/16 du 5 sept. 1991 relative à l'assistance du salarié lors de l'entretien préalable à un licenciement.

⁷²⁹ Art. 2.2.4 de la circ. précit.

Conclusion de chapitre

271. Même si les procédures étudiées contraignent peu le pouvoir, il n'en demeure pas moins qu'elles ont pour visée commune de chasser l'arbitraire en incitant l'employeur à réfléchir à la rationalité de la mesure projetée avant sa mise en œuvre. Toute idée de délibération n'est donc pas exclue puisque l'extériorisation des raisons d'agir invite l'employeur à délibérer avec lui-même. En revanche, les destinataires de la mesure sont privés de la faculté de mettre à l'épreuve les raisons d'agir et en particulier, leur réalité en amont de la prise de décision. Il en va ainsi non seulement lorsque l'employeur communique les motifs d'un acte de pouvoir sans consulter les salariés mais aussi lorsqu'il convoque ces derniers à un entretien préalable alors qu'ils n'auront pas été informés en temps utile de ces mêmes motifs. Il en ressort une apparence d'objectivité moindre de ce type d'extériorisation des raisons d'agir justifiant un contrôle d'objectivité plus rigoureux en cas de litige.

S'il est légitime de renforcer les capacités des destinataires de la mesure de mettre à l'épreuve les raisons d'agir, cela pourrait s'avérer à double tranchant dans la mesure où leur objectivité pourrait être davantage présumée. Partant, il serait plus difficile de combattre une telle présomption en cas de litige. Il y a donc là un arbitrage délicat à opérer qui demeure risqué pour le salarié si les conditions sont propices à ce qu'il se défende mieux.

Conclusion de titre

272. Les différents contextes d'extériorisation des raisons d'agir que charrient les procédures internes donnent à voir des degrés variables d'énonciation de celles-ci en fonction du degré de liberté de gestion laissé à l'employeur. Cette observation a permis de distinguer deux types de procédures, celles menées en présence des représentants des destinataires de la mesure et celles qui n'impliquent pas leur participation. Plus encore, là où s'applique le principe de participation aux choix de gestion de l'employeur, la discussion avec les représentants des destinataires de la mesure est de nature plus délibérative que dans les procédures où un tel principe n'a pas cours. Ainsi, une apparence d'objectivité plus forte est conférée aux raisons ayant été discutées dans le cadre d'un débat plus contradictoire faisant participer les représentants des salariés à l'élaboration de la décision et partant, à la construction des prémisses factuelles de celle-ci. En d'autres termes, leur objectivité est liée à l'idée de démocratie en entreprise.

Toutefois, l'étude des modalités temporelles de mise en œuvre des prérogatives des représentants des destinataires de la mesure permet de relativiser la nature plus délibérative des procédures impliquant leur participation aux choix de gestion. Partant, il convient de relativiser la portée attachée aux différentes procédures d'extériorisation des prémisses factuelles de la mesure projetée en cas de litige. Ainsi, le suivi d'une procédure qui laisse croire que les représentants du personnel délibèrent avec l'employeur sur ses raisons d'agir ne devrait pas justifier que le contrôle d'objectivité soit moindre. A tout le moins, l'existence de différents contextes d'énonciation des raisons d'agir ne devrait pas justifier un contrôle variable sur les raisons d'agir.

Conclusion de partie

273. L'analyse des dispositions légales et de la jurisprudence en rapport avec l'énonciation des raisons d'agir n'a pas permis d'identifier l'exigence d'objectivité d'une seule manière. Au contraire, celle-ci se révèle être à géométrie variable et rebelle à toute tentative de description par un cadre d'analyse rigide. Autrement dit, il n'y a pas une mais plusieurs objectivités en droit du travail en fonction des domaines étudiés. Néanmoins, toutes ne se valent pas dans la mesure où toutes n'impliquent pas le même effort d'explication de la rationalité du projet de décision. Alors qu'une motivation objective du licenciement pour motif personnel conduit l'employeur à relater les faits à l'origine de cette décision en respectant une unité de temps, de lieu et d'action, donc à se plier aux exigences d'un registre réaliste, tel n'est pas le cas de la justification de certaines différences de traitement. Ainsi, l'identification objective de catégories pertinentes de salariés bénéficiaires d'un avantage peut simplement reposer sur des critères imposés par le législateur dont le réalisme peut prêter à discussion. Il en va de même pour la motivation objective du licenciement pour motif économique et en particulier, des difficultés économiques dont le réalisme peut reposer sur des indicateurs comptables consacrés par le législateur alors que leur usage ne saurait suffire à persuader de la réalité de ces mêmes difficultés. Il s'en suit que l'objectivité peut être une exigence plus ou moins contraignante pour le pouvoir et par voie de conséquence, une exigence qui peut être plus ou moins substantielle voire, simplement formelle.

Examinée comme une qualité des raisons d'agir dépendant du suivi d'une procédure, l'objectivité échappe également à une description « monolithique » dans la mesure où elle est susceptible de degrés en fonction du degré d'adhésion recherché. Alors que l'entretien individuel implique davantage de rechercher un acquiescement du salarié, l'information-consultation et la négociation collective conduisent l'employeur à rechercher une adhésion plus franche de la part des représentants du personnel. Toutefois, l'étude des modalités de mise en œuvre des prérogatives de ces derniers a permis de relativiser la portée conférée à la recherche de ce type d'adhésion. Ainsi, la remise en cause de la capacité des représentants des destinataires de la mesure à éprouver la rationalité de la mesure de gestion projetée ne justifie pas que l'objectivité soit présumée à un degré plus élevé.

Partie 2 : La preuve des éléments avancés au soutien des raisons d’agir

269. Dans la pensée kantienne, est objectif ce qui a une réalité en soi et ce, indépendamment de la connaissance et de la volonté du sujet.⁷³⁰ C’est à cette acception que se rattache l’usage de la notion dans des sciences telles que la médecine. Plus encore, l’objectivité caractérise la démarche consistant à faire remonter le savoir de l’observation et de l’étude des phénomènes, autrement dit de l’expérience. De cette démarche empirique, la science tirerait son caractère objectif. Elle serait en ce sens ancrée dans la « réalité » et tendrait à lui être conforme. Or, la réalité est une propriété intrinsèque de la vérité, vérité qui est d’ailleurs définie par certains lexiques juridiques comme « ce qui est objectivement vrai. »⁷³¹

270. L’acception kantienne de l’objectivité innerve la théorie du procès. En effet, la manifestation de la « vérité » est l’une de ses finalités⁷³² même si l’on sait ce que cette quête a d’artificiel en ce sens que la « vérité » à laquelle s’attache le droit n’est qu’une vérité relative en raison de la nécessaire reconstitution –déformante– de la réalité dans les prétoires.⁷³³ Très classiquement, il convient d’apporter à cette occasion des éléments attestant de la véracité des faits et des actes soumis à l’appréciation des juges du fond. Dans cette perspective, il convient de s’assurer que les données avancées à titre de preuve soient fiables c’est-à-dire, dignes de confiance.⁷³⁴ Cette exigence n’est pas nouvelle⁷³⁵ même si elle a été remise au goût du jour avec l’apparition de nouveaux modes de preuve tels que l’écrit électronique.⁷³⁶

⁷³⁰ Sur cette question et l’étymologie de la notion, cf. « Objectivité » in Dictionnaire historique de la langue française, Tome 2, ss. la dir. A. Rey, Le Robert, 2012.

⁷³¹ V. par exemple, « Vérité » in Vocabulaire juridique, G. Cornu, ss. la dir. Association Henri Capitant, Quadriga, PUF, 11^{ème} éd., 2016.

⁷³² On trouve les traces d’une telle finalité dans l’article 10 du Code de procédure civile qui dispose que « chacun est tenu d’apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ».

⁷³³ Sur ce point, V. Ponsard, « Vérité et justice (la vérité et le procès) », rapport français, in La vérité et le droit, Travaux de l’Association Henri Capitant, Journées canadiennes, Tome 38, 1989, pp. 673 et s.

⁷³⁴ V^o « Fiable », G. Cornu, op. cit. Un autre synonyme de la fiabilité, on peut se référer à la foi définie comme « la force probante qui [se dégage d’un mode de preuve] » ou « la mesure dans laquelle le juge est tenu d’y croire. »

271. Si on est sensible à l'effort de faire la lumière sur le sens de l'exigence d'objectivité en droit du travail, s'assurer de la fiabilité de tout le processus de preuve est primordial. De manière plus précise, pareille qualité est prêtée aussi bien à un objet, à un procédé, qu'à une personne. Plus encore, la fiabilité de l'un accompagne et conditionne bien souvent celle de l'autre.⁷³⁷ Ainsi, prendre au sérieux la question de la fiabilité des données avancées au soutien des raisons d'agir c'est aussi prêter attention à la fiabilité des procédés de preuve utilisés, de même qu'à la fiabilité des personnes auxquelles l'employeur peut se référer. Partant, une telle vérification permet à l'employeur de désamorcer d'éventuelles critiques des salariés sur l'existence des éléments avancés au soutien des raisons d'agir de l'employeur. Certaines règles de preuve conduisent d'autant plus l'employeur à réfléchir en amont d'une mesure de gestion du personnel, à la fiabilité des données avancées au soutien de ses raisons d'agir. Il en va ainsi lorsque l'employeur supporte le risque de la preuve. Un tel risque naît notamment, de la règle sur le doute en matière de preuve de la cause réelle et sérieuse du licenciement.⁷³⁸ Le régime probatoire des discriminations illustre également le fait que l'employeur doit tout mettre en œuvre en amont de son action, pour justifier de la matérialité des données. En effet, dès lors que le salarié présente des éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination, le défendeur c'est-à-dire l'employeur la plupart du temps, doit prouver que son action repose sur des éléments objectifs étrangers à une discrimination.⁷³⁹

272. Si les procédés probatoires sont innombrables, une tendance de fond semble se dégager dans l'usage qui en est fait à l'aune de l'exigence d'objectivité. En effet, des techniques – des

« Foi », *ibid.*

⁷³⁵ En atteste les procédures de vérification d'écriture pour les actes sous seing privé et d'inscription de faux pour les actes authentiques.

⁷³⁶ On rappellera à ce titre que l'article 1366 du Code civil dispose que l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. La dernière condition posée par cet article est de celles qui dépassent, selon nous, le carcan de l'article qui l'abrite. L'intégrité de l'acte avancé à titre de preuve doit être garantie, ce qui implique de prêter attention à sa fiabilité.

⁷³⁷ V° « Fiable », G. Cornu, *op. cit.*

⁷³⁸ L1235-1 du Code du travail.

⁷³⁹ L1134-1 du Code du travail.

technologies ? - tendant à la reproduction fidèle d'une réalité mais aussi des savoirs annexes au droit sont largement sollicités à l'appui des décisions patronales.⁷⁴⁰ Or, cette tendance pourrait très bien être la conséquence de l'importance prise par l'exigence d'objectivité. En effet, l'employeur qui souhaite se prémunir d'éventuelles critiques et de tout risque de remise en cause de ses décisions, a tout intérêt à se fonder sur des éléments réputés objectifs car notamment emprunts de scientificité. A l'instar du juge qui peut être amené à se tourner vers l'expertise, l'employeur est également conduit à mobiliser des dispositifs issus de savoirs extra-juridiques pour s'assurer que les données énoncées à l'appui de ses raisons d'agir, ont été recueillies de manière fiable. Le recours à d'autres savoirs permet alors à l'employeur au même titre que le juge, « d'y trouver les méthodes appropriées de recherche de la vérité. »⁷⁴¹ Par conséquent, il est proposé dans un premier temps, d'évaluer la fiabilité des moyens de preuve utilisés par l'employeur lorsque l'objectivité des raisons d'agir est davantage attachée au savoir mobilisé.

(Titre 1)

273. Si l'employeur convoque toujours un savoir particulier à travers un procédé probatoire, il recourt également à des supports sur lesquels sont inscrites les données avancées à titre de preuve. Ceux-ci désignent tout moyen matériel, quelles qu'en soient la forme ou les caractéristiques physiques, permettant de recevoir, conserver ou restituer des informations ou des données.⁷⁴² Ainsi, la fonction première du support est la fixation d'un contenu sur un matériau qui lui garantira une certaine durabilité, et ce, au moyen d'une technique particulière d'inscription ou d'enregistrement. Le support désigne donc à la fois le substrat matériel de l'information et le mode de transcription ou de représentation de celle-ci. Eu égard au fait que certains supports procèdent à un traitement automatique de l'information utilisée à titre de preuve, la fiabilité de

⁷⁴⁰ La distinction ici suggérée entre techniques et savoirs recoupe celle plus traditionnelle qui est faite entre technique et science. Tandis que la technique désignerait un savoir « pratique », la science renverrait pour sa part à un savoir théorique. Séduisante, cette frontière est loin d'être convaincante en réalité. En effet, elle réside essentiellement dans le caractère stabilisé ou non des savoirs, cf. O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 443, 2005, p. 14.

⁷⁴¹ S. Gutwirth, « Sciences et droit de l'environnement. Quel dialogue ? », in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* ss la dir de F. Ost et S. Gutwirth, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1996.

⁷⁴² V° « Support » 3^e sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

celle-ci va dépendre de ceux-là. Tel est le cas en particulier, de certains supports de contrôle des salariés. Dans un second temps, il est donc proposé d'évaluer la fiabilité des moyens de preuve lorsque l'objectivité est plutôt attachée aux supports de contrôle des salariés. **(Titre 2)**

Titre 1 : L'objectivité attachée au savoir mobilisé

274. Si l'employeur souhaite conférer plus de crédibilité à son argumentation sur l'existence des données énoncées au soutien de ses raisons d'agir, il a tout intérêt à utiliser des procédés probatoires sous-tendus par des connaissances suffisamment étayées. Autrement dit, sur des savoirs reconnus. Défini comme un « ensemble de connaissances d'une personne ou d'une collectivité, acquis par l'étude, par l'observation, par l'apprentissage et/ou par l'expérience »,⁷⁴³ le savoir renvoie à toute forme de connaissances « acquises, d'expériences vécues dans un domaine, dans une discipline, dans une science, dans une profession. »⁷⁴⁴ Il en ressort que le savoir ne rime pas nécessairement avec une connaissance scientifique ou académique. Toutefois, l'enjeu probatoire est d'établir la vraisemblance des faits allégués de la façon la plus efficace possible.⁷⁴⁵ Ainsi, la capacité de l'employeur, débiteur de la charge de la preuve, à convaincre est limitée lorsque le moyen de preuve employé est jugé peu fiable. A l'évidence, les moyens de preuves les plus fiables sont ceux qui reposent sur des connaissances scientifiques reconnues. Certes l'exigence d'objectivité à laquelle est tenu l'employeur ne l'oblige pas à faire preuve de rectitude scientifique à l'instar d'un chercheur mais, pareille exigence l'incite tout de même à se référer à un savoir suffisamment probant aux yeux des juges du fond. L'employeur est donc conduit par ladite exigence à faire preuve de rigueur dans la justification de ses choix de gestion du personnel. En effet, seuls les dispositifs, méthodes ou techniques issus de savoirs jugés fiables par le droit du travail permettent à l'employeur de justifier les données énoncées au soutien de ses raisons d'agir. Il convient donc d'examiner sur ce qui est considéré comme étant un savoir fiable du point de vue du droit et du droit du travail en particulier.⁷⁴⁶ En d'autres termes, il s'agit de sonder ce qui contribue à conférer une certaine autorité juridique aux savoirs dont sont issus les dispositifs de contrôle ou d'évaluation utilisés par l'employeur pour justifier les données alléguées au soutien de sa décision.

⁷⁴³ V° « Savoir » 1^{er} sens a), TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁷⁴⁴ V° « Savoir » 1^{er} sens b), *ibid.*

⁷⁴⁵ D. Ammar, « Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique », RTD civ. 1993, p.508 et 509.

⁷⁴⁶ Sur le concept de légalité scientifique, cf. O. Leclerc, *op. cit.*, n° 241.

275. Une telle démarche conduit à examiner les facteurs de reconnaissance juridique d'un savoir c'est-à-dire les conditions dans lesquelles un savoir acquiert droit de cité en général, et en particulier dans l'entreprise. (**Chapitre 1^{er}**) Outre la mobilisation d'un savoir reconnu, l'employeur peut également prendre appui sur le savoir détenu par un tiers. Dans cette hypothèse, la fiabilité des éléments de preuve dépend de certaines qualités attachées à celui-ci ainsi qu'au savoir dont il rend compte. (**Chapitre 2nd**)

Chapitre 1 : La reconnaissance du savoir

276. La reconnaissance d'un savoir spécifique en tant que mode de connaissance réputé fiable constitue une opération dont le statut doit être précisé. A ce titre, il importe de rechercher si ce savoir spécifique relève d'une science, c'est-à-dire d'un "mode de connaissance visant l'objectivité"⁷⁴⁷ au sens de vérité. En effet, si l'employeur entend maximiser ses chances de prouver l'existence des données qu'il allègue au soutien de sa décision, il est nécessaire que son discours s'appuie sur une « connaissance reconnue comme juste » ou « conforme à son objet ». ⁷⁴⁸ Se pose alors la question de la source de cette reconnaissance. Autrement dit, si la scientificité du savoir dépend d'une adhésion, d'où émane-t-elle ? Qui peut se porter garant de la crédibilité d'un savoir ?

277. Sans vouloir entrer dans un débat qui dépasse le cadre du droit, il convient de se demander ce qui permet d'élever un savoir au rang, si ce n'est de science, de discipline académique suffisamment fiable pour être exploitée par l'employeur. ⁷⁴⁹ Doit-il s'agir nécessairement d'un savoir académique faisant l'objet d'un enseignement ? D'un point de vue formel, la reconnaissance d'une discipline académique suppose une intervention étatique. En ce sens, les disciplines académiques sont reconnues en France par voie d'arrêté. ⁷⁵⁰ Elles constituent au sein du Conseil national des Universités (CNU) des sections numérotées réunies en groupes et classées selon trois catégories (droit, économie et gestion ; lettres et sciences humaines ; sciences). D'un point de vue substantiel cette fois, une discipline académique peut être perçue comme « la revendication d'un découpage du réel résultant de la spécialisation et de la professionnalisation croissantes du travail scientifique ; un ensemble de

⁷⁴⁷ N. Baillargeon, *Petit cours d'autodéfense intellectuelle*, Lux, coll. « Instinct de liberté », 2005, p. 244.

⁷⁴⁸ V° "Vérité", 1er sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁷⁴⁹ En effet, l'existence d'un tel débat s'explique par l'absence de définition universellement partagée de ce qu'est la « science ». Cf. N. Baillargeon, op. cit., p. 172.

⁷⁵⁰ V. par exemple l'arrêté du 29 juin 1992 fixant la liste des sections, des sous-sections et des options ainsi que le nombre des membres de chaque section et sous-section des groupes du Conseil national des universités pour les disciplines médicales, odontologiques et pharmaceutiques.

savoirs, de langages et de manières de faire plus ou moins spécialisés fonctionnant comme normes scientifiques et sociales ».751

278. Les voies de caractérisation, formelles ou substantielles, de la discipline académique sont, de toute évidence, insuffisantes à l'analyse de l'action de l'employeur lorsqu'il recourt à ce qu'il identifie comme un savoir. Pourtant, si le savoir mobilisé constitue une discipline académique et donc un savoir « institutionnalisé », il est fort probable qu'il sera plus aisé pour lui d'emporter la conviction. De ce postulat, il résulte que certains « savoirs » n'ont pas de droit de cité dans l'entreprise en dépit de la prétention de certains employeurs de leur attribuer une certaine crédibilité ou objectivité. Cette qualité semble en effet exclue lorsqu'un consensus existe dans la communauté scientifique pour leur refuser cette qualification. Il apparaît ainsi, qu'au-delà des questionnements relatifs à l'éventuelle appartenance à une discipline académique, c'est bien la scientificité du « savoir » invoqué qui doit être appréciée.

279. Sans prétendre dresser une liste exhaustive des « savoirs » qui ne permettent pas de satisfaire l'exigence d'objectivité, il est possible d'en dresser une carte approximative au travers des qualités dont ils sont dépourvus. Cela suppose d'identifier des critères de scientificité, critères qui permettraient donc d'exclure l'usage de certains savoirs, ainsi que les méthodes et techniques sur lesquelles ils sont fondés, en tant que preuves de l'existence d'éléments objectifs. L'objet d'une telle analyse est ainsi de mieux délimiter les savoirs exclus des savoirs réputés plus fiables ou raisonnablement fiables et ce, afin de donner du sens à l'exigence d'objectivité en droit du travail. Plus encore, un tel travail de délimitation invite à adopter une conception rigoureuse de l'exigence d'objectivité du savoir mobilisé par l'employeur pour prouver l'existence des faits allégués au soutien de ses raisons d'agir.

280. La scientificité d'un discours peut résulter de plusieurs critères d'appréciation. Sans prétendre à l'exhaustivité on peut citer à titre d'exemple, cinq critères de vérification de la scientificité d'une proposition scientifique tels que dégagés par deux philosophes des sciences.⁷⁵²

⁷⁵¹ R. Boure, « Réflexions autour de l'institutionnalisation des disciplines, Sciences de l'information et de la communication versus économie ? », Communication 2005, vol. 24/1, pp. 9-37.

⁷⁵² T. Schick et L. Vaughn, *How to think about Weird Things – Critical Thinking for a New Age*, McGraw-Hill Education, 7e éd., 2013, p. 235-240. Les auteurs se servent de certains critères de scientificité au soutien d'un

Le premier d'entre eux est la testabilité. A travers ce critère, il s'agit d'évaluer si la proposition est vérifiable pour déterminer si elle est vraie ou fausse. Le deuxième critère de scientificité c'est la fécondité de la proposition. Par ce critère, il s'agit d'éprouver la capacité de la proposition à faire des prédictions observables, précises et surprenantes ou inattendues. Si tel est le cas, une proposition féconde est toujours jugée plus intéressante que d'autres, qui seraient dépourvues de cette qualité. Le troisième critère d'appréciation de la scientificité d'une proposition ou d'un discours c'est *l'étendue* de cette dernière. Ainsi, plus une hypothèse, assertion ou théorie explique de choses, plus est étendu le champ des phénomènes où elle s'applique, meilleure elle est. La simplicité de la proposition mérite également d'être citée. En effet, une proposition qui nous oblige à présumer moins d'éléments incertains doit être préférée. Enfin, le conservatisme peut être évoqué. Il s'agit cette fois de privilégier les propositions cohérentes avec les savoirs les mieux fondés par rapport aux propositions qui ne le sont pas.⁷⁵³

281. Parmi l'ensemble des critères présentés, seuls deux apparaissent particulièrement importants à l'appui d'une réflexion critique sur la reconnaissance du savoir utilisé par l'employeur à des fins de justification. Il s'agit de la fécondité et de *l'étendue* du savoir invoqué par l'employeur comme preuve de l'existence d'éléments objectifs. Ces deux critères d'appréciation de l'objectivité du savoir peuvent être regroupés autour d'une seule variable, celle du temps. En effet, la fécondité teste la capacité prédictive d'une proposition ou d'une théorie. Autrement dit, la fécondité éprouve la capacité à dire ce qui va se passer. Il s'agit là d'ailleurs de l'une des finalités de la science.⁷⁵⁴ Ainsi, un haut degré de fiabilité est attaché à

jugement critique sur les croyances liées au « paranormal », au « surnaturel » et au « mystérieux ». Ainsi, les critères proposés permettent de distinguer la connaissance de l'opinion, la science de la pseudo-science et la preuve de la rumeur. En fin de compte, les auteurs proposent ainsi de discerner le vrai du faux et le rationnel de l'irrationnel.

⁷⁵³ Sur ces critères, *ibid.* La question de la scientificité d'un discours a également fait l'objet d'analyses outre-Atlantique où, contrairement à la France, il appartient au juge de « décider quelle est la vraie science ». O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, t. 443, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », 2005. Dans le célèbre arrêt *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, la Cour suprême des Etats-Unis a ainsi proposé quatre critères d'appréciation de la scientificité d'un savoir. On y retrouve la testabilité à laquelle s'ajoute le critère tiré du *taux d'erreur* connu ou seulement potentiel ainsi que deux autres critères *d'ordre procédural*. Le premier implique de se demander si la théorie ou la technique a été soumise à *l'évaluation des pairs et à la publication* et le deuxième, si la théorie ou la technique est communément acceptée dans la communauté scientifique de référence. *V. Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 28 juin 1993, 509 U.S. 579 (1993). Cité par O. Leclerc, *op.cit.*, p. 375 s.

⁷⁵⁴ N. Baillargeon, *op.cit.*, p. 245 : « La science cherche à connaître des phénomènes. Pour cela, elle établit entre eux des relations constantes exprimées par des lois. Ces phénomènes et ces lois sont à leur tour expliqués et

un savoir prédictif. Quant à *l'étendue*, ce critère permet de tester la capacité des lois et théorèmes formant un savoir à expliquer ce *qui s'est passé*. Autrement dit, l'étendue éprouve la valeur explicative d'un savoir.⁷⁵⁵ En somme, fécondité et étendue sont respectivement les critères d'appréciation de la capacité d'un savoir à prédire le futur et à expliquer le passé.

282. Compte tenu de la nature de certaines mesures de gestion du personnel, il est nécessaire de s'assurer soit de la valeur prédictive soit de la valeur explicative du savoir ou de la connaissance fournie par l'employeur comme preuve de l'existence d'éléments objectifs au soutien de ces mesures. Pareille réflexion critique s'avère en particulier utile pour les procédés d'évaluation utilisés par l'employeur compte tenu de leur capacité à porter préjudice au salarié alors que leur valeur prédictive ou explicative peut être discutable. En effet, certaines décisions ou actions de l'employeur sont prises sur le fondement d'anticipations sur l'avenir comme le recrutement ou le licenciement pour sauvegarde de la compétitivité. L'objectivité de ces mesures de gestion du personnel mérite alors être analysée au regard de la valeur prédictive des évaluations sur lesquelles elles sont fondées. **(Section 1)** D'autres mesures patronales sont prises quant à elles en comparant une situation présente par rapport à des faits passés. Il en va ainsi par exemple, du licenciement pour insuffisance professionnelle comme du licenciement pour difficultés économiques mais aussi des différences de traitement entre catégories de salariés. Il s'agit alors d'analyser l'objectivité de ces mesures à la lumière de la valeur explicative de la comparaison elle-même. **(Section 2)**

Section 1 : La valeur prédictive des procédés d'évaluation

283. Sans que l'employeur ait à produire des énoncés aussi prédictifs qu'un chercheur, il reste que l'exigence d'objectivité l'oblige à faire preuve d'une certaine rigueur dans ses choix. Cela vaut particulièrement pour les mesures de gestion du personnel qui reposent sur des prévisions. En effet, lorsque les raisons énoncées se fondent sur des conjectures, il convient d'étudier la valeur prédictive ou raisonnablement prédictive des procédés probatoires utilisés par l'employeur pour justifier de la réalité desdites conjectures ou prévisions. La variabilité de

compris dans de vastes réseaux de concepts interreliés appelés des théories. (...) Finalement par ces lois et ces théories, la science est parfois capable de prédire (...) les phénomènes qu'elle étudie (...). ».

⁷⁵⁵ Ibid., p. 258.

cette valeur est la conséquence de l'hypothèse développée dans la présente étude, à savoir l'existence de savoirs plus ou moins reconnus comme objectifs.⁷⁵⁶

284. Deux catégories de procédés méritent de faire l'objet d'une évaluation de leur valeur ou qualité prédictive. Ainsi, il convient d'examiner la qualité prédictive des procédés d'évaluation professionnelle, procédés dans lesquels la visée prédictive est particulièrement saillante. (**Paragraphe 1^{er}**) A côté de l'évaluation professionnelle, les procédés d'évaluation comptable de l'entreprise constituent un second moyen de preuve dont la capacité prédictive doit être éprouvée. (**Paragraphe 2nd**)

Paragraphe 1^{er} : La qualité prédictive des procédés d'évaluation prospective des salariés

285. L'évaluation professionnelle peut être rétrospective ou prospective. Pour l'heure, elle sera abordée uniquement sous l'angle prospectif, à savoir quand elle « précède et détermine l'attribution d'un poste à un salarié. »⁷⁵⁷ Sont ainsi visés les dispositifs utilisés pour « prédire » ou anticiper les qualités professionnelles du candidat tels que les dispositifs d'évaluation au stade du recrutement comme du développement de carrière. Plus encore, c'est la qualité du pronostic établi par ces dispositifs sur le devenir professionnel du candidat, qui détermine la validité scientifique de la méthode employée. Pour G. Lyon-Caen, une telle validité de la méthode d'évaluation devrait également correspondre à sa validité juridique dès lors qu'il s'agit d'évaluer un tiers pour l'accès à un emploi.⁷⁵⁸ C'est ainsi que l'éminent auteur préconisait que l'évaluateur soit comptable envers celui qu'il évalue de la rectitude scientifique des procédés qu'il utilise, à la manière des médecins qui sont obligés de donner les soins « conformes aux données acquises de la science ».⁷⁵⁹ Il s'en suit que l'évaluateur ne devrait mettre en œuvre que des méthodes ayant fait la preuve de leur valeur plus ou moins prédictive.

⁷⁵⁶ Cf. supra, n°

⁷⁵⁷ M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl, Paris Nanterre, 2016 n° 522.

⁷⁵⁸ Rapport G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi* – Rapport au ministre du travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, La documentation Française, coll. « Rapports officiels », 1992, p. 104.

⁷⁵⁹ Ibid.

286. Même si aucun texte juridique ne prévoit de principe de validité scientifique à l'égard des techniques d'évaluation, une circulaire de 1993 exige néanmoins qu'elles attestent d'un « degré raisonnable de fiabilité » déterminé par l'importance de la marge d'erreur.⁷⁶⁰ Il en résulte une exigence de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation figurant également dans la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, convention ratifiée par la France en 1985. En effet l'article 5 c) de ladite convention énonce que : « les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. ». Dans le même sens, la loi dite « informatique et libertés » dispose qu'un traitement ne peut porter que sur des données « adéquates, pertinents et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et leurs traitements ultérieurs »⁷⁶¹. Au travers de cette exigence de pertinence faisant écho à la notion de validité scientifique, l'exigence d'objectivité des méthodes d'évaluation et donc la nécessité d'être pourvue d'une valeur raisonnablement prédictive demeurent bien présentes.

287. Certes, l'objectivité des méthodes de sélection professionnelle ne doit pas se résumer à leur qualité prédictive mais au fait qu'elles résultent d'une délibération.⁷⁶² Il n'empêche toutefois que la question de la validité scientifique desdites méthodes est une question importante, un préalable nécessaire à toute délibération sur les résultats obtenus. Il est donc essentiel de faire le point sur les méthodes et techniques utilisées et partant, des savoirs mobilisés lors du recrutement ou de l'évolution de carrière. Il s'agit alors d'évaluer *l'évaluation*, c'est-à-dire « d'exposer selon quels critères on peut affirmer expérimentalement qu'une méthode est 'pertinente' ou encore pourvue d'un minimum de 'validité prédictive', répondant ainsi à la question : comment s'assurer d'une corrélation entre le pronostic de l'évaluateur et la réalité ultérieurement connue ? »⁷⁶³ D'après le rapport de G. Lyon-Caen, la méthode d'évaluation devrait obéir à certaines qualités. La première doit être la fidélité. Ainsi, le dispositif doit reposer sur des informations indépendantes de celui qui les emploie et constantes si on les emploie plusieurs fois à l'égard de plusieurs candidats. La fidélité relève

⁷⁶⁰ Circulaire DRT 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles.

⁷⁶¹ Art. 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁷⁶² Cf. supra n° 167.

⁷⁶³ Rapport G. Lyon-Caen, op.cit., p. 92.

donc de la cohérence interne du procédé. Outre la fidélité, la validité prédictive du dispositif dépend de son pouvoir discriminant, soit l'aptitude à classer les candidats entre eux en vue de les sélectionner ou de les exclure du recrutement. Enfin, une telle validité est également fonction de sa pertinence, à savoir que les informations fournies doivent être utiles pour la décision à prendre (l'embauche sur un poste de travail bien défini) ou encore adéquates à celle-ci. Ainsi, la méthode doit fournir tout ce qui est nécessaire au décideur et rien que ce qui lui est nécessaire.⁷⁶⁴

288. Il reste que la valeur prédictive de certaines méthodes d'évaluation est fortement controversée en raison de leur caractère trop hasardeux. Il s'agit des méthodes divinatoires ou « symboliques », méthodes consistant à pronostiquer le devenir professionnel d'une personne à partir de certains signes ou symboles censés le révéler. La qualité de pertinence fait ainsi défaut lorsque sont utilisées des méthodes aux résultats nécessairement aléatoires, telles que l'astrologie, la numérologie, la morphopsychologie voire la graphologie. A cet égard, ces savoirs dénués de valeur prédictive, peuvent être qualifiés de pseudo-scientifiques. **(A)** S'il apparaît aisé de nommer les savoirs et méthodes n'ayant pas de validité prédictive, il n'est en revanche, pas possible de soutenir qu'un seul savoir ou une seule méthode d'évaluation est totalement prédictive ou fiable. Pour cette raison, il serait difficile d'opposer savoirs exclus et savoirs admis. Il convient plutôt d'évaluer dans un second temps, la valeur prédictive des savoirs ou méthodes réputés raisonnablement fiables. **(B)**

A. Un usage critiquable des procédés issus des pseudo-sciences

289. L'usage de certaines méthodes irrationnelles ou symboliques dans le recrutement comme l'astrologie ou encore la graphologie a été plusieurs fois souligné.⁷⁶⁵ Le recours à ces savoirs qualifiés de pseudo-scientifiques⁷⁶⁶ s'explique par l'importance accordée par

⁷⁶⁴ A cet égard, le rapport de G. Lyon-Caen cite les travaux des psychologues v. Bruchon-Schweitzer : « L'évaluation de la personnalité dans la sélection du personnel » in *Traité de psychologie du travail* de C. Lévy-Leboyer et Spérando, PUF, 1987. Du même auteur, « L'irrationnel et le rationnel dans le recrutement » *Journal des psychologues*, 1987-1988, p. 53.

⁷⁶⁵ Cet usage a été notamment relevé par le rapport de G. Lyon-Caen, op. cit., p. 97. Cependant, l'emploi de ces méthodes est ancien. En 1963, un auteur remarquait ainsi que la période d'essai était parfois l'occasion de faire procéder à des examens de type « psychologiques, graphologiques, psychotechniques » permettant l'attribution du poste, H. Sinay, « Le travail à l'essai », *Dr. soc.* 1963, p. 151. V. aussi les travaux de Mme Levy-Leboyer et Bruchon-Schweitzer, op. cit. ; Des mêmes auteurs, v. également, *Les méthodes d'évaluation du personnel* utilisées pour le recrutement en France, Enquête pour le MEN 1991, 20, n°1.

⁷⁶⁶ A la suite des travaux de Karl Popper c'est le critère de la falsifiabilité qui permet de distinguer la science de

certaines entreprises à la personnalité des candidats ou plutôt à la recherche de certains stéréotypes qui contribuent à nourrir des préjugés sur la personne.⁷⁶⁷ En effet, ces différentes pseudo-sciences ont pour point commun de conduire à des inférences sur la personnalité du candidat à l'emploi à partir de certains symboles ou signes liés à sa personne. Or, il a été établi que leur validité prédictive du point de vue de la détermination des compétences du salarié est nulle.⁷⁶⁸ De surcroît, tirer des conclusions sur la personnalité du candidat laisse à penser que celle-ci est immuable, permanente, ce qui est en soi discutable.

Malgré le caractère pseudo-scientifique maintes fois établi des méthodes symboliques, une irréductible ambiguïté juridique persiste à leur égard, une ambiguïté préjudiciable à un recrutement rationnel. (1) Ainsi, le silence du droit sur le sort des méthodes de recrutement symboliques a conduit à une légitimation discutable de la graphologie. (2)

1) Une ambiguïté juridique persistante à l'égard des pseudo-sciences

290. En dépit des nombreux travaux scientifiques relayés par le rapport de G. Lyon-Caen sur l'absence de prédictivité des méthodes symboliques comme l'astrologie, la morphologie ou la numérologie, il peut sembler étonnant que le droit ne condamne pas de manière explicite ces méthodes pseudo-scientifiques lorsqu'elles sont utilisées sur un tiers, à savoir sur un candidat à l'emploi. Un tel silence ambigu fait dire à un auteur que « les méthodes

la pseudo-science, c'est-à-dire, la capacité d'un savoir à faire des prédictions qu'on peut tester par l'expérience et qui pourraient être contredites par elle. Une théorie scientifique est donc falsifiable parce qu'il est possible de la découvrir fautive. A contrario, la marque de la pseudo-science est la certitude absolue. Les pseudo-scientifiques ne font que découvrir des confirmations de leurs idées dans toute expérience. Le critère de la falsifiabilité a cependant ses limites. V. K. Popper, *Logique de la découverte scientifique*, 1935, trad. fr. 1973, rééd. Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1995. A la suite des travaux du physicien et philosophe Mario Bunge, une autre grille de lecture peut être avancée. L'auteur défend une distinction sur une échelle de degrés à partir des pseudo-sciences dont la valeur prédictive est égale à zéro ou trop aléatoire, aux sciences les plus crédibles, en passant par les proto-sciences ou sciences moins assurées en voie de développement. Ainsi, l'auteur met en exergue les controverses sur la qualification de certains savoirs dans ces catégories. Sans proposer un critère de démarcation entre sciences et pseudo-sciences, M. Bunge avance aussi une pluralité de facteurs d'identification d'une pseudo-science parmi lesquels une épistémologie qui admet des possibilités cognitives paranormales, des arguments d'autorité et une production arbitraire de données afin de protéger un dogme, un arrière-plan formel très pauvre ou purement ornemental ou encore l'absence de champ de recherche continue. En somme, la pseudo-science est stagnante. Elle est isolée et fermée sur la tradition. Elle n'évolue pas à la suite de résultats de recherche et n'apporte rien aux autres savoirs. M. Bunge, *Finding philosophy in Social Science*, New Haven : Yale University Press, 1996, p. 207-208.

⁷⁶⁷ Pareille explication a été mise en avant par le rapport G. Lyon-Caen, op. cit. p. 100.

⁷⁶⁸ V. les travaux des psychologues du travail cités par le rapport G. Lyon-Caen, op.cit., p. 97-98.

irrationnelles ne sont pas par elles-mêmes nécessairement illégales ».769 Ce qui est explicitement illégal c'est l'absence de transparence c'est-à-dire, l'absence d'information préalable du candidat à l'embauche sur leur usage. Ainsi, s'agissant de la fiabilité ou de la pertinence de la méthode d'évaluation utilisée, la circulaire de 1993 laisse le soin aux juges d'apprécier cette qualité à l'aune des travaux de l'AFNOR. Or à ce jour, la Cour de cassation de même que les cours d'appel ne se sont pas prononcées sur l'illicéité des méthodes symboliques telles que l'astrologie lors du recrutement ou du licenciement. Autrement dit, il n'y a pas de jurisprudence sur l'illicéité de ce type de procédé lorsqu'on y recourt sur la personne d'un tiers pour évaluer ses qualités professionnelles. Ce vide jurisprudentiel peut s'expliquer par l'usage clandestin ou inavoué de certaines méthodes pseudo-scientifiques. D'où une difficulté d'ordre probatoire comme l'illustre par ailleurs, un arrêt du 26 janvier 2011 rendu par la cour d'appel de Versailles. En l'espèce, il était fait état de pratiques obscures d'un employeur qui commandait des extraits d'acte de naissance de ses collaborateurs, à leur insu, afin d'établir leur thème astral.770 S'il n'était pas soutenu que le salarié avait été licencié à raison de son thème astral et que l'employeur a été finalement condamné pour atteinte à la vie privée et pour exécution déloyale du contrat de travail, il n'en est pas moins certain que l'astrologie ne peut fonder l'exercice par l'employeur de son pouvoir à l'égard de ses salariés en raison de son absence de pertinence. En effet, l'exigence légale de pertinence des méthodes s'y oppose puisqu'elle permet « d'éviter le recours à des techniques peu fiables de recrutement ou d'évaluation ».771 Pour autant la loi n'institue pas de principe de validité scientifique des méthodes employées, à l'inverse de ce que proposait le rapport de Gérard Lyon-Caen.772 En outre, les difficultés probatoires sont occultées. Ainsi, il n'existe aucune disposition légale spécifique relative à la charge ou aux moyens de preuve de la rationalité du procédé utilisé.

291.L'absence de mise en cause explicite de ces procédés témoigne d'une faible prise en considération de la valeur prédictive du processus de recrutement. En effet, l'objectivité du recrutement devrait dépendre de la rectitude scientifique des procédés d'évaluation dont l'évaluateur serait comptable. Pour satisfaire à ce critère de validité scientifique, l'exigence

⁷⁶⁹ Y. Rousseau, Répertoire droit du travail, « Agences d'emploi », Chap. 2 « Agences d'emploi privées », Section 2, art. 4 §2 « Pertinence des méthodes : tests et questionnaires », C. « Procédés irrationnels », pt. 152.

⁷⁷⁰ CA Versailles, 26 janvier 2011, n° 09/04475.

⁷⁷¹ Circulaire DRT 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles, p. 5.

d'objectivité d'une mesure de gestion du personnel doit permettre de jeter un pont entre un savoir communément admis et l'ordre juridique. Cette référence au savoir communément admis devrait alors conduire, en matière d'évaluation des salariés, à admettre les méthodes issues du savoir psychologique et à rejeter les méthodes issues des savoirs irrationnels. Cela signifie que l'employeur ne devrait pas appliquer aux salariés des méthodes d'évaluation dont la validité scientifique est incertaine voire nulle. A cet égard, le rapport de Gérard Lyon-Caen optait clairement pour un degré élevé de rigueur dans les décisions de recrutement en ces termes : « la validité scientifique d'une méthode coïncide nécessairement avec sa validité juridique, mieux : elle la conditionne. »⁷⁷³ Toutefois, pareille exigence de rigueur n'a pas été adoptée par la loi du 31 décembre 1992 faisant suite à ce rapport.⁷⁷⁴ Tout au plus, l'exigence de pertinence figurant dans la loi est interprétée par la circulaire de 1993 comme une exigence que les méthodes et techniques d'évaluation aient un degré raisonnable de fiabilité. A cet égard, la circulaire exclut celles qui comportent une marge d'erreur importante. S'agissant des méthodes d'évaluation prospective en particulier, c'est plus précisément leur absence voire leur faible degré de prédictivité qui devrait justifier leur exclusion.

Autant l'exclusion de certaines pseudo-sciences comme l'astrologie, la numérologie ou la morphologie paraît assurée,⁷⁷⁵ autant d'autres pseudo-sciences ont profité du silence du législateur pour continuer à prospérer. Ainsi, l'ambiguïté juridique à l'égard des méthodes irrationnelles ou symboliques de recrutement du personnel a permis un début de légitimation d'une pseudo-science : la graphologie.

2) Une légitimation discutable de la graphologie

292. La graphologie ne doit pas être confondue avec l'expertise en écriture qui est une technique d'investigation visant à attribuer un écrit manuscrit à son scripteur, qu'il s'agisse d'identifier judiciairement l'auteur d'un écrit anonyme ou d'attribuer historiquement des documents manuscrits. La graphologie repose plutôt sur des inférences entre l'écriture et les

⁷⁷² Rapport G. Lyon-Caen, op.cit., p. 104.

⁷⁷³ Ibid.

⁷⁷⁴ J. Grinsnir, « Les dispositions nouvelles relatives 'au recrutement individuel et aux libertés individuelles' (loi du 31 décembre 1992) », Dr. ouvr. 1993, p. 237 ; J.-E. Ray, « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », Dr. Soc. 1993, p. 103 ; G. Adam, « Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel Ray », Dr. Soc. 1993, p. 333.

⁷⁷⁵ Comme l'affirment d'ailleurs certains ouvrages pratiques en droit du travail. V° « Etudes sur les dispositifs d'évaluation », Editions législatives : « les méthodes non « scientifiques » (astrologie, numérologie...) doivent

traits de personnalité. Or, la validité prédictive de telles inférences a été maintes fois fustigée. En effet, un très grand nombre d'études reposant sur une méthode expérimentale scientifique a démontré que les propositions et résultats obtenus par la graphologie sont invalides.⁷⁷⁶ Outre ces conclusions reposant sur des démarches expérimentales, d'autres facteurs tenant aux présupposés de la méthode graphologique peuvent être avancés à l'appui de son exclusion pour apprécier les traits de personnalité et partant, pour évaluer les qualités professionnelles. En effet, ces présupposés sont fondés sur des préjugés puisque la méthode graphologique s'est construite au départ sur une comparaison entre l'écriture de personnes célèbres dites « supérieures » et des personnes jugées « médiocres ».⁷⁷⁷ Par ailleurs, la graphologie incorpore trop souvent les données issues d'autres savoirs comme la psychologie ou la psychanalyse. Or, le recours fréquent à d'autres savoirs est révélateur de l'absence de fécondité du savoir graphologique, ce qui témoigne à nouveau en faveur de l'exclusion de cette méthode.⁷⁷⁸ Enfin, la graphologie n'est pas crédible en raison de la généralité des « types » de personnalité identifiés.⁷⁷⁹ Appliquée pour évaluer les compétences professionnelles, la graphologie aboutit à l'énonciation de qualités peu précises faisant fi de la spécificité des relations professionnelles qui ne peuvent se confondre avec les relations ordinaires et qui peuvent être différentes en fonction de chaque entreprise et des conditions de travail du salarié qui est par ailleurs, privé de toute possibilité de contradiction. Plus encore, la graphologie conduit à une appréciation extra-professionnelle, ce qui soulève une nouvelle question liée à la pertinence du procédé : celle de son adéquation par rapport à la finalité

être écartées. »

⁷⁷⁶ R. Driver, M. Ronald Buckley, D. Frink, « Should we write off graphology ? », *International Journal of Selection and Assessment*, Avril, 1996, vol. 4, n° 2, p. 78 ; Les auteurs citent plusieurs études concluant à l'absence de valeur prédictive de la graphologie. Ils renvoient notamment aux études de : D. Lester, S. McLaughlin and G. Nosal, « Graphological signs for extroversion », *Perceptual and Motor Skills*, 1977, 44, p.137-138 ; R.E Vestewig, A.H Santee and M.K Moss, « Validity and student acceptance of Graphoanalysis approach to personality » *Journal of Personality Assessment* 1976, 40, p. 592-598 ; G. Ben-Shakkhar, M. Bar-Hillel, Y. Bilu, E. Ben-Abba and A. Flug, « Can graphology predict occupational success ? Two empirical studies and some methodological ruminations », *Journal of Applied Psychology*, 1986, 71, p. 643-653 ; P.E Green, V. R Rao and D. E Armani « Graphology and marketing research : A pilot experiment in validity and inter-judge reliability », *Journal of Marketing* 1971, 35, p. 58-62 ; D. Kravitz, S. Stinson and T. Chavez « Evaluation of tests used for making selection and promotion decisions » *International Journal of Selection and Assessment*, 1995, 4 (I) ; plus récemment voir une autre étude dont les conclusions sont également négatives sur la valeur prédictive de la graphologie N.R King, J.D Koehler, « Illusory correlations in graphological inference », *Journal of Experimental Psychology Applied*, 2000, 6 (4), p. 336-348.

⁷⁷⁷ E. Marchal, « Compétence et graphologie : la mise en valeur de la personnalité », in M.-Ch. Bureau et E. Marchal (dir.), *Au risque de l'évaluation – Salariés et candidats à l'emploi soumis aux aléas du jugement*, Presse Universitaires du Septentrion, 2005, p. 54.

⁷⁷⁸ Ibid.

⁷⁷⁹ E. Marchal, art. cit.

recherchée, à savoir apprécier les aptitudes professionnelles des salariés. A cet égard, le rapport Gérard Lyon-Caen avait identifié le problème d'immixtion dans la vie privée du salarié que peut provoquer l'analyse graphologique. Il en résulte son absence de pertinence par rapport à la finalité recherchée.⁷⁸⁰

293.Malgré toutes ces raisons d'exclure la graphologie des méthodes de sélection du personnel, cette méthode s'est répandue comme méthode de présélection des candidats. L'économie du jugement a été un facteur explicatif important. En effet, la graphologie constitue un gain de temps pour l'employeur dans la mesure où elle le dispense d'une analyse préalable du travail ainsi que de mettre au point des procédures d'évaluation plus coûteuses comme la mise en situation fictive au travail. Un début d'institutionnalisation de la graphologie peut même être observé grâce à l'adoption de la norme AFNOR NFX 50-767 qui encadre son usage. Ainsi, la graphologie y est reconnue en tant qu'outil d'aide à la sélection professionnelle ayant sa place parmi les techniques utilisées dans le processus de recrutement. Cette légitimation par l'AFNOR n'est pas dénuée d'importance à la lumière de la circulaire du 15 mars 1993 en vertu de laquelle « les travaux menés par l'AFNOR, dans [le domaine de la pertinence de la méthode] seront, entre autres, de nature à éclairer, le cas échéant, le juge. »⁷⁸¹ Toutefois, la norme soumet le recours à la graphologie à certaines exigences. Une attention toute particulière est portée d'une part, aux qualités des graphologues qui doivent faire état d'une formation, d'une connaissance du milieu de l'entreprise, d'une expérience professionnelle et qui doivent s'engager à respecter un code de déontologie professionnelle. D'autre part, les modalités de travail du graphologue sont définies. Ainsi, celui-ci doit utiliser la description du poste et du profil et, le cas échéant, d'autres éléments, comme des manuscrits originaux de moins d'un an. De même le graphologue doit travailler à partir du curriculum vitae du candidat.⁷⁸² Enfin, la norme précise que l'étude graphologique ne peut constituer le critère principal sur lequel l'évaluation d'un cabinet de recrutement peut être fondée. Ainsi, la validité scientifique et par conséquent, la valeur prédictive de la graphologie ne semble donc pas, par principe, exclue par les normes AFNOR. Pourtant, malgré ce début de légitimation de la graphologie par les normes AFNOR, cette même institution est claire : les tris graphologiques sont proscrits dans les cabinets qui adoptent une démarche « qualité ».

⁷⁸⁰ G. Lyon-Caen, op. cit.

⁷⁸¹ Circulaire 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives au recrutement et aux libertés individuelles, p. 5.

⁷⁸² Norme AFNOR, NFX 50-767, Tableau C.6, p. 24.

Autrement dit, les entreprises prétendant à une certification « qualité » ne peuvent adopter la graphologie dans leurs procédures de recrutement. La validité scientifique et la valeur prédictive attribuées par les normes AFNOR à la graphologie apparaissent ainsi bien faibles.

294.Malgré la reconnaissance relative de la graphologie par l'AFNOR, le risque juridique est important pour l'employeur qui y recourt compte tenu de l'exigence de pertinence. Pourtant, le contentieux relatif à la pertinence au sens de fiabilité ou objectivité de l'analyse graphologique semble inexistant. Cela pourrait s'expliquer là encore par l'usage clandestin ou inavoué de la graphologie. Toutefois, il semble également que l'usage de la graphologie soit aujourd'hui extrêmement faible. D'après une enquête de la DARES parue en 2017 sur des recrutements en CDI et CDD effectués en 2015, seuls 1% des recrutements, entendus comme le choix final, ont impliqué une analyse graphologique pour tout ou partie des candidats.⁷⁸³ Cela signifie-t-il que l'usage de la graphologie serait devenu marginal dans tout le processus de recrutement, y compris au stade de la présélection ? L'enquête ne permet pas de le dire. Il en ressort néanmoins que l'analyse graphologique figure à la dernière place des méthodes de sélection des candidats, à l'inverse de ce qui avait été observé et relayé par le rapport Gérard Lyon-Caen.⁷⁸⁴

A côté des méthodes relevant des pseudo-sciences et dont la valeur prédictive est à tout le moins discutable, d'autres procédés sont à l'inverse réputés plus fiables et donc disposant d'une véritable valeur prédictive raisonnable.

B. Les procédés réputés raisonnablement fiables

295.Les procédés d'évaluation professionnelle dont la crédibilité convient d'être mise à l'épreuve sont ceux qui ont certaines fondations dans les savoirs reconnus, tels que les disciplines académiques.⁷⁸⁵ Cela signifie a contrario que les procédés de recherche du passé professionnel du candidat telles les références ou la consultation de son curriculum vitae sont à exclure puisque ces recherches ne sont pas sous-tendues par un savoir reconnu. En outre, il a été établi qu'elles ont une valeur prédictive faible ou incertaine. S'agissant des références, le

⁷⁸³ Enquête DARES Analyses 2017-064 « Comment les employeurs recrutent-ils leurs salariés ? » accessible sur le lien suivant : <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/etudes-et-syntheses/dares-analyses-dares-indicateurs-dares-resultats/article/comment-les-employeurs-recrutent-ils-leurs-salaries>.

⁷⁸⁴ Rapport G. Lyon-Caen, op. cit.

⁷⁸⁵ Cf. supra n° 274.

choix des personnes auxquelles s'adresse l'employeur dépend souvent du candidat lui-même. Or, ce dernier peut faire en sorte de ne choisir que des personnes qui ne veulent pas lui nuire. D'où une faible valeur prédictive des réponses fournies.⁷⁸⁶ Quant au curriculum vitae, celui-ci pourrait avoir une valeur prédictive « si l'analyse de poste préalable avait été bien faite et si le CV était lu, à partir d'une grille, permettant de détecter les signes véritables d'un futur succès ou d'un probable échec. »⁷⁸⁷ Or, il a été souligné que le CV deviendrait dans cette hypothèse une fiche biographique dangereuse pour la personnalité.⁷⁸⁸ Outre pareille hypothèse, il convient toutefois d'observer que le CV a une valeur prédictive incertaine dans la mesure où il peut contenir des affirmations mensongères.⁷⁸⁹

296.Le soubassement scientifique des procédés d'évaluation professionnelle n'est pas toujours aisé à identifier. Déjà, l'employeur en a la maîtrise puisque c'est lui qui les met au point. Ainsi il n'est pas tenu de recourir à des procédés spécialement conçus par un savoir académique. En outre, les procédés tels que les tests ou les entretiens professionnels font l'objet d'études pluridisciplinaires. Plus généralement, les gestionnaires des ressources humaines, les psychologues du travail, les économistes, les sociologues ou encore les ingénieurs en informatique s'intéressent aux méthodes d'évaluation professionnelle. Ainsi, aucun savoir ne paraît avoir le monopole sur l'étude critique et la mise au point d'outils de l'évaluation professionnelle dont l'usage fait partie des prérogatives de l'employeur. Malgré l'intérêt pluridisciplinaire qui est porté aux méthodes d'évaluation, il est possible de les rattacher à deux grandes catégories de savoirs. D'un côté, il existe des procédés faisant l'objet d'études critiques par certaines sciences humaines et sociales (1) et de l'autre, il peut être fait état d'un ensemble de procédés ou de technologies plus complexes relevant de plusieurs savoirs académiques comme les mathématiques ou l'informatique et dont l'usage en matière de traitement des données est à l'origine d'une nouvelle science dite « science des données ».

(2)

⁷⁸⁶ V. les conclusions relayées par le rapport de G. Lyon-Caen, *op.cit.*, p. 93.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ Sur l'insuffisante valeur prédictive des diplômes, cf P. Gilbert « Définir la compétence en psychologie du travail », in N. Delobbe, G. Karnas et C. Vandenbergue (Eds), *Evaluation et développement des compétences au*

1) Les procédés évalués par les sciences humaines et sociales

297. Deux procédés d'évaluation professionnelle pratiqués par les employeurs peuvent être rattachés aux sciences humaines et sociales, au sens où ces dernières en ont fait un objet d'étude critique. Il s'agit des tests (a) et de l'entretien d'embauche. (b)

a) Les tests

298. Il s'agit « d'une épreuve définie, impliquant une tâche à remplir, identique pour tous les sujets examinés, avec une technique précise pour l'appréciation du succès ou de l'échec, ou pour la notation numérique de la réussite. ». ⁷⁹⁰ Il en ressort que le test est un instrument de mesure devant présenter deux caractéristiques, à savoir un contenu, des consignes de passation et de correction standardisés et une capacité à discriminer les sujets qui passent le test.

299. Les tests à des fins de sélection professionnelle sont un important objet d'étude d'une branche particulière de la psychologie, à savoir la psychologie du travail et des organisations. Ce savoir s'intéresse à la façon de perfectionner les responsables en entreprise à l'adaptation des personnes au travail proposé. Ainsi, la psychologie du travail s'intéresse entre autres aux questions de recrutement et plus particulièrement, aux modes d'évaluation, de sélection et d'intégration du personnel. A cet égard, ce savoir utilise également les connaissances développées par d'autres disciplines, comme l'ergonomie, la psychologie sociale, la sociologie des organisations, la psychologie cognitive, la psychopathologie, la systémie, la psychanalyse ou encore la médecine du travail. ⁷⁹¹

300. Malgré la possible présence d'un arrière-plan scientifique, l'appellation de « test » n'est pas protégée. ⁷⁹² Le recours à des tests ne signifie donc pas qu'ils ont été élaborés par des personnes compétentes, à savoir par des psychologues du travail. Par conséquent, peu de

travail, UCL – Presses universitaires de Louvain, 2003, p. 11.

⁷⁹⁰ Il s'agit d'une définition de l'Association internationale de psychotechnique donnée 1933, citée par B. Gillet, « Aptitudes et capacités cognitives » in *Traité de psychologie du travail*, p. 491.

⁷⁹¹ Il n'en reste pas moins que, malgré son histoire déjà longue, une réflexion sur le positionnement de la psychologie du travail en entreprise est toujours en cours. D'une volonté d'adapter les personnes au travail, la psychologie du travail et des organisations développerait une volonté humaniste d'adaptation du travail aux personnes. Cf. P. Jardillier et Ph. Burg, *Psychologie et management*, PUF, « Que sais-je ? », 2007.

⁷⁹² Rapport G. Lyon-Caen, op. cit., p.102.

cas est fait de leur fiabilité ou pertinence alors que leur emploi est très fréquent. En effet, d'après les enquêtes relayées par le rapport de G. Lyon-Caen, les praticiens pensent en termes de coût et de rentabilité à court terme faisant ainsi l'économie d'une réflexion sur l'objectivité des tests utilisés. En outre, ledit rapport souligne l'absence de structure de rencontre entre praticiens et chercheurs en psychologie du travail ou en gestion du personnel.⁷⁹³

D'après les études menées par les psychologues du travail, un classement des différents tests peut être fait en fonction de leur fiabilité par ordre décroissant de validité scientifique. Les plus fiables sont les mises en situation. (iii) Viennent ensuite les tests d'aptitude ou d'intelligence générale (ii) et enfin les moins fiables, les tests de personnalité.⁷⁹⁴ (i)

i) Les tests de personnalité

301.D'après l'enquête DARES parue en 2017, seuls 7 % des recrutements de CDI et de CDD en 2015 ont impliqué la réalisation de tests de personnalité.⁷⁹⁵ Malgré la forte heureuse faiblesse de ce chiffre, il n'en demeure pas moins qu'une grande importance est en pratique accordée à la « personnalité » du candidat.⁷⁹⁶ Ainsi, les résultats de l'enquête susmentionnée montrent que l'employeur cherche à évaluer en priorité les compétences et la motivation des candidats. Or, derrière ces deux critères d'évaluation l'employeur peut chercher à apprécier la personnalité des candidats. En témoigne l'essor des critères comportementaux dans les grilles d'évaluation ou le développement de l'évaluation du « savoir-être » au travail.⁷⁹⁷ Différentes études effectuées notamment par des sociologues montrent l'importance pour les recruteurs d'évaluer des traits de caractères des candidats telles que l'« autonomie », l'« ambition », l'« autorité » ou l'« efficacité ».⁷⁹⁸ Il en est de même à l'égard des salariés qui sont susceptibles d'être évalués à l'aune de critères comportementaux.⁷⁹⁹

L'exigence de pertinence de la méthode d'évaluation au sens d'adéquation de cette

⁷⁹³ Ibid.

⁷⁹⁴ Ibid.

⁷⁹⁵ Enquête DARES Analyses 2017-064 « Comment les employeurs recrutent-ils leurs salariés ? » <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/etudes-et-syntheses/dares-analyses-daes-indicateurs-daes-resultats/article/comment-les-employeurs-recrutent-ils-leurs-salaries>.

⁷⁹⁶ La personnalité est mise au premier plan dans le recrutement en France. Tel est le constat de l'enquête de G. Lyon-Caen dans le rapport précité mais aussi d'E. Marchal, op.cit., p. 129.

⁷⁹⁷ A. Labruffe, *Le savoir-être ! Un référentiel professionnel d'excellence*, AFNOR, 2008.

⁷⁹⁸ E. Marchal, op. cit., p. 129.

⁷⁹⁹ Cf. infra n° 345 s.

dernière avec les exigences professionnelles ne fait donc pas complètement obstacle à l'appréciation du comportement du salarié et par là-même, à une appréciation de sa « personnalité ». Par conséquent, les tests de personnalité ne sont pas d'emblée exclus des procédés d'évaluation professionnelle. A l'inverse, l'exigence de pertinence encadre leur usage ce qui nourrit une certaine ambiguïté sur le degré de rigueur et donc d'objectivité attendu de la part de l'employeur par le droit. Un minimum de rigueur scientifique à la charge de l'employeur exigerait pourtant, d'exclure toute recherche d'évaluation du caractère ou de la personnalité du candidat à l'emploi. En effet, l'idée même d'apprécier objectivement ou simplement de manière raisonnablement fiable une façon d'être, relève de l'oxymore tant la personnalité ou le comportement fait l'objet d'une perception nécessairement individuelle donc subjective. En outre, l'usage de tests de personnalité en particulier, se heurte à un autre obstacle lié aux présupposés sur lesquels ils reposent. D'une part, ce type de tests repose sur l'idée fort discutable que la personnalité est immuable quelles que soient les situations. D'autre part, les tests de personnalité charrient l'idée fort simpliste selon laquelle on pourrait déduire des traits de personnalité à partir de la seule réponse à des questions. C'est ce qui explique en grande partie que les questionnaires sur la personnalité des candidats à l'embauche sont considérés comme peu fiables.⁸⁰⁰ Compte tenu de la faible capacité prédictive des tests de personnalité sur l'aptitude professionnelle du candidat à l'embauche, ces derniers sont comparables aux méthodes symboliques issues des pseudo-sciences. Le rapport de G. Lyon-Caen dénonçait par ailleurs, la logique conformiste qui sous-tend ces tests de personnalité comme suit : « on recherche une conformité de la personne recrutée à un certain modèle préconçu de relations sociales bien plus qu'à déceler la meilleure 'potentialité' de travail. »⁸⁰¹ Au-delà de la faible capacité prédictive des tests de personnalité, ce qui est dénoncé ce sont les préjugés ou stéréotypes incompatibles avec l'exigence d'objectivité que charrient ces procédés. Un second type de test, le test d'aptitude devrait alors permettre d'écarter ces obstacles, certes relatifs, à la valeur prédictive du test.

ii) Les tests d'aptitude

302. Avec les tests d'aptitude, il s'agit de prédire la réussite professionnelle d'une personne à partir de l'évaluation d'une aptitude générale dite d'intelligence ou d'aptitudes spécifiques parmi lesquelles l'aptitude verbale, numérique ou spatiale. En l'absence de mise en situation

⁸⁰⁰ Rapport G. Lyon-Caen, op. cit., p. 95. Il en est de même des questions sur la motivation ou les intérêts des candidats.

⁸⁰¹ Ibid., p. 99-100.

des salariés, ces tests peuvent être considérés comme abstraits. Pour déterminer les aptitudes pertinentes à évaluer, l'analyse préalable du travail apparaît essentielle. C'est en effet, ce qui devrait conférer une certaine validité objective à ce type de tests. ⁸⁰² Ce n'est qu'à cette condition que le test d'aptitude deviendrait un procédé d'évaluation pertinent et fiable de la réussite professionnelle, en particulier au début de la carrière d'un candidat.⁸⁰³ En d'autres termes, l'objectivité du test d'aptitude devrait dépendre de sa valeur prédictive. Pourtant, il est rare que la validité prédictive des tests soit éprouvée en amont par l'employeur. Cela vaut également pour toutes les méthodes d'évaluation professionnelle dès lors que l'employeur n'est pas tenu de faire contrôler la validité scientifique des procédés employés en interne ni en externe par un organe compétent. L'information et la consultation du comité social et économique préalable à la mise en place des évaluations professionnelles constitue certes un regard extérieur porté sur le mécanisme mais, il n'apparaît pas spécifiquement centré sur la validité scientifique du procédé et est, en tout état de cause, une consultation dont l'avis ne lie pas l'employeur.⁸⁰⁴

S'agissant des tests d'aptitude en particulier, le rapport de G. Lyon-Caen soulignait la rareté des tests sur mesure c'est-à-dire, des tests pertinents compte tenu du poste à pourvoir et ce, en raison de leur coût et de l'analyse très fine des situations de travail qu'ils exigent. Ledit rapport relevait plutôt l'usage de tests « omnibus » prêts à l'emploi qui circulent d'une entreprise à l'autre, d'un cabinet à l'autre, voire d'un pays à l'autre.⁸⁰⁵ En somme, les tests d'aptitude tels que pratiqués à savoir, sans analyse préalable du travail demeurent dépourvus d'une grande capacité prédictive de la réussite professionnelle.

La sophistication de l'évaluation depuis les années 1990 a sans nul doute conduit à atténuer cette critique. Toutefois, quand bien même le test d'aptitude serait précédé d'une analyse des tâches liées au poste de travail à pourvoir, il semble difficile d'en conclure que ledit test soit complètement fiable. Ch. Dejournas a en ce sens soulevé la problématique liée au caractère nécessairement incomplet de la description du travail.⁸⁰⁶ Les études des psychologues du

⁸⁰² Rapport G. Lyon-Caen, op. cit., p. 94 : « Les études effectuées montrent que si le test est bien choisi eu égard à l'analyse du travail, sa validité n'est pas douteuse. L'information livrée sur la personne testée est vraie. »

⁸⁰³ Ibid.

⁸⁰⁴ Art. L2312-38 du Code du travail.

⁸⁰⁵ M.-C. Bureau et E. Marchal « Introduction », in *Au risque de l'évaluation : la mise en jeu de la valeur du travail et des personnes*, ss. la dir. de M.-C. Bureau et E. Marchal, Lille, éd. du Septentrion, 2005, p. 17.

⁸⁰⁶ Ch. Dejournas, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel – critique des fondements de l'évaluation*, INRA

travail ont également montré une autre source de difficulté rendant irréalisable la vérification de la valeur prédictive des tests en général. Celle-ci est liée au coût et au temps nécessairement long que suppose pareille vérification.⁸⁰⁷ En effet, s'assurer de la capacité prédictive des tests implique que l'entreprise passe des tests à titre expérimental et par conséquent qu'il existe des personnes en nombre suffisant, pour effectuer des tâches comparables dans des situations identiques, et qui continuent à exécuter la même tâche pendant assez longtemps. Le travail de comparaison qu'induit la vérification de la prédictivité du test suppose alors que l'entreprise embauche effectivement toutes les candidates et tous les candidats sans faire de sélection.

Malgré les difficultés à éprouver la valeur prédictive des tests d'aptitude, il n'en demeure pas moins que les juges en droit du travail considèrent que ceux-ci sont des éléments objectifs. En témoigne un arrêt inédit rendu par la Chambre sociale de la Cour de Cassation le 28 mai 2008. En l'espèce il a été jugé que les résultats médiocres obtenus aux tests d'aptitude passés par le candidat constituent des éléments objectifs permettant de justifier le refus d'embauche en CDI.⁸⁰⁸ L'étude des tests d'aptitude mets ainsi en lumière la faible prise en considération par le juge de l'éventuelle absence de valeur prédictive d'un procédé d'évaluation lorsqu'il apprécie l'objectivité d'un procédé d'évaluation du personnel. Une telle critique ne semble pas s'imposer lorsqu'il s'agit cette fois des tests de situation.

iii) Les tests de situation

303. A l'inverse des précédents tests que l'on peut qualifier d'abstrait, les tests de situation sont concrets puisqu'il s'agit d'observer le candidat à l'embauche à partir d'une mise en situation proche du contexte professionnel. Plus avant, le test de situation implique d'isoler une tâche précise et représentative des tâches que le candidat aura à effectuer dans son activité professionnelle. C'est sur la base de l'exécution de cette tâche que la sélection sera opérée. Compte tenu du fait que l'évaluation de la réussite professionnelle repose sur un « travail réel », ce type de test est doté d'une plus forte valeur prédictive que les autres tests.⁸⁰⁹ La logique des tests de situation est poussée à bout par les centres d'évaluation. Il s'agit d'une simulation mettant à l'épreuve les réactions des candidats face à une situation liée au poste

éditions, 2003, p. 13.

⁸⁰⁷ C. Lévy-Leboyer, « Problèmes éthiques posés par l'usage des tests », in *Traité de psychologie du travail*, PUF, 1987, p. 483.

⁸⁰⁸ Cass. Soc. 28 mai 2008, n°07-41.715, inédit.

auquel ils postulent. Ces tests sont parfois plébiscités par les accords collectifs dans la mesure où ils permettraient de « fiabiliser les mises en situation, grâce à des exercices concrets » et contribueraient alors « à l'objectivité du choix des candidats »⁸¹⁰ Au-delà des difficultés susceptibles de résulter de l'identification du « travail réel » par opposition au « travail prescrit »⁸¹¹, la validité prédictive des tests de situation est encore fonction du choix de l'observateur. Cette dernière sera meilleure si l'observation du candidat est effectuée non pas par une seule personne mais par un groupe de personnes, à savoir un jury. En effet, dans la mesure où aucune méthode d'évaluation n'est totalement valide, il est nécessaire de faire précéder l'appréciation par un débat contradictoire. Autrement dit, le résultat de l'évaluation doit être le fruit d'une délibération. Malgré une plus forte capacité prédictive des mises en situation, seul un quart des recrutements implique ce type de procédés reproduisant les situations de travail.⁸¹² A côté des tests figure un second type d'évaluation appréhendé par les sciences humaines et sociales : l'entretien.

b) L'entretien

304. D'après une enquête de la DARES de 2017, l'entretien individuel est la méthode de sélection privilégiée des candidats à l'embauche. En effet, 90% des recrutements en CDI et CDD en 2015 ont impliqué la tenue d'un tel entretien.⁸¹³ En outre, les résultats aux entretiens d'évaluation sont considérés comme des éléments objectifs à l'appui d'une décision.⁸¹⁴ Pourtant, il a été établi que l'entretien n'a pas une très grande valeur prédictive.⁸¹⁵ Comme la graphologie et les tests de personnalité, les entretiens comptent parmi les méthodes d'évaluation les moins fiables. Le rapport de G. Lyon-Caen soulignait que l'entretien était le lieu d'un jugement intuitif de la compatibilité du candidat avec la « culture de l'entreprise », incompatible avec l'exigence d'objectivité. En outre, l'entretien est un procédé d'évaluation abstrait ne permettant pas d'apprécier le candidat en situation de travail. Ainsi, l'entretien a

⁸⁰⁹ Rapport G. Lyon-Caen, op.cit., p. 96.

⁸¹⁰ Accord Peugeot Citroën, « Diversité et cohésion sociale dans l'entreprise », 6 oct. 2008 ; LSQ 2008, Conventions et Accords.

⁸¹¹ Ch. Dejours, *Souffrance en France – La banalisation de l'injustice sociale*, Points, coll. « Essais », 2009, p.85 ; du même auteur, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel – Critique des fondements de l'évaluation*, INRA, coll. « Sciences en question », 2003, p. 13.

⁸¹² D'après l'enquête DARES Analyses 2017-064 « Comment les employeurs recrutent-ils leurs salariés ? »

⁸¹³ Ibid.

⁸¹⁴ Cass. Soc. 28 mai 2008, précit.

⁸¹⁵ Rapport G. Lyon-Caen, op. cit., p. 102.

été classé par les psychologues du travail à la 5e position par ordre décroissant de validité scientifique pour prédire la réussite professionnelle, juste avant les tests de personnalité et la graphologie. Malgré ce mauvais classement parmi les procédés d'évaluation, il ne s'agit pas de déprécier l'entretien qui peut être protéiforme. En effet, ce dernier peut durer quelques minutes comme plusieurs heures, être dirigé par une seule personne ou bien par un groupe de personnes. En outre, le salarié peut être convoqué à plusieurs entretiens avec des personnes différentes à chaque fois. Enfin, l'entretien peut être plus ou moins structuré ou formalisé, c'est-à-dire reposer sur des supports écrits qui vont guider l'évaluateur.⁸¹⁶ En fonction de ces hypothèses, la valeur prédictive de l'entretien peut donc varier. Ainsi, l'entretien est plus fiable s'il est mené par plusieurs personnes successivement ou simultanément puisque ces différents évaluateurs vont ensuite discuter de manière contradictoire leurs opinions. De même, l'entretien est plus fiable quand il comporte des questions précises liées à la future activité du candidat ou s'inspirant de situations réellement observées dans cette activité. A cet égard, la formalisation des entretiens à l'aide de supports écrits comme les référentiels de compétences de l'AFNOR, contribue à normaliser ces derniers.⁸¹⁷ En d'autres termes, l'entretien devient un exercice régi par des normes susceptibles de le rendre plus fiable. Cependant, une telle formalisation ne garantit pas de manière automatique de la valeur prédictive de la réussite professionnelle. En effet, l'entretien peut être aussi le lieu de l'évaluation du savoir-être ou des traits de caractère du candidat. Ainsi, les référentiels de compétences contiennent des critères comportementaux à cette fin. ⁸¹⁸ Bien que l'idée soit de parvenir via ces supports écrits, à apprécier de manière plus objective des comportements jugés en principe de manière discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que l'évaluateur continue de se heurter aux mêmes obstacles inhérents au caractère insaisissable et incommensurable de l'objet apprécié, à savoir la personnalité d'un candidat ou d'un salarié.

305.Certains arrêts de la Cour de cassation relatifs aux mensonges du candidat à l'embauche permettent également de conclure à la faible prédictivité de l'entretien d'embauche. Il en va ainsi par exemple, d'un arrêt rendu par la Chambre sociale en date du 30 mars 1999 dans lequel il a été jugé que si le candidat fournit des renseignements inexacts et

⁸¹⁶ Il a été observé que l'entretien est de plus en plus formalisé, c'est-à-dire mené à l'aide de supports écrits comme des référentiels de compétences qui constituent des grilles d'évaluation. V. Enquête DARES Analyses 2017-064, étude citée.

⁸¹⁷ A. Labriffe, *Mesure des compétences*, AFNOR éd., 2003, p. 8 ; Du même auteur, *Management des compétences : construire votre référentiel*, AFNOR éd., 2010, p. 51.

qu'il est par la suite embauché, son éventuel licenciement sera justifié s'il n'a pas réellement les compétences requises pour occuper l'emploi.⁸¹⁹ Par ailleurs ce même arrêt décide également que le mensonge du candidat ne peut être sanctionné que s'il constitue un dol. En outre, dans un arrêt du 25 novembre 2015 la Haute juridiction a décidé qu'un salarié qui à trois reprises, a volontairement dissimulé la réalité de sa situation professionnelle en prétendant avoir été engagé dans une société, fait qui avait été déterminant pour l'employeur, a commis une faute grave constituée par les manœuvres dolosives susceptibles de justifier un licenciement.⁸²⁰ Même si dans les espèces citées il n'a pas été question d'apprécier la fiabilité de l'entretien d'embauche, il reste que les faits ayant donné lieu aux litiges révèlent que le candidat peut mentir lors dudit entretien. Allant dans le même sens, celui-ci peut également omettre de révéler certaines informations. Les faits ayant donné lieu à un arrêt du 3 juillet 1990 illustrent cette hypothèse. En l'espèce, il a été jugé que le silence du cadre supérieur embauché pour redresser une entreprise qui a omis d'indiquer que sa précédente société avait été mise en liquidation n'est pas fautif.⁸²¹

306. Enfin, il peut être également avancé que le législateur admet de manière implicite la faible valeur prédictive de l'entretien d'embauche en prévoyant la possibilité pour l'employeur de recruter le candidat à l'issue d'une période d'essai.⁸²² En effet, il s'agit d'une période où le salarié est « mis à l'épreuve, surveillé, jaugé » et où l'employeur « contrôle ou fait contrôler son travail et son comportement au travail. »⁸²³ D'ailleurs c'est ce que confirme la loi en donnant une définition fonctionnelle de l'essai comme suit : « la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. »⁸²⁴ Ainsi, l'essai relève du domaine de l'expérimentation c'est-à-dire, d'une mise en situation provisoire et précaire,⁸²⁵ à l'inverse de l'entretien d'embauche qui ne permet pas d'observer le salarié en situation de travail.

⁸¹⁸ A. Labruffe, *Le savoir-être ! Un référentiel professionnel d'excellence*, AFNOR, 2008.

⁸¹⁹ Cass. Soc. 30 mars 1999, n° 96-42.912, Bull. civ. V, n° 142.

⁸²⁰ Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-21.521, inédit.

⁸²¹ Cass. Soc. 3 juill. 1990, n° 87-40.349, Bull. civ. V, n° 329 ; D. 1991, p. 507, note J. Mouly ; RTD civ. 1991, p. 316, note J. Mestre.

⁸²² Art. L1221-20 du Code du travail.

⁸²³ H. Sinay, « Le travail à l'essai », *Dr. Soc.* 1963, p. 150.

⁸²⁴ Art. L1221-20 du C. du trav.

⁸²⁵ M. Roussel, *op.cit.*, n° 155. V. égal. S. Tournaux, *L'essai en droit privé – Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2011, n° 35.

2) Les procédures ou technologies relevant de la science des données

307.La science des données est une discipline qui s'appuie sur des outils mathématiques, de statistiques, d'informatique et de visualisation des données en vue de produire une connaissance prédictive à partir d'un ensemble de données.⁸²⁶ Parmi ses outils, c'est l'usage des algorithmes qui permet à la science des données de formuler des « prédictions » et ce, afin de réduire au maximum voire d'anéantir un aléa ou une incertitude quelconque. L'algorithme est un procédé technologique. Il s'agit d'un programme informatique paramétré via des formules mathématiques pour obtenir un résultat donné. Il peut être comparé à une « recette de cuisine » dont les paramètres constitueraient les « ingrédients » nécessaires à sa mise en œuvre. Plus encore, les algorithmes permettent de construire des profils ou modèles abstraits à partir d'un traitement automatisé de données numériques en masse appelées encore Big Data. Le savoir produit ainsi est fondé sur la méthode inductive c'est-à-dire, sur des corrélations statistiques à partir d'un modèle ou d'un profil créé par l'algorithme à la suite d'un traitement de données numériques de masse collectées et stockées. Un tel profilage ou modélisation implique donc de suivre le comportement des internautes afin notamment, de prendre des décisions les concernant ou d'analyser ou de prédire leurs préférences, leurs comportements et leurs dispositions d'esprit.⁸²⁷

308.L'algorithme est mobilisé dans des domaines de plus en plus variés.⁸²⁸ Étudié comme un procédé permettant d'évaluer les qualités professionnelles, le profilage par l'usage d'algorithmes est susceptible d'être utilisé à l'appui d'une décision de recrutement ou de mutation par exemple. Ainsi lors d'un recrutement, l'algorithme permettrait d'assurer un classement des candidats à l'embauche dans des profils censés distinguer les meilleurs des moins bons en fonction des données que lesdits candidats auront laissé ou abandonné sur internet. Recourir à des algorithmes pour « prédire » la réussite professionnelle d'un candidat

⁸²⁶ S. Abiteboul, Sciences des données : de la logique du premier ordre à la Toile : Leçon inaugurale prononcée le jeudi 8 mars 2012 Paris : Collège de France, 2012. Disponible sur le lien suivant : <http://books.openedition.org/cdf/506>.

⁸²⁷ Considérant n° 24 du Règlement européen (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

⁸²⁸ En témoigne notamment son usage dans l'affectation des futurs étudiants dans les universités dans le cadre d'« APB » d'abord puis de « Parcoursup » : S. Sermondadaz, « L'algorithme de Parcoursup décrypté par les deux chercheurs qui l'ont conçu », Sciences & avenir, mis en ligne le 1.06.2018.

à l'emploi, serait-elle pour autant une méthode fiable donc objective ? Telle est la principale interrogation abordée ici. Pareille interrogation met au jour l'un des risques résultant de l'usage des algorithmes, à savoir la confiance excessive dans leurs résultats perçus parfois comme objectifs et infaillibles.⁸²⁹ A défaut d'être mise à l'épreuve, la rationalité algorithmique contribue à nourrir le mythe ou l'illusion d'une objectivité absolue à distance de toute intervention humaine. Autrement dit, une croyance aveugle dans la raison algorithmique est incompatible avec l'exigence d'objectivité puisqu'une telle croyance nourrit au contraire, une pseudo-objectivité mécanique. (a) Seul un fort encadrement procédural de l'usage des algorithmes et de leurs résultats peut permettre de rendre plus crédible la connaissance produite par ce type de procédé. Quelques perspectives en ce sens méritent donc d'être envisagées. (b)

a) La raison algorithmique : l'émergence d'une pseudo-objectivité mécanique

309. Si l'usage des algorithmes pour prédire par exemple, la réussite professionnelle d'un candidat à l'embauche fait émerger une pseudo-objectivité mécanique c'est parce que ces procédés risquent de laisser libre cours à un déterminisme numérique incompatible avec une connaissance objectivement valable. De manière plus précise, une telle connaissance ne peut reposer simplement sur des corrélations automatiques et ce, quand bien même elles seraient l'œuvre d'une intelligence artificielle. En effet, pour être objective pareille connaissance ne peut se passer de toute délibération c'est-à-dire, d'un temps d'examen suffisant des données prises en compte pour élaborer un savoir.⁸³⁰ Plus encore, l'objectivité implique de mettre à l'épreuve les données avancées au soutien d'une affirmation. Devant un savoir fondé uniquement sur des corrélations automatiques, il importe alors de faire preuve d'esprit critique par rapport à la suffisance des corrélations. Pourtant, les corrélations automatiques sont au cœur du savoir produit par la raison ou « gouvernementalité » algorithmique qu'il convient à présent de décrire pour mieux comprendre la croyance persistante dans le mythe d'une objectivité absolue d'origine « mécanique ».

⁸²⁹ L'usage des algorithmes présente également d'autres risques pour l'exercice des libertés comme l'enfermement de l'internaute dans une « personnalisation » qu'il ne peut pas maîtriser à l'heure actuelle. De même, leur usage soulève de nouveaux problèmes d'équité du fait de l'exploitation toujours plus fine des données personnelles. Il en est ainsi en particulier, lorsque ces procédés sont utilisés par l'employeur à des fins de contrôle et de surveillance des salariés. Il peut en aller ainsi par exemple, pour géolocaliser les salariés.

⁸³⁰ Cf. supra n° 206 s.

310.La raison ou « gouvernementalité algorithmique » désigne « un certain type de rationalité (a)normative ou (a)politique reposant sur la récolte, l'agrégation et l'analyse automatisée de données en quantité massive de manière à modéliser, anticiper et affecter par avance des comportements possibles ».831 L'algorithme est donc un processus informatique et statistique de production d'une connaissance prédictive qu'on peut diviser en trois temps. L'analyse de chacune de ces étapes permet de comprendre comment l'usage des algorithmes prédictifs permet de renouveler avec une nouvelle vigueur la croyance dans le mythe d'une objectivité absolue parce qu'elle résulterait de l'intelligence artificielle et non pas d'un choix humain nécessairement biaisé.832

311.Le premier temps du processus algorithmique est celui de la récolte massive de données non triées et leur conservation automatisée dans des « entrepôts de données »833 aux capacités de stockage virtuellement illimitées et potentiellement accessibles à tout moment à partir de n'importe quel ordinateur connecté à internet, à partir de n'importe quel lieu. Dans le vocabulaire informatique cette étape est dénommée la « dataveillance ».834 Les données disponibles en quantités massives proviennent de diverses sources comme des gouvernements, des entreprises privées, des scientifiques ou des individus eux-mêmes. S'agissant de ces derniers, les réseaux sociaux constituent des biais facilitant la collecte de données. Néanmoins, si lesdites données sont collectées en quantité massive c'est parce que la plupart du temps leur transmission se fait par défaut. En effet, le consentement de l'utilisateur n'est pas recherché. Il s'agit d'informations davantage abandonnées que volontairement transmises. En d'autres termes, il s'agit de traces disparates et quelconques laissées par chaque utilisateur lors de son passage sur la Toile à moins qu'il ne paramètre son ordinateur d'une certaine manière. La collecte et la conservation numérique de ces données semble neutre en apparence voire, inoffensive car elle est détachée de toute connaissance des usages auxquels lesdites données donneront lieu ultérieurement. En réalité, l'utilisateur d'internet ignore à quelle fin les données ou les traces qu'il abandonne seront utilisées. Autrement dit, il

⁸³¹ A. Rouvroy et T. Berns « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux* 2013/1 (n° 177), p.173 ; v. aussi, A. Rouvroy, « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des big data » in *Rapport du Conseil d'État - Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, 2014, p. 406 s.

⁸³² Sur ces étapes, cf. A. Rouvroy et T. Berns, art. cit., p. 168 s.

⁸³³ Ibid., p. 169.

⁸³⁴ Ibid., p.168.

y a un « voilement de toute finalité »⁸³⁵ et une « minorisation de l'implication du sujet »⁸³⁶ et donc, du consentement pouvant être donné à cet « abandon » d'informations. En outre, la collecte et la conservation de données sont extraites de leur contexte d'énonciation par l'utilisateur. Qu'il s'agisse de conserver la trace d'un achat, d'un déplacement, de l'usage d'un mot ou d'une langue, chaque élément est ramené à sa nature la plus brute, expurgée de son contexte, de toute signification propre. Il y a derrière tout cela l'idée de pureté de la donnée, ramenée à un simple signal neutre contribuant ainsi à la croyance d'une prétendue objectivité ou fiabilité de ladite donnée. Elle parlerait d'elle-même sans médiation, comme un déjà-là. L'évolution des capacités technologiques renforce encore davantage ce mythe d'une « objectivité absolue » de la donnée. Plus encore, c'est la quantification de plus en plus de données par des logiciels qui peut alimenter leur apparence d'objectivité. A titre d'exemple, on peut citer les programmes informatiques capables de traduire les mouvements d'un visage ou la coloration d'une peau en données statistiques ou encore les logiciels capables de reconnaître les émotions et d'en faire des données quantifiables. En somme, cette pseudo-objectivité « mécanique » résulte d'une épuration de tout contexte d'énonciation et donc, d'un voilement des situations concrètes de production de ces données. Or, leur compréhension est essentielle pour parvenir à une connaissance objective de la réalité.

312.Le deuxième temps du processus algorithmique est celui du traitement automatisé des données collectées afin de produire une connaissance, un savoir ou un « profil ». Par exemple, en matière de recrutement le traitement automatisé des données massives permettrait de repérer le meilleur profil à rechercher pour un poste de travail. Selon le vocabulaire informatique cette étape est dénommée « datamining ».⁸³⁷ C'est à cette étape de traitement des données qu'interviennent véritablement les algorithmes. Ce sont eux en effet, qui permettent d'analyser les données en masse pour produire un savoir, identifier un profil qui constituera la norme de référence ou l'étalon de comparaison en vue d'une décision ultérieure. Mais la connaissance ou le « profil » qu'il s'agit ainsi de produire est constituée de corrélations subtiles entre les données collectées et qui plus est, entre des données non triées donc hétérogènes.⁸³⁸ Surtout, une telle connaissance est produite de manière automatisée c'est-à-dire, en l'absence d'intervention humaine. Cela signifie que le savoir produit s'est

⁸³⁵ Ibid., p. 169.

⁸³⁶ Ibid.

⁸³⁷ Ibid., p. 170.

⁸³⁸ A. Rouvroy et T. Berns, art. cit., p. 170.

passé de la formulation de toute hypothèse préalable par un sujet, une hypothèse qu'il conviendrait de vérifier. Alors que la plupart des savoirs y compris le savoir juridique, reposent sur la méthode déductive, on est là en présence d'un savoir fondé sur la méthode inductive. En d'autres termes, c'est la machine qui formule des hypothèses à partir d'une corrélation de données numériques. C'est ce qu'on appelle aussi le « machine learning » ou « apprentissage par la machine ».839 La croyance dans l'objectivité de leurs hypothèses provient du « progrès » que sont censés faire ces mécanismes pour permettre aux algorithmes de s'améliorer de façon autonome en tirant les leçons des écarts entre leurs prédictions et la réalité. En outre, cet aspect-là du processus de la gouvernementalité algorithmique renforce la croyance dans une objectivité « absolue » des prédictions qui en résultent car celles-ci ne reposent pas sur des énoncés qu'il conviendrait de vérifier ni sur un tri préalable entre données pertinentes et non pertinentes ou ce qui ne serait que du « bruit ». En effet, les prédictions reposent sur des données qui se veulent exhaustives. Il n'y a donc pas de jugement de valeur qui aurait écarté certaines données. Le savoir ou la norme semble émerger de toutes les données, elles-mêmes appréhendées sans artifice humain, sans médiation. Le savoir ou les normes paraissent « enfin » fondées sur une compréhension directe de la réalité.

Pour éviter de tomber dans le piège d'une telle croyance naïve, il convient toutefois de sonder la pertinence ou la suffisance des corrélations sur lesquelles sont fondés ces savoirs, ces profils ou ces normes. Plus encore, cela suppose de distinguer les corrélations des causes. En effet, seules les causes peuvent valablement fonder un savoir. Alors que les premières ne font que mettre en exergue un rapport de quelque sorte qu'il soit entre deux éléments, les secondes s'appuient sur les raisons justifiant le lien entre un élément connu à sa conséquence. Ainsi, seules les causes peuvent valablement fonder un savoir. Or avec l'usage des algorithmes, on renonce à la compréhension des causes qui fondent pourtant la rationalité depuis l'ère moderne. Le droit s'appuie d'ailleurs sur cette forme de rationalité par les causes en rejetant les décisions qui seraient prises, à l'égard des individus sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données.

Dès 1995, la directive 95/46,840 abrogée par le règlement 2016/679,841 énonçait que « les

⁸³⁹ Ibid.

⁸⁴⁰ Art. 15 Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Etats membres reconnaissent à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc. ». Ce principe est largement repris dans le règlement 2016/679 au considérant n° 71 dans la mesure où ce dernier prévoit que la personne concernée par le traitement de données « devrait avoir le droit de ne pas faire l'objet d'une décision, qui peut comprendre une mesure, impliquant l'évaluation de certains aspects personnels la concernant, qui est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé et qui produit des effets juridiques la concernant ou qui, de façon similaire, l'affecte de manière significative, tels que [...] des pratiques de recrutement en ligne sans aucune intervention humaine ». Renforçant encore la méfiance du droit à l'égard des algorithmes et l'importance d'une rationalité « moderne » fondée sur la cause, le considérant n° 71 précise qu' « en tout état de cause, un traitement de ce type devrait être assorti de garanties appropriées, qui devraient comprendre une information spécifique de la personne concernée ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision ». La prohibition de fonder une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité figure également à l'article 10 de la loi dite « informatique et libertés » de 1978 modifiée par la loi du 20 juin 2018.⁸⁴² Ces garanties ne concernent toutefois que les données à caractère personnel, c'est-à-dire des données se rapportant à des personnes identifiées ou identifiables. Or le profilage algorithmique peut fonctionner avec des données anonymes. Cependant, en matière de recrutement ou d'évolution de la carrière les données en présence sont des données à caractère personnel donc l'employeur ne peut fonder sa décision sur un traitement automatisé de ces mêmes données. Dans ce domaine, l'évaluation qui préside à la décision doit par conséquent rester humaine, le profilage algorithmique n'intervenant que comme support de la décision. Tout l'enjeu est donc de garantir l'effectivité d'une évaluation « humaine » des candidats à l'emploi ou des salariés. Pourtant, l'algorithme est en soi une construction sociale donc nécessairement humaine. Le problème réside dans le

⁸⁴¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁸⁴² Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

fait que son paramétrage traduit des choix forcément subjectifs. Comme le remarque le rapport de la CNIL relatif aux enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle, « tout algorithme est (...) en un sens, biaisé, dans la mesure où il est toujours le reflet – à travers son paramétrage et ses critères de fonctionnement, ou à travers les données d'apprentissage qui lui ont été fournies – d'un système de valeurs et de choix de société. »⁸⁴³ La question est donc de savoir comment l'algorithme est paramétré et par quelle personne. Or, la complexité technique des algorithmes jointe au secret industriel, conduit à une asymétrie de l'information entre leurs concepteurs et ceux auxquels ils sont appliqués. Toutefois, le législateur a prévu une exigence de transparence à l'article L. 1222-2 du code du travail qui impose à l'employeur l'information préalable des salariés s'agissant des « méthodes et techniques d'évaluation professionnelles mises en œuvre à son égard ». Par conséquent, dès lors que l'algorithme a pour ambition d'évaluer les salariés, cette disposition serait applicable.

Malgré le respect de ladite exigence de transparence, il n'en demeure pas moins difficile de s'assurer de la fiabilité des données collectées. En effet, la croyance naïve dans l'objectivité des algorithmes se heurte également au problème de la fiabilisation des données ou de leur manque de rigueur.⁸⁴⁴ Plus encore, si l'on veut par ces procédés créer un profil idéal pour tel poste de travail, il convient de s'assurer de la qualité, de la quantité et de la pertinence des données récoltées, caractéristiques que ces dernières ne remplissent pas nécessairement.⁸⁴⁵ La première renvoie à la vérification que les données ne sont pas erronées ou périmées. Un tel examen n'est pas à négliger s'agissant d'un recrutement fondé sur des données issues des réseaux sociaux professionnels puisqu'il s'avère que les individus ont tendance à embellir leur CV ou au contraire à ne pas le mettre à jour.⁸⁴⁶ La seconde caractéristique quant à elle, renvoie à l'exhaustivité des données. En effet, une appréciation objective exclut d'avoir une vision partielle de la réalité. L'employeur devrait ainsi prendre en compte l'ensemble des données. Toutefois, cela ne signifie pas que « l'accumulation irréfléchie de données doit constituer un objectif en soi. [Parfois] la simple variété des données sera plus précieuse que

⁸⁴³ Rapport CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, 2017, p. 31. Disponible sur le lien suivant : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf

⁸⁴⁴ Sur l'exigence de fiabilité Cf. B. Dabosville, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 123, 2013, n° 368 et s.

⁸⁴⁵ Sur ces caractéristiques des données cf. Rapport CNIL, op.cit., p. 39-40.

⁸⁴⁶ Ibid.

leur simple quantité. »⁸⁴⁷ Enfin, la troisième caractéristique, celle de pertinence, fait échos aux biais qui peuvent présider à la collecte des données telles l'intégration de données reflétant des discriminations prohibées.⁸⁴⁸ Dès lors, une telle exigence restreint la marge de liberté laissée lors de la mise au point de l'algorithme c'est-à-dire, au moment de son paramétrage.

A la lecture de certaines dispositions légales, il apparaît cependant que le législateur veille bien au respect des caractéristiques précitées et à travers elles, au respect de l'exigence de fiabilité de la donnée. La nécessité d'utiliser des données de qualité ressort notamment de l'obligation faite aux salariés de « répondre de bonne foi » aux demandes d'informations émanant de l'employeur.⁸⁴⁹ Lorsqu'il s'agit d'un traitement de données à caractère personnelle, la loi dite « informatique et libertés » de 1978 modifiée dispose dans le même sens que les données à caractère personnel doivent être « exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ».⁸⁵⁰ Il est alors exigé par la même loi que les données « inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées.⁸⁵¹ Outre la qualité, il est également fait référence dans cette disposition à la quantité des données puisque celles-ci doivent être exhaustives. S'agissant du respect de la pertinence notamment, il peut être fait référence au 3° de l'article 6 de la loi précitée qui dispose que les données « sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs. » De même, l'article L. 1222-3 du code du travail dispose que les méthodes et techniques d'évaluation des salariés doivent être « pertinentes au regard de la finalité poursuivie ».

313. Distinguer les deux temps décrits ci-dessus permet de comprendre le profilage algorithmique. Il s'agit de percevoir la différence entre d'une part, l'information ou les traces individuelles abandonnées par les utilisateurs d'internet et d'autre part, le savoir produit au niveau du profilage qui n'est pas disponible aux individus ni perceptible par eux. Ce savoir leur est néanmoins appliqué dans un troisième temps, de manière à en inférer une connaissance ou des prévisions probabilistes quant à leurs préférences, intentions,

⁸⁴⁷ Ibid.

⁸⁴⁸ Cf. infra, n°

⁸⁴⁹ Art. L1222-1 C. du trav.

⁸⁵⁰ Art. 6 4° de la loi précitée.

⁸⁵¹ Ibid.

propensions qui ne seraient pas autrement manifestes.⁸⁵² Il en est par exemple ainsi des données collectées par des plateformes visant à recruter des salariés sans que ces derniers en soient informés. Le troisième temps est donc celui de l'usage de ces savoirs probabilistes statistiques à des fins d'anticipation de comportements individuels, qui sont rapportés donc à des profils définis sur la base de corrélations découvertes par le datamining. C'est le temps de l'application de ces normes ou profils à des comportements individuels, temps qui marque celui d'un déterminisme numérique. Ainsi, les algorithmes prédictifs conduisent à lever le « voile d'ignorance »⁸⁵³ qui entourait les caractéristiques de chaque individu. Leur efficacité prédictive serait d'autant plus grande que le « profil » lié à l'individu pourrait lui être adapté de façon efficace par la démultiplication des corrélations employées, au point de sembler éviter l'usage de toute catégorie discriminante et de pouvoir même prendre en compte ce qu'il y a de plus singulier chez un individu, de plus éloigné des grands nombres et des moyennes. Bref, on peut se trouver face à une normativité en apparence « démocratique », dépourvue de référence à des classes et catégories générales.⁸⁵⁴ Comme le remarquent des auteurs, « la cécité des algorithmes relativement aux catégorisations (sociales, politiques, religieuses, éthiques, de genre...) socialement éprouvées est l'argument récurrent que brandissent ceux qui sont favorables à leur déploiement en lieu et place de l'évaluation humaine (...) dès lors, le datamining et le profilage algorithmique, dans leur rapport en apparence non sélectif au monde, semblent prendre en considération l'entièreté de chaque donnée jusque dans ses aspects les plus triviaux et les plus insignifiants, mettant tout le monde à égalité. »⁸⁵⁵ Cette position est toutefois sujette à critiques. Certaines données anonymes en apparence anodines, peuvent en réalité reconstituer des catégories discriminantes avec un haut degré de probabilité comme la fréquentation de tel établissement, la lecture de telle revue, qui révélerait l'origine ou les orientations sexuelles ou politiques d'une personne.

Malgré le découpage du processus algorithmique en trois temps différents, ces temps tendent à se confondre et leur fonctionnement normatif est d'ailleurs d'autant plus puissant que ces trois temps se nourrissent mutuellement. Il devient donc nécessaire de réfléchir à un encadrement procédural plus protecteur des internautes susceptibles notamment en tant que

⁸⁵² A. Rouvroy et T. Berns, art. précit, p. 171.

⁸⁵³ A. Rouvroy, « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des big data » in *Rapport du Conseil d'Etat - Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, 2014, p. 416.

⁸⁵⁴ A. Rouvroy et T. Berns, art. précit, p. 172.

⁸⁵⁵ Ibid.

candidats à un emploi, de subir des conséquences négatives du profilage algorithmique.

- b) Perspectives d'un encadrement procédural de la conception et de l'usage des algorithmes prédictifs

314. Outre la nécessaire protection des libertés et droits fondamentaux de la personne qu'induit l'usage des algorithmes prédictifs, il s'agit d'étudier la validité objective des inférences à l'origine des mesures de gestion du personnel prises par le biais des algorithmes. A cet égard, la garantie du respect de certains droits procéduraux s'avère essentielle. Certaines dispositions de droit interne issues de la loi informatique et libertés de 1978 sont de nature à poser les jalons d'un encadrement procédural de l'usage des algorithmes prédictifs dans la prise de décision administrative et privée. Mais plus que ladite loi, c'est le règlement général de protection des données entré en vigueur depuis le 25 mai 2018 qui va plus loin en ce sens. Ces dispositions peuvent être rapprochées de certaines propositions émises antérieurement par le Conseil d'Etat dans son rapport sur le numérique et les droits fondamentaux publié en 2014.⁸⁵⁶ Parmi les objectifs affichés dans ledit rapport, figure celui de définir un droit des algorithmes prédictifs autour de quelques principes procéduraux qui garantissent la validité des inférences c'est-à-dire, des « prédictions » résultant de l'usage des algorithmes.⁸⁵⁷ Dès lors, il peut être utile d'étudier les dispositions issues de la loi de 1978 et du règlement de l'Union européenne à l'aune de ces principes. Il s'agit des principes d'une intervention humaine effective dans la prise de décision au moyen d'algorithmes, (i) de non-discrimination (ii) et de transparence. (iii)

- i) Un principe d'intervention humaine dans la prise de décision au moyen d'algorithmes

315. Garantir un tel principe permet de ne pas couper la connaissance issue de l'algorithme d'une décision humaine seule à même de déceler la singularité qui caractérise les actions humaines (des actions transformées pourtant en données quantifiables par l'intelligence artificielle) comme d'examiner la pertinence des corrélations établies par cette dernière. En d'autres termes, l'objectivité ou la validité de la prédiction de l'algorithme dépend de l'intervention d'un sujet. En ce sens, il convient de rappeler ce qui existe déjà et qui s'applique également aux mesures de gestion du personnel et en particulier, au recrutement ou

⁸⁵⁶ Conseil d'Etat - Le numérique et les droits fondamentaux, La documentation française, 2014.

à l'évolution de carrière. Est ainsi illicite la décision fondée uniquement sur les résultats de l'algorithme et ce, en vertu de l'article 10 de la loi informatique et libertés de 1978 modifiée. Pareille illicéité a pour but d'éviter le recours aveugle à l'informatique ou à l'intelligence artificielle susceptible de donner aux décisions issues de sa mise en œuvre un caractère prétendument incontestable. A cet égard, le rapport Tricot précédant la loi soulignait ce risque. Allant plus loin, ledit rapport qualifiait de « démission » le fait de « s'en remettre entièrement à [l'informatique], pour apprécier les situations humaines ». Est donc proscrit le profilage automatique, c'est-à-dire la prise de décision impliquant l'appréciation d'un comportement humain sur le fondement d'un algorithme établissant le profil d'un individu. La CNIL veille à la mise en œuvre de cette prohibition et peut donc recevoir des plaintes à cet égard. Pareille interdiction est toutefois assortie de nuances. Stricte pour les décisions de justice qui ne peuvent être fondées sur un tel traitement automatisé, ladite prohibition l'est moins pour les décisions administratives et privées. En effet, l'article 10 de la loi de 1978 telle que modifiée par la loi du 20 juin 2018 interdit seulement que le traitement automatisé soit le seul fondement de la décision prise. C'est en effet, ce qui ressort dudit article qui dispose qu'« aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données à caractère personnel, y compris le profilage ». Cela signifie donc que l'employeur peut tout de même, par exemple, prendre en compte les résultats des algorithmes mis en œuvre pour l'aider à prendre une décision. Il doit seulement veiller à ce que sa décision repose également sur d'autres fondements que le profilage algorithmique. Le règlement général sur la protection des données s'inscrit également dans cette perspective. En effet, le considérant n°71 dudit règlement ne dit pas autre chose lorsqu'il dispose que « la personne concernée [par le profilage] devrait avoir le droit de ne pas faire l'objet d'une décision, qui peut comprendre une mesure, impliquant l'évaluation de certains aspects personnels la concernant, qui est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé [des données à caractère personnel] et qui produit des effets juridiques la concernant ou qui, de façon similaire, l'affecte de manière significative, [telles] (...) des pratiques de recrutement en ligne sans aucune intervention humaine. »

En outre, l'article 22-1 dudit règlement dispose que « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y

⁸⁵⁷ Ibid., p. 299 s.

compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire. » En revanche, contrairement à l'article 10 de loi de 1978, l'article 22-1 du règlement européen a un caractère supplétif. En effet, l'article 22-2 écarte l'application de l'article 22-1 dans trois hypothèses parmi lesquelles seules deux semblent pertinentes en matière d'évaluation des qualités professionnelles ou de « prédiction » de la réussite professionnelle. Ainsi une décision peut être exclusivement fondée sur un profilage algorithmique si cela est autorisé par le droit de l'Union ou par celui de l'Etat membre auquel le responsable du traitement est soumis et que des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée sont prévues.⁸⁵⁸ Rappelons à cet égard, que l'employeur peut être responsable du traitement dès lors qu'il a la capacité juridique et organisationnelle à définir les finalités (à quoi va servir le traitement ?) et les moyens du traitement des données à caractère personnel (comment va-t-on atteindre l'objectif fixé ?).⁸⁵⁹ Par conséquent, dès lors que le droit interne, en vertu de l'article 10 de la loi de 1978, prohibe les décisions fondées exclusivement sur le profilage algorithmique, une telle modalité de profilage ne peut être appliquée aux candidats à l'emploi ou aux salariés en France.

La seconde hypothèse écartant l'application de l'article 22-1 du règlement européen nourrit davantage d'inquiétudes. En effet, l'article 22-2 c) lève l'interdiction de fonder exclusivement une décision sur le profilage algorithmique dès lors que la personne concernée y a consenti explicitement. Ainsi, le consentement individuel d'un candidat à l'emploi ou d'un salarié suffit pour contourner la prohibition posée par l'article 22-1 du règlement et par ricochet par l'article 10 de la loi de 1978. Or, la valeur du consentement individuel lorsqu'est en jeu la carrière ou l'accès à l'emploi d'un candidat est à relativiser. Appliquée en matière de recrutement, pareille exception risque de faciliter la généralisation des décisions de recrutement ou de promotion fondées exclusivement sur le profilage algorithmique. En effet, il n'existe aucune garantie protégeant ceux qui refusent l'algorithme prédictif comme fondement exclusif, contre le risque d'être écartés de l'emploi auquel ils postulent. Comment considérer alors que l'exigence d'objectivité de la mesure de gestion du personnel puisse être

⁸⁵⁸ Art. 22-2 b.

⁸⁵⁹ Art. 3 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n°2004-801 qui définit le responsable du traitement comme étant « sauf désignation expresse par les dispositions législatives ou réglementaires relatives à ce traitement, la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens. »

véritablement satisfaite dans ces conditions ? Le recours au consentement du candidat à l'emploi ou du salarié est ainsi susceptible de mettre à mal l'exigence initialement posée par l'article 22-1 du règlement.

316. Plus respectueuse de l'exigence d'objectivité est la proposition n°23 du Conseil d'Etat de 2014.⁸⁶⁰ Pour assurer l'effectivité de l'interdiction de fonder une décision sur la seule mise en œuvre d'un traitement automatisé, la proposition énonce tout d'abord que l'intervention humaine dans la décision doit être réelle et non seulement formelle. En d'autres termes, il convient de s'assurer que la décision ne résulte pas d'une évaluation humaine uniquement dans son apparence. Ensuite, ladite proposition préconise l'énonciation dans un instrument de droit souple, des critères d'appréciation du caractère effectif de l'intervention humaine. En vue d'une application des algorithmes prédictifs dans le processus de recrutement, une telle détermination pourrait être insérée dans une charte. Au-delà des instruments de droit souple, cette énonciation pourrait faire l'objet d'un accord collectif de travail. Pareille voie n'est toutefois pas pour l'heure préconisée par un texte. Il appartient aux représentants du personnel de se saisir de la question à condition toutefois que l'employeur accepte. Le rapport du Conseil d'Etat propose plusieurs pistes comme une évaluation ex ante du dispositif d'évaluation par l'usage d'algorithmes prédictifs. Par exemple, la qualification de l'évaluateur pourrait faire partie des éléments d'appréciation du caractère effectivement « humain » de l'évaluation. De même, l'évaluateur pourrait être tenu en amont de toute évaluation, à une obligation d'information sur les autres éléments ayant servi à apprécier les qualités professionnelles. Pour compléter cette évaluation ex ante, une évaluation ex post peut également être prévue par la mesure du pourcentage de propositions de l'algorithme qui ont été suivies. Un fort taux de conformité pourrait ainsi révéler l'absence d'intervention humaine effective dans la prise de décision.

ii) Garantir l'exclusion de données sources de discriminations prohibées

317. L'exigence d'objectivité implique également de s'assurer que les algorithmes ne sont pas conçus comme des instruments de discriminations illicites. A cet égard, les concepteurs de la machine doivent exclure de son paramétrage les données qui constituent des critères de discriminations vecteurs de préjugés et donc d'inférences non valables. Ainsi, les responsables du traitement ou l'employeur doivent également respecter les exigences

⁸⁶⁰ Conseil d'Etat, op.cit., p. 343.

formulées par la loi du 27 mai 2008, à savoir ne pas fonder leur décision sur des critères comme l'origine ethnique, la religion, l'opinion politique, l'affiliation syndicale ou l'orientation sexuelle par exemple. Va également en ce sens le règlement européen qui dispose dans son considérant n° 71 que « la prise de décision et le profilage automatisés fondés sur des catégories particulières de données à caractère personnel ne devraient être autorisés que dans des conditions spécifiques. »

318. Cependant comme le relève le rapport du Conseil d'Etat, la mise en œuvre du principe de non-discrimination suscite plusieurs difficultés.⁸⁶¹ D'abord, l'interdiction de traiter de telles données peut être contournée par l'introduction d'autres variables, en apparence anodines, qui les révèlent avec un haut degré de probabilité comme la fréquentation de tel établissement, la lecture de telle revue, qui révélerait l'origine ou les orientations sexuelles ou politiques d'une personne. Il est donc possible de reconstituer des informations sur les critères de discrimination prohibés à partir de données en apparence anodines. A cet égard, le règlement européen semble prendre implicitement en compte ce type de contournement. En effet, le considérant n°71 énonce que « le responsable du traitement devrait sécuriser les données à caractère personnel d'une manière qui tienne compte des risques susceptibles de peser sur les intérêts et les droits de la personne concernée et qui prévienne, entre autres, les effets discriminatoires à l'égard des personnes physiques fondées sur l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, la religion ou les convictions, l'appartenance syndicale, le statut génétique ou l'état de santé, ou l'orientation sexuelle, ou qui se traduisent par des mesures produisant un tel effet. » L'absence de précision du type de données à caractère personnel qu'il convient de sécuriser permet ainsi d'englober ces fameuses données en apparence anodines susceptibles de produire des effets discriminatoires sur la personne ciblée par l'algorithme.

319. Une autre source de difficultés à faire respecter le principe de non-discrimination existe également. En effet, si les traitements de données sont déclarés et autorisés par la CNIL, les modalités de mise en œuvre des algorithmes sont complexes et difficiles à comprendre, notamment en raison du secret industriel qui les protège. Force est alors de constater une asymétrie d'information sur leur mise en œuvre qu'il est nécessaire de corriger dans l'intérêt des personnes concernées, les salariés ou candidats à l'emploi, ainsi que dans

celui des organisations qui les mettent en œuvre, lesquelles peuvent avoir du mal à en percevoir toutes les implications et leur accorder une confiance excessive. Pour lever le voile sur leur fonctionnement, des procédures de contrôle des processus algorithmiques s'avèrent nécessaires. A cet égard, l'article 44 de la loi de 1978 permet déjà aux membres de la CNIL et aux agents de contrôle d'accéder aux programmes informatiques et aux données collectées. Ce contrôle permet donc de déceler comment l'algorithme est conçu et s'il prend en compte des données discriminatoires. Un tel contrôle n'est toutefois pas suffisant en raison de son caractère ponctuel puisqu'il suppose une saisine de la CNIL par le dépôt d'une plainte. Plus ambitieuse est la proposition du Conseil d'Etat de créer la profession « d'algorithmiste », composée d'experts en science informatique et en statistiques et de l'encadrer par des règles de déontologie et par des contrôles analogues à ceux des professions comme les médecins ou les commissaires au compte. Ces experts pourraient même être habilités à faire des contrôles internes aux entreprises ou externes sous la responsabilité des gouvernements ou par l'intermédiaire de la CNIL pour vérifier la validité des algorithmes.

En matière de discriminations, ce contrôle consisterait à mener des opérations de testing sur la mise en œuvre des algorithmes, opérations spécifiques à l'établissement des dites discriminations. En effet, malgré leur complexité technique et le secret industriel entourant leur conception, les algorithmes ne sont pas des boîtes noires impossibles à contrôler. On peut tester leurs résultats sans qu'il soit besoin de connaître le détail de leur fonctionnement interne. Il s'agirait de soumettre une multitude de données entrantes au programme informatique et de se livrer à une observation statistique des résultats issus de l'algorithme pour déceler ses caractéristiques. Cette approche dite « d'ingénierie inversée » permet d'établir des discriminations illicites dans les algorithmes de moteurs de recherche. Cela suppose toutefois de disposer de moyens humains et donc, de recruter des data scientists. Ainsi, la proposition n°25 figurant dans le rapport du Conseil d'Etat préconise qu'il faudrait dans le cadre de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978 et dans le respect du secret industriel, développer le contrôle des algorithmes par l'observation de leurs résultats, notamment pour détecter des discriminations illicites, en renforçant à cette fin les moyens humains dont dispose la CNIL.⁸⁶²

⁸⁶¹ Sur ces difficultés cf. Conseil d'Etat, op.cit., p. 238.

⁸⁶² Conseil d'Etat, op.cit., p.343. En ce sens, v. aussi recommandation n°4 de la CNIL « Constituer une plateforme d'audit des algorithmes », op.cit., p. 57.

iii) Garantir la transparence de la décision par la tenue d'un débat contradictoire préalable

320.La validité des « prédictions » émises par l'algorithme dépend enfin d'une discussion éclairée sur l'objectivité de la mesure prise au moyen de cet outil. Appliquée au droit du travail, l'exigence d'objectivité implique en effet, une énonciation des inférences ayant permis à l'employeur de tirer des conclusions sur le candidat à l'emploi. Pareille énonciation conditionne alors la mise à l'épreuve de ces inférences. Ce n'est pas parce que celles-ci émanent d'une intelligence artificielle aussi sophistiquée soit-elle, qu'il convient de se soustraire à tout débat. Il convient donc de mettre en place des garanties de procédure et de transparence lorsque les algorithmes sont utilisés pour prendre une décision à l'égard d'une personne, par exemple un candidat à l'emploi lors du recrutement ou d'un salarié lors d'une promotion ou mutation. Cela signifie que le candidat à l'embauche ou le salarié faisant l'objet d'une décision s'appuyant sur la mise en œuvre d'un algorithme prédictif devrait avoir le droit de connaître les données utilisées. En effet, seule une telle information permet de vérifier si celles-ci ne sont pas erronées. Mieux, pareille extériorisation ouvre la voie à une explication sur le raisonnement sous-jacent à l'algorithme par l'employeur et donc à la possibilité pour le salarié de présenter ses observations ou arguments de nature à contredire la prédiction de l'algorithme. En d'autres termes, l'information sur le fonctionnement de l'algorithme permet un échange préalable à la décision entre salarié et employeur de telle manière que ce dernier puisse les prendre en compte. En somme, l'application des algorithmes du Big data devrait être entourée de garanties de « due process » analogues à celles qui régissent la procédure juridictionnelle⁸⁶³ au premier rang desquelles, le respect du contradictoire.

A cet égard, l'article 39 de la loi de 1978 prévoit que toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés. Même si la loi de 1978 semble instaurer des garanties procédurales, elle demeure muette sur l'instauration de procédures précises. Elle ne précise pas non plus que cette discussion doit être préalable à la décision. En outre, ladite loi n'oblige pas le responsable du traitement à une information destinée à la personne concernée sur sa possibilité de discuter des prédictions émises par l'algorithme. La seule obligation d'informer à laquelle on peut se rattacher en droit du travail c'est celle qui pèse sur l'employeur en matière d'évaluation. En effet, l'employeur est tenu à une obligation d'information préalable

⁸⁶³ K. Crawford et J. Shulz, « Big Data and Due Process : Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms », *Boston College Law Review*, Vol. 55, 2014.

des représentants du personnel sur les dispositifs d'évaluation. Cependant, pareille transparence n'est pas assortie d'une obligation de consulter ces derniers. Il n'y a donc pas de réelle mise à l'épreuve de la validité du savoir produit par l'algorithme au niveau collectif. Enfin, la loi de 1978 ne prévoit pas de sanction en l'absence de discussion contradictoire avec la personne concernée. Le respect du contradictoire est donc simplement facultatif, soumis à la demande de cette dernière.

321.Le règlement européen est quant à lui plus ambitieux en ce sens. Son considérant n°60 pose un principe de traitement loyal et transparent qui implique que la personne concernée soit informée de l'existence de l'opération de traitement et de ses finalités. L'information ne sera donc pas dorénavant seulement facultative, à la demande de la personne concernée par la collecte des données, mais systématique. En outre, le considérant n°60 prévoit que ladite personne soit informée de l'existence d'un profilage et des conséquences de celui-ci. Le considérant n°71 du règlement est encore plus clair à ce sujet puisqu'il prévoit un droit à une information spécifique de la personne concernée par le profilage ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision. Le règlement de l'Union européenne rejoint en ce sens, la proposition n°24 du Conseil d'Etat.⁸⁶⁴ En effet cette dernière préconisait d'imposer aux auteurs des décisions s'appuyant sur la mise en œuvre d'algorithmes, une obligation de transparence sur les données personnelles utilisées par lesdits algorithmes et sur le raisonnement général suivi par celui-ci d'une manière telle, que la personne faisant l'objet de la décision puisse faire valoir ses observations.

Paragraphe 2nd : La capacité prédictive de l'évaluation comptable de l'entreprise

322.L'évaluation de la qualité prédictive de l'évaluation comptable nécessite au préalable de rappeler le caractère polysémique de la comptabilité. Définie par l'article 121-1 du Plan comptable général (PCG), la comptabilité est « un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter

⁸⁶⁴ Conseil d'Etat, op.cit., p. 343. V. aussi en ce sens la recommandation n°2 de la CNIL « rendre les systèmes algorithmiques compréhensibles en renforçant les droits existants et en organisant la médiation avec les utilisateurs », op.cit., p. 56. Allant plus loin, la CNIL précise l'exigence de transparence par celle d'intelligibilité ou d'explicabilité des algorithmes comme suit « plus que d'avoir accès directement au code source, l'essentiel serait d'être à même de comprendre la logique générale de fonctionnement de l'algorithme. Cette logique devrait pouvoir être comprise par tous et donc énoncée verbalement et non sous la forme de lignes de code. », p. 51 du

des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture. »⁸⁶⁵ Il résulte donc de cette définition que, la comptabilité est une technique d'évaluation de la situation économique de l'entreprise. En même temps, il s'agit également d'une obligation pour le dirigeant de rendre des comptes sous la forme d'un ensemble de documents tel que le livre journal, le grand livre et l'inventaire ainsi que des documents informatifs à destination des tiers tels que le bilan, le compte de résultat et l'annexe. ⁸⁶⁶ Compte tenu du caractère polysémique de la comptabilité, il convient donc de préciser que l'évaluation de la valeur prédictive de l'évaluation comptable prend appui sur les données chiffrées inscrites dans les supports précités et en particulier, ceux destinés au tiers.

323.La valeur prédictive est une qualité éprouvée par les acteurs des marchés financiers avant de prendre une décision d'investissement. En d'autres termes, l'information comptable constitue pour ces derniers un support majeur d'établissement de leurs prévisions sur la situation économique de l'entreprise. En droit du travail, la question de la prédictivité des indicateurs comptables n'est pas non plus dénuée d'enjeux même si le contexte est très différent. Il convient ainsi de rappeler que le droit du travail est particulièrement perméable aux indicateurs comptables.⁸⁶⁷ Une telle perméabilité se manifeste par le rappel de ces derniers dans la justification d'une action ou décision patronale. En effet, l'essor d'une justification comptable de la décision de licencier pour motif économique n'est plus à démontrer depuis la loi du 8 août 2016 qui institue une définition comptable des difficultés économiques.⁸⁶⁸ Toutefois, le législateur ne s'est pas interrogé sur la valeur scientifique des indicateurs comptables présents dans la loi. Or, cette question mérite d'être posée tout comme en matière d'évaluation des qualités professionnelles où il existe pourtant une exigence légale de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation au sens où elles doivent être raisonnablement fiables. La prédictivité de l'information comptable mériterait ainsi d'être posée, en particulier, lorsqu'elle est invoquée pour justifier un licenciement pour sauvegarde

rapport précité de la CNIL.

⁸⁶⁵ Art. 121-1 du PCG version consolidée du 1^{er} janvier 2017, règlement ANC n° 2014-03.

⁸⁶⁶ S. Jubé, Droit social et normalisation comptable, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2011, p. 8 s.

⁸⁶⁷ Cette perméabilité est le vecteur d'une recomposition de l'ordre juridique étatique qui au-delà du droit du travail et de la normalisation comptable se manifeste également par le développement de mini branches du droit fondé sur le savoir scientifique et technique Ces dernières se rattachent à un ordre en marge de l'ordre juridique étatique, c'est-à-dire, à un ordre d'experts reconnus pour leurs compétences. V. M-A. Hermitte, « Qu'est-ce que le droit des sciences et des techniques », Séminaire de l'Ecole doctorale de sciences juridiques et politiques de l'Université Paris Nanterre du 8 décembre 2008.

⁸⁶⁸ Art. L1233-3 C. du trav.

de la compétitivité. En effet, ce licenciement repose sur des prévisions de dégradation de la situation économique de l'entreprise par rapport à ses concurrents. En licenciant pour ce motif, l'employeur s'inscrit dans une logique d'anticipation des difficultés économiques en caractérisant une menace actuelle sur son secteur d'activité. Or, dans quelle mesure, les indicateurs comptables permettent-ils d'anticiper de futures difficultés économiques ? A la lecture des études réalisées par les chercheurs en comptabilité, l'incertitude sur leur valeur prédictive domine.

Une telle incertitude résulte de l'existence de controverses sur l'utilité prédictive des indicateurs comptables au sein de la communauté des chercheurs en comptabilité, **(A)** des controverses qui révèlent l'absence de validité scientifique des normes comptables. **(B)**

A. Le caractère controversé de la valeur prédictive des indicateurs comptables au sein de la communauté des comptables

324. Les controverses sur la valeur prédictive des indicateurs comptables sont dues à la normativité des indicateurs comptables (1) et plus précisément, à la coexistence d'une pluralité de modèles d'évaluation comptable. (2)

1) La normativité des indicateurs comptables

325. Si un dissensus sur la prédictivité des indicateurs comptables peut être observé en comptabilité, c'est avant tout parce que lesdits indicateurs sont normés. Ainsi, leur élaboration dépend de règles porteuses de finalités discutables susceptibles d'avoir des incidences sur leur prédictivité. En effet, les données comptables résultent de normes édictées par des organes composés d'experts en comptabilité, indépendants de l'Etat.⁸⁶⁹ En France, il s'agit de

⁸⁶⁹ Historiquement, l'Etat en France avait un poids important dans le développement des standards comptables. Or, son influence n'a fait que décliner au fil du temps. Ce recul se mesure à l'aune du poids des représentants de l'Etat au sein des organismes de normalisation comptable, qui n'a fait que diminuer au profit des professions comptables et du monde économique et social. Parmi les acteurs impliqués dans ce mouvement, il n'est pas anodin de relever la prééminence accordée aux entreprises et aux experts de la profession comptable par rapport aux représentants des salariés. Voilà de quoi corroborer au-delà de la normalisation comptable, le pouvoir des experts, d'édicter les normes techniques sur lesquelles ces derniers vont fonder leur expertise. V. S. Jubé, op. cit., n° 183. Ce pouvoir prend une assise non seulement sur la complexité et la technicité d'un savoir, en l'occurrence comptable, mais aussi sur les transformations de l'ordre juridique. De la suprématie de l'ordre juridique étatique à l'aune d'une conception moniste, on est passé à une conception pluraliste des ordres juridiques et plus précisément à une prolifération de normes de source privée à travers la normalisation. S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. française de la 2^e éd. par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002.

l'Autorité des normes comptables,⁸⁷⁰ aux Etats-Unis du FASB ou Federal Accounting Standard Board et au niveau mondial, de l'IASB ou International Accounting Standard Board. Les normes comptables françaises sont inscrites dans le Plan comptable général tandis que les normes internationales dénommées IFRS ou International Financial Reporting Standards figurent dans des référentiels que l'on retrouve sur le site internet de l'IASB.

Il est communément affirmé que ces organes d'édiction des normes comptables font œuvre de normalisation. Terme polysémique contenant les mots « norme » et « normal », la normalisation s'inscrit dans un processus : celui de rendre normal par référence à une norme de conduite qui fait figure de modèle.⁸⁷¹ Plus encore, la normalisation fait référence à un processus d'élaboration de standards techniques et de gestion présents dès les années 1920 avec la création en 1926 de l'Association Française de Normalisation ou AFNOR. Il peut être également remarqué que le terme de normalisation a été transposé aux individus et à leur conduite. Dans les années 1930, G. Bateson considère la normalisation comme « le processus qui modèle les individus d'une communauté et fait que leur comportement se ressemble ».⁸⁷²

A la fin des années 1960, le terme est employé dans le champ politique pour décrire la stabilisation des relations bouleversées entre deux pays.⁸⁷³ Toutefois, c'est la dimension technique qui prévaut dans la normalisation comptable. Ainsi selon le Plan comptable général de 1982 adopté par arrêté interministériel du 27 avril 1982, « la normalisation comptable a pour objet :

- l'amélioration de la comptabilité ;
- la compréhension des comptabilités et leur contrôle ;
- la comparaison des informations comptables (dans le temps et dans l'espace) ;
- la consolidation des comptabilités dans le cadre élargi de groupes, secteurs d'activité, de régions ou de la nation ;

⁸⁷⁰ Dans le cadre de la réforme de modernisation du processus français de normalisation comptable, le décret du 15 janvier 2010 a institué l'Autorité des normes comptables, après fusion du Conseil national de la comptabilité et du Comité de la réglementation comptable. L'Autorité des normes comptables fixe dorénavant les règles de la comptabilité privée qui devront être homologuées par le ministre chargé de l'économie et des finances.

⁸⁷¹ Cf. « Normalité », Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, ss. la dir. d'A.-J. Arnaud, LGDJ, 2ème éd., 1993.

⁸⁷² G. Bateson, 1936, *La cérémonie de Naven*, trad.fr., Paris, éditions de Minuit, 1971, cité par. A.-J. Arnaud, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2° éd. Paris, LGDJ, 1993, p. 390.

⁸⁷³ Ibid.

- l'élaboration de statistiques. »⁸⁷⁴

Cette même version du Plan comptable prévoit également que « la normalisation comptable recouvre d'une part, la définition de normes et d'autre part, leur application en vue de l'harmonisation des comptabilités ».⁸⁷⁵ Pour autant, pareille dimension technique de la normalisation n'implique pas l'univocité des normes comptables. En effet, il a déjà été souligné qu'il n'y a pas une seule mais plusieurs processus de normalisation comptable en fonction des pays.⁸⁷⁶ Ainsi, il y a une approche française et une approche anglo-saxonne de la normalisation. Cela signifie qu'à l'instar des normes juridiques, les normes comptables sont contingentes à des cultures. Contrairement aux sciences de la nature, le savoir comptable n'est pas universel. Un spécialiste de la comptabilité observe ainsi que « dès que l'on creuse [l']histoire [de la comptabilité] (...) on s'aperçoit qu'elle est tout sauf neutre. N'en déplaise à beaucoup d'experts attachés à l'image d'une science objective, c'est une discipline subjective, au sens très précis où elle est modelée par un sujet qui a le pouvoir. Non pas qu'elle soit incapable de donner des chiffres correspondant à une certaine réalité, mais cette réalité est construite par cet acteur qui a le pouvoir en fonction de sa vision des choses. Ce n'est pas une photographie, mais une image élaborée en fonction de certains présupposés. L'histoire le fait bien ressortir. Entre la comptabilité telle qu'on la pratiquait au XIXe siècle, celle qu'on a utilisée pendant la plus grande partie du XXe siècle et celle qui s'est installée récemment, il y a de grandes différences de concepts et de représentations comptables. »⁸⁷⁷ Les données comptables résultent donc de règles qui procèdent de choix en tant que tels discutables. Par exemple, le Plan comptable général, manifestation de l'approche française de la normalisation comptable, a été conçu pour répondre aux besoins de plusieurs destinataires : fisc, investisseurs, entreprises. Les normes IFRS, manifestation au niveau mondial de l'approche anglo-saxonne, ont été conçues quant à elles, pour répondre aux besoins des seuls investisseurs. A travers la normalisation comptable internationale, on assiste donc à la promotion d'un cadre conceptuel pro-investisseurs⁸⁷⁸ destiné aux acteurs des marchés financiers et à la satisfaction de leurs intérêts.

⁸⁷⁴ PCG 1982, Titre 1, Chapitre 1, section II.

⁸⁷⁵ Ibid.

⁸⁷⁶ S. Jubé, *op.cit.*, p. 17.

⁸⁷⁷ J. Richard, « Comment la comptabilité modèle le capitalisme. Entretien avec Jacques Richard », *Le Débat*, 2010/4 (n° 161), p. 53.

⁸⁷⁸ B. Colasse, *Les fondements de la comptabilité*, La Découverte, coll. « Repères », 2007.

De telles divergences alimentent des débats parmi les chercheurs en comptabilité sur la pertinence des normes comptables.⁸⁷⁹ Les discussions sur la qualité prédictive des indicateurs comptables n'est pas en reste. Ainsi, un même indicateur comptable sera jugé davantage prédictif dans un pays plutôt que dans un autre parce que le processus de normalisation dont il est issu n'aura pas été le même. A cet égard, il convient de citer les résultats de chercheurs en comptabilité ayant mené une étude comparative sur la capacité prédictive de certains indicateurs comptables⁸⁸⁰ au début des années 2000 dans trois pays pratiquant des normalisations différentes à savoir, la France, la Suisse et les Etats-Unis.⁸⁸¹ Il résulte de cette étude que l'utilité prédictive dépend « des règles régissant le fonctionnement des marchés financiers et la normalisation comptable dans chaque pays. ». Ainsi, « pour prédire les flux de trésorerie, les mesures de performance doivent reposer sur des normes comptables qui favorisent la précision et qui laissent peu de place à la flexibilité (mesures fiables). Une trop grande latitude dans l'application des règles comptables peut réduire considérablement l'utilité prédictive des mesures de performance. »⁸⁸² Autrement dit, « pour servir d'indicateurs des perspectives d'avenir, les mesures de performance doivent être calculées selon des règles claires et précises. » L'étude conclue ainsi que pour « prédire la valeur ajoutée, (...) le cadre [normatif] français est nettement plus performant que le cadre suisse ou américain » Les normes comptables françaises adoptent en effet, une perspective teintée de juridisme. La fonction contractuelle au regard des obligations fiscales et sociales l'emporte alors sur l'utilité décisionnelle de l'information comptable. Cela signifie qu'avec une telle approche de normalisation, peu de latitude est laissée aux dirigeants dans la façon de mesurer et de présenter l'information. Autrement dit, la normalisation française offre un cadre moins discrétionnaire donc plus objectif, pour le calcul des indicateurs comptables que le cadre normatif suisse ou américain. Pour autant, cela ne signifie pas que même lorsqu'ils sont calculés d'après les normes françaises, les indicateurs comptables expriment la « vérité de

⁸⁷⁹ B. Hamdi et T. Mejri, « La pertinence de l'information comptable en juste valeur dans le contexte de la crise financière : le cas de l'industrie bancaire européenne », *Rev. Compta.*, 2017/3 (Tome 23), p. 29-62.

⁸⁸⁰ La prédictivité des cinq indicateurs comptables suivants a été éprouvée : résultat net, résultat d'exploitation, flux de trésorerie d'exploitation, résultat résiduel et la valeur ajoutée.

⁸⁸¹ D. Cormier et al., « La pertinence et l'utilité prédictive de mesures de performance financière : une comparaison France, Etats-Unis et Suisse », *Rev. Compta.*, 2001/1 (Tome 7), p. 77-105.

⁸⁸² Il est également démontré par d'autres études que la flexibilité des règles comptables permet aux dirigeants d'exercer leur jugement pour publier des résultats en fonction d'objectifs discrétionnaires. R.L Watts, J.L Zimmerman, « Positive Accounting Theory : A Ten Year Perspective », *The Accounting Review* 65, 1990, p. 131-156 cité par R. Janin et Ch. Piot « L'influence des auditeurs externes et des comités d'audit sur le contenu informatif des manipulations comptables », *La Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion* n° 233, sept-oct. 2008, p. 23.

l'entreprise ». En effet, au-delà des contingences nationales qui marquent la normalisation comptable, le savoir comptable ne repose pas sur une théorie générale permettant de vérifier la validité scientifique des normes édictées.⁸⁸³

326.La normativité de la comptabilité constitue toutefois « un angle mort en droit social ». ⁸⁸⁴ En effet, le législateur et les juges ne tirent aucune conséquence de la normativité des données comptables, normativité qui est appliquée sans discussion dans l'ordre juridique alors même que le choix d'une approche normative de la comptabilité plutôt qu'une autre, peut influencer sur les résultats comptables et avoir in fine des incidences sur l'emploi, la rémunération ainsi que sur la protection sociale d'entreprise. Même si elle est régulièrement mise en avant par certains chercheurs en droit, cette « cécité » ou confiance aveugle dans la comptabilité comme un savoir permettant d'atteindre la « vérité de l'entreprise » persiste.⁸⁸⁵ Preuve en est la définition comptable des difficultés économiques posée par le législateur à l'article L1233-3 du Code du travail.

2) La coexistence d'une pluralité de modèles d'évaluation comptable

327.Dans le prolongement de ce qui précède, l'existence d'un dissensus sur l'utilité prédictive des indicateurs comptables au sein de la communauté des comptables, s'explique surtout par la coexistence de plusieurs modèles d'évaluation comptable. A partir de la littérature en comptabilité, deux grands modèles entrent en concurrence, à savoir l'évaluation par le coût historique caractérisant l'approche française ou continentale de la normalisation, et celle par la juste valeur qui exprime l'approche anglo-saxonne.

328.Chacun de ces modèles d'évaluation est construit en fonction des destinataires de l'information comptable, ce qui a une incidence sur le mode de calcul des indicateurs comptables. Ainsi, le Plan comptable général, destiné à une pluralité de destinataires dont les pouvoirs publics,⁸⁸⁶ va par exemple mesurer l'efficacité de l'entreprise à l'aune de la méthode du coût historique. Cette méthode permet de faire une évaluation prudente des

⁸⁸³ V. infra, n°

⁸⁸⁴ S. Jubé, « La normativité comptable : un angle mort en droit social », RDT 2009, p. 211.

⁸⁸⁵ Ibid. ; T. Sachs, « De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur », RDT 2016, p. 662.

⁸⁸⁶ V. supra, n°.

biens⁸⁸⁷ dans la mesure où pareille méthode permet d'évaluer ces derniers à leur prix d'acquisition historique diminué des pertes de valeur que ces biens ont subis effectivement depuis que l'entreprise les détient (dépréciations liées à l'usage par exemple) et diminué des pertes potentielles que des événements récents rendent probables. Même si la méthode par le coût historique reconnaît les pertes potentielles, il n'en demeure pas moins qu'elle reporte la reconnaissance des profits à la réalisation effective d'une transaction.

329. Le référentiel de l'IASB quant à lui est un cadre conceptuel qui n'est destiné qu'à une seule partie : les investisseurs financiers, et mesure le résultat comptable de l'entreprise à l'aune du modèle dit de la « juste valeur ». ⁸⁸⁸ Ce modèle d'évaluation repose sur un coût actuariel c'est-à-dire, que la juste valeur comme instrument d'évaluation revient à enregistrer en comptabilité non seulement les pertes potentielles mais aussi, ce qui est contraire au principe de prudence véhiculé par la règle du coût historique, les gains de valeur potentiels. Il s'agit ainsi d'adopter « une approche prospective (...) reposant essentiellement sur l'estimation de flux de trésorerie futurs. » ⁸⁸⁹ Plus encore, la promotion par le normalisateur international du modèle d'évaluation dit de la « juste valeur » cherche à introduire un nouveau paradigme dans le savoir comptable en rupture avec la conception redditionnelle véhiculée par le modèle du coût historique. En effet, à travers le modèle de l'évaluation par la juste valeur, la comptabilité se voudrait plus prédictive parce qu'un tel modèle permettrait de « montrer aux investisseurs potentiels et aux actionnaires la réalité économique du patrimoine de l'entreprise ». ⁸⁹⁰ Plus précisément, pareil modèle d'évaluation aiderait davantage les investisseurs à élaborer des prévisions sur les résultats futurs de l'entreprise et à corriger leurs estimations antérieures. La préférence pour cette méthode comptable résulterait donc de « sa capacité à traduire dans les comptes des valeurs actuelles, plutôt que des coûts d'acquisition historiques et obsolètes. » ⁸⁹¹ De ce point de vue purement théorique, la juste valeur apparaît alors plus pertinente pour les investisseurs que le coût historique. ⁸⁹² Cependant, on assujettit

⁸⁸⁷ B. Colasse, op. cit.

⁸⁸⁸ J. Richard, « Une comptabilité sur mesure pour les actionnaires », *Le Monde diplomatique*, 2005/11 n° 620.

⁸⁸⁹ D. Cormier et al., « Le référentiel IRS : nous dirigeons-nous vers une comptabilité au-delà du réel ? », *Rev. Compta.*, 2007/3 (Tome 13), p. 43-55.

⁸⁹⁰ O. Nafti et O. Errais « Enjeux des IAS-IFRS : entre actualisation des variables comptables et manipulation des résultats nets. Étude empirique des entreprises françaises et tunisiennes », *La Revue des Sciences de Gestion* 2013/5, n° 263-264, p. 155.

⁸⁹¹ B. Hamdi et T. Mejri, « La pertinence de l'information comptable en juste valeur dans le contexte de la crise financière : le cas de l'industrie bancaire européenne », *Rev. Compta.*, 2017/3 (Tome 23), p. 29-62.

⁸⁹² M. E. Barth, « Including estimates of the future in today's financial statements », *Accounting Horizons* 20 (3),

ainsi l'estimation du résultat comptable aux fluctuations des marchés. En ce sens, l'évaluation par la juste valeur cherche à faire coïncider la représentation comptable de l'entreprise avec sa valeur sur les marchés financiers ou sur les cours de la Bourse.⁸⁹³

Au-delà des débats sur l'utilité prédictive des indicateurs comptables calculés d'après la méthode de la juste valeur, une telle visée nourrit les controverses politiques sur le choix des modèles d'évaluation comptable.⁸⁹⁴ Ainsi, les opposants au choix de la méthode par la juste valeur soulignent qu'un tel procédé renforce la logique de rentabilité à court terme dans laquelle s'inscrivent les investisseurs alors que la méthode du coût historique favoriserait une logique de long terme.⁸⁹⁵ S'agissant plus précisément de l'utilité prédictive des indicateurs comptables obtenus d'après le modèle de la juste valeur, plusieurs études dénoncent le manque de rigueur dans leur mode de calcul à savoir, la part importante laissée au pouvoir discrétionnaire du dirigeant de l'entreprise ou du groupe dans l'établissement desdits indicateurs.⁸⁹⁶ En effet, la mise en œuvre de cette méthode et des normes IFRS en général, « requiert une importante activité d'interprétation au cours de laquelle les dirigeants formulent des jugements et procèdent à des estimations aléatoires [qui reposent] sur des hypothèses ou des incertitudes ». ⁸⁹⁷ Allant plus loin, certains chercheurs en comptabilité craignent que les dirigeants n'abusent « de la latitude inhérente à la norme pour induire en erreur les utilisateurs de l'information financière et ce, d'autant plus que la sensibilité des valeurs comptables aux méthodes, hypothèses et estimations est élevée. »⁸⁹⁸ Des études réalisées après l'adoption obligatoire des normes IFRS par les entreprises françaises cotées en Bourses montrent ainsi

2006, p. 271-285. Cité par B. Hamdi et T. Mejri, « La pertinence de l'information comptable en juste valeur dans le contexte de la crise financière : le cas de l'industrie bancaire européenne », *Rev. Compta.*, 2017/3 (Tome 23), p. 29-62.

⁸⁹³ O. Nafti et O. Errais, art. cit., p.146.

⁸⁹⁴ Ch. Hoarau et R. Teller « IFRS : les normes comptables du nouvel ordre économique global ? », *Rev. Compta.*, 2007/3 (Tome 13).

⁸⁹⁵ B. Colasse, op. cit.

⁸⁹⁶ Ch. Hoarau et R. Teller, art. cit. p. 9. En ce sens, v. aussi Y. Hrichi, « Les effets de l'adoption obligatoire des normes IFRS sur la gestion du résultat comptable : une analyse de 100 entreprises françaises », *La Revue des Sciences de Gestion* 2013/5 (n° 263-264), p. 165 : « (...) les normes IFRS ne constituent pas une contrainte à la gestion du résultat, au contraire, leur adoption semble accroître l'étendue du pouvoir discrétionnaire des dirigeants en autorisant plusieurs autres choix comptables ». Souligné par nous. V. également O. Nafti et O. Errais, art. cit., p. 158.

⁸⁹⁷ Ch. Hoarau et R. Teller, art. cit., p. 9. V. aussi, C. Disle et C. Noël, « La révolution des normes IFRS : une convergence de la comptabilité vers la finance ? », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2006, n° 224-225. Ces chercheurs montrent que l'application des normes IFRS implique un jugement d'appréciation et la formulation d'hypothèses afin de se conformer à l'approche économique et prédictive de l'entreprise.

⁸⁹⁸ Ch. Hoarau et R. Teller, art. cit., p. 9.

que lesdites normes ont eu « un effet positif sur la gestion opportuniste du résultat comptable ».899 Pareille conclusion confirme donc l'hypothèse de dégradation de la qualité de l'information comptable après l'introduction des normes IFRS et par conséquent, l'absence de crédibilité ou d'objectivité des indicateurs comptables calculés d'après lesdites normes.900

330. Cela ne veut pour autant pas dire qu'en dehors de l'application des normes IFRS, les indicateurs comptables ne soient pas sujets à manipulation. En effet, les études en comptabilité montrent qu'un indicateur comptable comme le résultat de l'exercice est aisément manipulable peu importe la nature des normes appliquées. Plus précisément, c'est une partie de cet indicateur qui peut être ajusté de manière discrétionnaire. Plus avant, le résultat de l'exercice ou le résultat net comporte deux parties. Il est composé d'une partie fiable qui correspond à des flux financiers sortants et entrants, matérialisés par des pièces justificatives. Toutefois, il comporte aussi une partie appelée « accruals », qui caractérise la comptabilité d'engagement. Ces « accruals » permettent l'application du principe de rattachement des charges aux produits pour calculer le résultat de l'exercice en cours. Ce sont ces accruals qui sont à l'origine d'une manipulation ou d'un ajustement du résultat net de la part de l'équipe dirigeante. Ces ajustements peuvent être réalisés à l'aide de procédés de différente nature. L'application des normes IFRS ne constitue donc qu'un procédé d'ajustement discrétionnaire parmi d'autres. Néanmoins leur mise en œuvre tendrait à accroître encore plus la marge de manœuvre de l'équipe dirigeante.901

331. Il résulte de ce qui précède que l'existence de modèles d'évaluation comptable concurrents renforce bel et bien les controverses sur la prédictivité des indicateurs comptable. A cette observation, il convient toutefois d'en ajouter une autre sur le pouvoir discrétionnaire du dirigeant de l'entreprise dans le calcul des résultats comptables. C'est in fine la marge de manœuvre laissée aux dirigeants par les différents modèles d'évaluation comptable qui rend incertaine la reconnaissance de la valeur prédictive des indicateurs comptables. L'étendue d'une telle marge est certes variable en fonction du modèle appliqué, mais elle demeure considérable. Le caractère discrétionnaire dans le mode de calcul des indicateurs comptables

⁸⁹⁹ Y. Hrichi, art. cit., p. 165.

⁹⁰⁰ Ibid., p. 169.

⁹⁰¹ O. Nafti et O. Errais, art. cit., p. 148.

ne serait-il pas le signe d'obstacles plus profonds à la reconnaissance de leur valeur prédictive ? Des obstacles de nature épistémologique ?

B. L'absence de validité scientifique des normes comptables

332.L'absence de théorie générale en comptabilité permettant de garantir la validité scientifique des normes comptables fait l'objet d'un certain consensus chez les chercheurs en comptabilité.⁹⁰² Or, l'absence de fondement théorique solide des normes comptables explique les lacunes attribuées à la comptabilité actuelle par les spécialistes de cette technique. A cet égard, c'est la conception élémentariste de la comptabilité qui est parfois mise en exergue, à savoir le découpage de son champ de connaissances en minuscules domaines isolés artificiellement. Plus encore, la critique concerne l'affiliation de la comptabilité actuelle à la logique d'Aristote, logique fondée sur les trois principes de l'identité (A est A), de non-contradiction (A n'est pas non-A) et du tiers exclu (il n'y a pas d'autres possibilité que A et non-A). De tels principes participent à une représentation binaire donc schématique de la réalité que l'on retrouve dans les documents comptables. Ainsi, face à des probabilités, la comptabilité n'a que deux possibilités : soit ignorer une opération et ne pas l'enregistrer, soit l'enregistrer comme si elle était certaine ou avérée. La comptabilité ne peut donc pas enregistrer en temps utile un risque qui est né et qui peut mettre en péril l'existence de l'entreprise. Surtout, une telle représentation binaire est à l'origine d'une représentation schématique du temps. Le temps comptable est en effet, un temps décrit comme « pauvre », « sommaire » ou « artificiel »⁹⁰³ fait pour la stabilité et la certitude, un temps qui s'inscrit dans un cyclé régulier à l'image du cycle agricole. Or dans un contexte de financiarisation, l'entreprise évolue dans un environnement chaotique marqué par de multiples fluctuations que la comptabilité peine à décrire. En outre, le temps de la finance impose un découpage plus fin du temps de l'entreprise pour saisir la valeur la plus actuelle de celle-ci dans le but d'établir des prévisions sur les résultats futurs de l'entreprise. Or, ce temps est très complexe à saisir, la comptabilité étant seulement capable « d'évaluer le point M d'une évolution, qui donne la mesure d'un stock, sans pouvoir expliquer l'évolution des flux n_1 , n_2 , n_3 et encore moins pouvoir expliquer le passage de n_1 à n_2 et de n_2 à n_3 . »⁹⁰⁴ La méthode de la juste valeur n'échappe pas à cette critique. Comme l'énonce un spécialiste en comptabilité, il s'agit d'une

⁹⁰² J.-G. Degos, « Le futur de la comptabilité est-il compatible avec la comptabilité du futur ? », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2007/2 n° 224-225, p. 185 à 197 ; D. Cormier et al., art. cit., p. 43-55.

⁹⁰³ J.-G. Degos, art. cit., p. 190.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 193.

« constatation schématique qui n'a pas, en l'état actuel de nos connaissances, de support scientifique. »⁹⁰⁵ A tout cela s'ajoute l'érosion monétaire qui éloigne d'autant plus les documents comptables de l'exactitude. Une bonne prise en compte de la complexité du temps demeure donc bien un enjeu important pour la comptabilité du futur. Ainsi, l'une des pistes proposées réside notamment dans la recherche d'une « théorie non-élémentariste » pour fonder la comptabilité, une théorie faisant référence à la totalité de ses caractéristiques.⁹⁰⁶

333.L'étude de la capacité prédictive des procédés d'évaluation des qualités professionnelles comme des procédés d'évaluation comptable de l'entreprise révèle du reste un obstacle commun, à savoir l'incertitude relative aux objets évalués. En effet, la définition des qualités professionnelles comme de l'entreprise fait l'objet de débats en droit, ce qui ne peut manquer d'avoir des incidences sur la fiabilité des procédés d'évaluation. Toutefois, leur validité scientifique et leur prédictivité en particulier, n'est pas forcément soumise à débat. En effet, il n'y a pas d'exigence de rectitude scientifique des procédés probatoires utilisés par l'employeur alors même que des mesures susceptibles de faire grief au salarié peuvent être inférées à partir de certaines méthodes et techniques d'évaluation. Autant l'exigence de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation des salariés ou candidats à l'emploi constitue tout de même une bonne assise pour justifier une discussion sur leur valeur prédictive, autant l'absence d'une telle exigence à l'égard des procédés d'évaluation comptable, voire leur consécration légale, paraît faire obstacle à un tel débat. La perméabilité du droit du travail à des savoirs annexes va de pair avec une certaine « cécité » sur les controverses qui peuvent entourer l'usage des procédés probatoires issus de ces savoirs.

Section 2 : La valeur explicative de la comparaison

334.Certains choix de l'employeur sont opérés en comparant plusieurs situations passées. Inhérente à toute opération d'évaluation de l'employeur, la comparaison ⁹⁰⁷ constitue une méthode d'analyse de la réalité largement pratiquée. En effet, la méthode de la comparaison occupe une place importante dans les sciences sociales parmi lesquelles la sociologie. La comparaison comme méthode est employée à tous les stades de la recherche. Elle fait partie de l'observation, mais elle peut être aussi un moyen de découvrir des rapports, suggérer des

⁹⁰⁵ Ibid.

⁹⁰⁶ J.-G. Degos, art. cit., p. 186.

⁹⁰⁷ M. Roussel, op. cit., n° 61.

hypothèses et même les vérifier.⁹⁰⁸ En d'autres termes, la comparaison a une valeur explicative parce qu'elle peut suggérer un lien de causalité entre des facteurs présents ou absents. Toutefois, pareille valeur explicative de la comparaison dépend de la rigueur avec laquelle on en définit les termes.⁹⁰⁹ A cet égard, l'identification des termes ou unités de la comparaison dépend d'une bonne analyse de leurs propriétés ou attributs.⁹¹⁰ Comme comparer « c'est à la fois assimiler et différencier par rapport à un critère. »⁹¹¹ c'est-à-dire, mettre en équivalence deux termes en référence à un même critère, il convient donc de définir ce dernier au préalable afin d'orienter le point de vue du comparatiste.⁹¹² Or, une telle identification dépend d'une analyse pertinente des données.

335. Il existe plusieurs méthodes de comparaison développées en sciences sociales au soutien d'une telle analyse. Ces méthodes peuvent également être exploitées dans sa stratégie probatoire. En outre, l'employeur peut également utiliser des méthodes de comparaison issues de la gestion des ressources humaines comme de la comptabilité. Peu importe le savoir exploité, la validité de la comparaison dépend à chaque fois de la rigueur des termes de la comparaison.

336. Si l'employeur ne s'inscrit pas dans la même démarche qu'un chercheur, la validité juridique de l'analyse comparative devrait toutefois également résulter de sa validité scientifique ou du moins, s'en rapprocher le plus possible, compte tenu des conséquences préjudiciables que la comparaison peut avoir pour les salariés. Il convient donc d'évaluer la valeur explicative des méthodes de la comparaison. **(Paragraphe 1)** Limitée à un espace-temps spécifique, la valeur explicative de la comparaison dépend également de ses dimensions. **(Paragraphe 2)**

Paragraphe 1 : La valeur explicative de la comparaison au prisme de ses méthodes

337. L'employeur est susceptible d'utiliser l'analyse comparative au soutien de la preuve de différents objets. En fonction de chaque objet, l'employeur peut mobiliser différentes

⁹⁰⁸ M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd, 2001, p. 420.

⁹⁰⁹ Ibid., p. 421.

⁹¹⁰ Ibid., p. 408.

⁹¹¹ G. Sartiori, « Bien comparer, mal comparer », *Revue internationale de politique comparée*, Bruxelles, De Boeck Wesmael vol.1, n° 1, 1994, p. 22.

⁹¹² C. Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales*, La Découverte, 2005, p. 7.

méthodes de comparaison dont la fiabilité mérite d'être évaluée au regard de sa valeur explicative.

Trois objets de preuve appelant une analyse comparative méritent de retenir l'attention. Tout d'abord, la comparaison est nécessaire pour apprécier les qualités professionnelles du salarié. Plus précisément, l'analyse comparative est effectuée dans l'évaluation rétroactive de ces dernières. **(A)** Ensuite, la comparaison est également nécessaire pour caractériser le motif économique de licenciement et en particulier, les difficultés économiques. **(B)** Enfin, la comparaison joue un rôle important dans la preuve du respect par l'employeur de l'exigence d'égalité. **(C)**

A. La comparaison dans l'évaluation rétroactive des salariés

338. Bien que les méthodes d'évaluation prospectives impliquent également une analyse comparative de la part de l'employeur, le choix est fait de se concentrer uniquement sur celle qu'induisent les méthodes d'évaluation rétroactives. Les enjeux sous-tendus par ces deux méthodes sont en effet distincts. La comparaison dans les méthodes d'évaluation prospective a pour finalité *d'anticiper* les qualités professionnelles du candidat ou du salarié de manière abstraite, sans référence au travail réellement effectué. En revanche, la comparaison dans les méthodes d'évaluation rétroactive est plus étendue dans la mesure où elle vise à expliquer de manière concrète les qualités professionnelles du salarié à l'aune du travail qu'il a réellement effectué sur une période de temps continue. En d'autres termes, l'évaluation prospective a une portée prédictive tandis que l'évaluation rétroactive a pour objet de déterminer la valeur professionnelle du travailleur à partir du travail fourni, par comparaison aux attentes de l'employeur.⁹¹³ Or, la fiabilité des procédés d'évaluation dépend aussi de leur capacité à expliquer un phénomène à partir de faits passés qui ont été observés. Par ailleurs, la comparaison dans l'évaluation rétroactive constitue un moyen de vérifier non seulement la matérialité, mais également la cohérence des mesures prises par l'employeur. En effet, la comparaison effectuée donne à voir des progressions ou des régressions susceptibles de fonder objectivement des promotions, des rétrogradations voire, un licenciement pour insuffisance professionnelle. Derrière le contrôle de l'objectivité de la mesure prise, il s'agit de vérifier la cohérence de celle-ci. Ainsi, le licenciement pour insuffisance professionnelle

⁹¹³ M. Roussel, op. cit., n° 522.

d'un salarié ayant jusqu' alors fait l'objet de bonnes évaluations entraîne l'absence de cause objective du licenciement en raison de l'incohérence avec les évaluations positives.

339. Il existe cependant un écueil important pour conférer une valeur explicative à la comparaison mise en œuvre dans l'évaluation rétroactive. Cet écueil est lié au caractère mobile de l'étalon de comparaison en matière d'évaluation des qualités professionnelles. 914 Dès lors, l'évaluation renvoie davantage au jugement qui consiste à « se faire une opinion, un point de vue, un avis, une idée ou une appréciation sur le résultat d'un travail. »915 En ce sens, il a pu être avancé que « l'évaluation est une opération de lecture de la réalité », et qu'elle est donc, « comme toute lecture, orientée »916. La comparaison inhérente à toute évaluation est donc orientée par les choix subjectifs de son auteur, ce qui ne peut que limiter sa valeur explicative.

340. La part de subjectivité dans la comparaison qu'implique la mise en œuvre des différentes méthodes d'évaluation est susceptible de degrés. Le choix est donc fait dans la présente étude, d'évaluer la valeur explicative des principaux procédés d'évaluation rétroactive. Ces derniers peuvent être présentés en deux catégories. Ainsi, il convient de distinguer les procédés d'évaluation du seul salarié, des procédés d'évaluation des salariés entre eux. Alors que la première catégorie de procédés implique une comparaison du salarié à par référence à des critères préalablement définis (1), la seconde catégorie implique de se référer à autrui. (2)

- 1) La valeur explicative de la comparaison par référence à des critères préalablement définis

341. Bien que l'évaluateur n'effectue pas un travail de recherche scientifique lorsqu'il évalue le salarié, il n'en demeure pas moins que l'exigence de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation implique que les comparaisons auxquelles elles donnent lieu, soient

⁹¹⁴ Ibid., n° 63.

⁹¹⁵ Ch. Dejours, *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel – Critique des fondements de l'évaluation*, INRA, coll. « Sciences en question », 2003, p. 56.

⁹¹⁶ C. Hadji, *L'évaluation démythifiée*, coll. « Pratiques & enjeux pédagogiques », ESF, 1997, p. 41 ; Cette critique de l'évaluation est largement développée et s'inscrit dans une critique plus large du recours excessif à l'évaluation, Cf. not. A. Abelhauser, R. Gori et M.-J. Sauret, *La folie Evaluation – les nouvelles fabriques de la servitude*, Mille et une nuits, 2001 ; A. Del Rey, *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, coll. « Cahiers libres », 2013 ; M.-A. Dujarier, *L'idéal au travail*, coll. « Partage du savoir », PUF, 2006.

raisonnablement fiables. A cet égard, l'évaluation de la fiabilité de la comparaison pratiquée par l'évaluateur peut s'inspirer des enseignements dégagés en sociologie sur la validité de la méthode comparative. En effet, la comparaison constitue dans cette discipline une méthode de recherche essentielle dont la validité dépend de la rigueur de ses termes c'est-à-dire, des critères de la comparaison.

Rapportée à l'exigence d'objectivité de l'évaluation des salariés, la fiabilité de la comparaison pratiquée dépend donc de la rigueur des critères appréciés dans le cadre des différentes méthodes et techniques d'évaluation. Or en sociologie, une telle rigueur repose sur une bonne analyse des propriétés et attributs des termes de la comparaison.⁹¹⁷ C'est ainsi que les sociologues résumant la validité des termes de la comparaison à leur capacité à expliquer ce qui est observé ou étudié.⁹¹⁸ Il en résulte que les termes de la comparaison doivent faire référence à la réalité. S'agissant de l'évaluation des qualités professionnelles, la validité de la comparaison qui en résulte devrait ainsi reposer sur la rigueur des critères d'évaluation à savoir, sur leur capacité à expliquer le travail attendu du salarié. Ainsi, si l'on devait appliquer à l'évaluation des qualités professionnelles la conception rigoureuse de la comparaison en sociologie, le réalisme des critères de ladite évaluation devrait dépendre d'une description fidèle du travail attendu du salarié évalué. En d'autres termes, les critères d'évaluation doivent renvoyer à des énoncés matériellement vérifiables liés au travail du salarié, travail dont la teneur aura été appréhendée de la manière la plus rigoureuse possible. Une telle analyse rigoureuse du travail devrait passer à notre sens, par une implication des travailleurs eux-mêmes dans l'élaboration des critères d'évaluation parce qu'ils sont les connaisseurs les plus légitimes du travail attendu. En effet, qui mieux que les travailleurs eux-mêmes est le mieux placé à décrire le contenu du travail ? L'employeur est pourtant seul maître du choix des critères.

Certes, une négociation menant à un accord collectif relatif aux méthodes d'évaluation peut être ouverte. Il ne s'agit pourtant là que d'une possibilité pour l'employeur et ces accords sont en pratique très rares. En l'absence d'un tel accord, la participation des salariés ne résulte que de la consultation des institutions représentatives du personnel. Le comité social et économique est susceptible d'être consulté en tant qu'il contribue, selon l'article L. 2312-5 du

⁹¹⁷ M. Grawitz, op. cit., p. 408.

⁹¹⁸ Ibid ; C. Vigour, op.cit.

code du travail, à promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise⁹¹⁹. L'article L. 2312-8 du code du travail pourrait encore être invoqué en ce qu'il prévoit, dans le cadre des attributions générales du comité, la consultation du comité lorsque sont prises des décisions portant sur « l'introduction de nouvelles technologies, tout aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail ». Le comité doit également être consulté lorsque est mise en place une procédure d'évaluation dans la mesure où cette décision intéresse les « conditions d'emploi, de travail » (L. 2312-8 du code du travail)⁹²⁰. Le comité doit encore être consulté au titre de l'article L. 2312-38 du code du travail relatif aux « moyens » et « techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés »⁹²¹. Enfin, l'évaluation entre dans le spectre des consultations récurrentes de l'article L. 2312-17 du code du travail dès lors qu'elle concerne « la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi »⁹²².

342. Pourtant, les gestionnaires en ressources humaines recommandent d'associer les travailleurs dans l'élaboration des critères d'évaluation en étant si besoin, guidés par un expert méthodologique.⁹²³ Compte tenu de l'absence de procédure en ce sens en droit du travail, le contrôle du réalisme ou de l'objectivité des critères d'évaluation est réduit à un contrôle de la qualité de leur énonciation. Si le contrôle de la pertinence des critères permet de vérifier que lesdits critères sont formellement en adéquation avec le travail attendu, ce contrôle ne semble pas exercé de manière à vérifier si leur élaboration résulte d'une démarche rigoureuse de connaissance du travail. Pourtant l'exigence de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation comme exigence de rendre compte de manière la plus fiable possible des qualités professionnelles, implique de vérifier que la démarche de l'employeur dans le choix des

⁹¹⁹ Il s'agit ici d'une transposition probable de la jurisprudence relative à la consultation du CHSCT, Cass. Soc. 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Bull. civ., V n° 201; D. 2008, AJ, p. 24 ; RDT 2008, p. 111, obs. L. Lerouge ; rapp. J.-M. Béraud, Dr. ouvr. 2008, p. 49 ; P. Adam, « Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ? », RDT 2008, p. 180.

⁹²⁰ A ce titre, le comité d'entreprise devait être consulté au titre de l'ancien article L. 2323-46 du code du travail s'agissant de « problème ponctuel 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 »

⁹²¹ Cette règle a été posée s'agissant du comité d'entreprise. Cf. not. Cass. Soc. 10 avr. 2008, n° 06-45.741, Inédit ; Dr. ouvr. 2008, p. 472 note A. Mazières ; RJS 6/2008, n° 690.

⁹²² S'agissant de l'évaluation au regard de l'ancien article L2323-15 C. Trav. relatif à la consultation du CE, cf. B. Gauriau, « L'entretien d'évaluation », CSBP 2014, n° 267, p. 603.

⁹²³ A. Labruffe, La mesure des compétences, op. cit., p. 13. L'auteur conseille de constituer des groupes de travail volontaires dans l'organisation, ou plus largement, dans des secteurs professionnels choisis pour élaborer

critères d'évaluation a été rigoureuse c'est-à-dire, objective. Une conception plus rigoureuse de la pertinence des méthodes et techniques d'évaluation pourrait donc s'avérer utile à interroger l'objectivité du choix des critères d'évaluation par l'employeur. A défaut d'une obligation procédurale préalable à un tel choix, une telle conception rigoureuse de la pertinence pourrait inciter l'employeur à rendre compte d'un processus de connaissance du travail qui justifierait objectivement le choix d'un critère d'évaluation.⁹²⁴

Pour l'heure, le contrôle de l'objectivité et de la pertinence de l'évaluation tend seulement à vérifier si les critères d'évaluation sont matériellement vérifiables et s'ils sont en adéquation formelle avec le travail attendu. En d'autres termes, il s'agit de contrôler la qualité des énoncés décrivant le travail attendu à l'instar du contrôle des énoncés figurant dans la lettre de licenciement par exemple. Ainsi, plus les critères se réfèrent à des énoncés matériellement vérifiables décrivant le travail attendu, plus la comparaison effectuée aura une valeur explicative du point de vue du droit du travail.⁹²⁵

343. Contrairement à d'autres, certaines techniques d'évaluation identifiées par des questionnaires en ressources humaines peuvent constituer un cadre propice à une énonciation matériellement vérifiable des critères évalués.⁹²⁶ Ces derniers peuvent ainsi se référer à des énoncés décrivant des tâches précises et/ou des comportements liés au travail. Il s'agit alors d'énoncés « littéraires ». Il en est ainsi par exemple, dans le cadre de la technique de *l'échelle* graphique. Cette technique d'évaluation consiste à juger le salarié à partir d'une série de critères, comme la quantité et la qualité de son travail, un certain nombre de caractères reliés au poste occupé et ses attitudes au travail. Ces critères prennent la forme d'énoncés descriptifs qui font l'objet d'une graduation. Cette dernière peut être quantitative, ce qui signifie que l'évaluateur a choisi de définir les degrés par des chiffres, comme qualitative c'est-à-dire, prendre la forme d'énoncés descriptifs. Ainsi, chaque degré sera défini par un ou plusieurs énoncés. La technique des comportements gradués constitue également un autre exemple

un référentiel des compétences sous l'égide d'un expert méthodologique.

⁹²⁴ En ce sens, v. Ch. Dejours, op. cit.

⁹²⁵ Sans qu'il soit en réalité possible de prétendre révéler le travail dans son ensemble par la simple observation des compétences, Y. Clos, *Le travail sans l'homme ? – Pour une psychologie des milieux de travail et de vie, La découverte*, coll. « Poche », 2008, cf. not. p. 191. Il existe en effet un conflit indépassable sur critères susceptibles de révéler le travail Y. Clos, « La clinique de l'activité dans la clinique du travail : un enjeu politique », colloque du 24 sept. 2015, Enjeux politiques du travail, Université Paris Nanterre.

⁹²⁶ L. Cadin, F. Guérin et F. Pigeyre, *Gestion des ressources humaines*, Dunod, coll. « Pratiques et éléments de

d'évaluation fondée sur des énoncés descriptifs. Elle se fonde sur des exemples d'énoncés spécifiques liés à des comportements associés à des échelles gradués représentant la performance de l'évalué. Enfin, l'évaluation par choix forcés est un autre exemple de technique fondée sur des énoncés descriptifs. Cependant, cette technique oblige l'évaluateur à choisir parmi ces derniers ceux qui se rapportent le plus et ceux qui se rapportent le moins au salarié.

Compte tenu du fait que ces trois techniques d'évaluation reposent sur la comparaison du salarié à l'aune d'une pluralité de critères sous forme d'énoncés « littéraires », il en résulte un recours à des supports écrits préétablis. En effet les trois techniques évoquées ci-dessus impliquent nécessairement de remplir un formulaire ce qui n'est pas le cas d'autres techniques d'évaluation comme celle des incidents critiques⁹²⁷ ou de l'évaluation à 360 degrés.⁹²⁸

344. S'il est possible de considérer qu'une formalisation écrite ou graphique des techniques d'évaluation offre un cadre plus propice à une énonciation matériellement vérifiable des critères de comparaison liés au travail attendu, la présence d'un support quel qu'il soit ne suffit pas à conclure à une telle énonciation. Autrement dit, les formalisations écrites ou graphiques des critères d'évaluation dans différents formulaires préétablis en fonction de la technique d'évaluation choisie, ne suffisent pas à elles seules à conférer une valeur explicative à la comparaison. A l'inverse, l'absence de formalisation du critère d'évaluation dans un formulaire préétabli ne signifie pas nécessairement que la comparaison effectuée sur la base dudit critère soit dépourvue de valeur explicative. Ainsi, la comparaison induite par la méthode des incidents ou par la rétroaction à 360 degrés n'est pas automatiquement dépourvue de valeur explicative. Il n'est donc pas possible d'évaluer a priori la validité des techniques d'évaluation précitées sur ce point.

théories », 2007, p. 175 ; D. Alis et alii., GRH – Une approche internationale, De Boeck, 3ème éd. 2011, p. 358.

⁹²⁷ La méthode des incidents consiste à inscrire systématiquement et immédiatement des incidents significatifs liés au comportement, aux résultats ou aux aptitudes, dans le dossier du salarié. Régulièrement (par exemple tous les ans), la compétence est analysée à l'aune des incidents relevés. Les critères d'appréciation en fonction desquels l'évaluateur apprécie un incident causé par le salarié ne sont pas en l'espèce, extériorisés sur un support écrit préétabli.

⁹²⁸ La rétroaction à 360 degrés repose sur une multiplication des évaluateurs. Participent à cette évaluation, toutes les personnes ayant un point de vue pertinent sur la personne évaluée. L'évaluation du salarié se fonde sur la moyenne des avis recueillis. Cette méthode n'implique pas nécessairement de formaliser les critères d'appréciation sur un support préétabli.

Sur d'autres points en revanche, la fiabilité des techniques peut être mise en cause. De manière générale, il est compliqué de juger a priori et de manière définitive de la fiabilité d'une technique d'évaluation compte tenu du fait que chacune présente des avantages et des inconvénients possibles.⁹²⁹ Un point n'en demeure pas moins essentiel, celui de la qualité de l'énonciation des critères et tout particulièrement le réalisme des descriptions portées par ces critères. En ce sens, il convient de remarquer que d'emblée certains gestionnaires en ressources humaines jugent qu'une technique comme *l'échelle graphique* présente pour inconvénients de favoriser l'emploi de termes généraux susceptibles d'interprétations différentes.⁹³⁰ A notre sens, ces mêmes critiques pourraient également être étendues à la technique des comportements gradués comme à la technique des choix forcés⁹³¹ compte tenu de l'énonciation « littéraire » des critères d'évaluation qu'implique la mise en œuvre de l'ensemble de ces techniques. En somme, l'écueil qui consiste à employer des termes flous ou non susceptibles de vérification matérielle pour désigner les critères d'évaluation, concerne toutes les techniques d'évaluation utilisant des critères de comparaison sous formes d'énoncés « littéraires ».

345. Il résulte de ce qui précède qu'un contrôle judiciaire rigoureux de la pertinence au sens de fiabilité raisonnable des méthodes et techniques d'évaluation implique de vérifier l'énonciation des critères de comparaison du salarié. Une telle vérification est plus aisée lorsque ces derniers sont formalisés sur des supports. A l'instar de la motivation de la lettre de licenciement qui doit reposer sur des éléments matériellement vérifiables, les méthodes et techniques d'évaluation doivent également reposer sur une énonciation réaliste des critères d'évaluation. Lorsqu'il s'agit d'énoncés littéraires, la description doit donc se référer à des données liées au travail effectué susceptibles de preuve. Un tel contrôle judiciaire des critères ne ressort pourtant que rarement de la jurisprudence. En effet, il apparaît qu'une telle appréciation des critères ne prévaut que lorsqu'il s'agit de critères comportementaux, c'est-à-dire de critères se référant à une manière d'être du salarié ou à un « savoir-être ». Or, ce type

⁹²⁹ Alis et alii, GRH – une approche internationale, De Boeck, 3^e éd., p. 358.

⁹³⁰ Ibid.

⁹³¹ S'agissant en particulier de la technique des choix forcés, il y a un autre inconvénient. Elle peut amener l'évaluateur à fausser les résultats de l'évaluation en décrivant le salarié non pas tel qu'il est, mais en se référant à un profil du salarié idéal. Cela est dû au fait que l'évaluateur est obligé choisir parmi certains énoncés ceux qui se rapportent le plus ou le moins au salarié sans possibilité de nuancer son appréciation en fonction d'une échelle de degrés.

de critères est plus propice que d'autres à une appréciation exclusivement subjective de l'employeur en fonction de ses opinions ou de stéréotypes liés à la personnalité du salarié.⁹³²

346. L'exigence d'objectivité implique que les énoncés désignant des critères qui relèvent d'un « savoir-être » se réfèrent tout autant que les autres à des actions matériellement observables liées aux fonctions du salarié, c'est-à-dire à des éléments relevant du travail attendu et susceptibles de vérification par un tiers. Tel est l'enseignement qui se dégage de l'arrêt la cour d'appel de Toulouse à propos des critères comportementaux dans l'entreprise Airbus. En l'espèce, la juridiction du second degré souligne que le critère comportemental devait être « suffisamment précis pour permettre au salarié de l'intégrer dans une activité concrète et à l'évaluateur de l'apprécier avec la plus grande objectivité possible ».⁹³³ Ainsi, des énoncés comme « agir avec courage » à l'aune desquels étaient évalués les salariés de la société Airbus, ont été jugés par la cour d'appel « trop imprécis pour établir une relation directe suffisante avec une activité professionnelle identifiable ». Il s'ensuit que ces critères supposaient « une appréciation trop subjective de la part de l'évaluateur » et étaient « parfois éloignés de leur finalité consistant à mesurer l'aptitude professionnelle des salariés » ce dont il résultait qu'ils ne pouvaient constituer des critères pertinents au sens de l'art. L1222-3 du Code du travail. A l'inverse, dans l'arrêt GEMS, les juges de la cour d'appel de Versailles ont, reconnu la licéité des critères comportementaux mis en œuvre par l'entreprise⁹³⁴. En l'espèce, les critères retenus étaient « l'ouverture vers l'extérieur », « la clairvoyance », « l'imagination », « la capacité à fédérer » et « l'expertise ». Selon la cour, il s'agissait de compétences « développées en relation avec le travail effectué » faisant en outre, l'objet d'une description précise sous forme de compétences « objectivement vérifiables et se situant dans la sphère de l'activité professionnelle »⁹³⁵. En somme, les exigences d'objectivité et de pertinence étaient en l'espèce satisfaites.

⁹³² Sur les conditions de licéité des critères comportementaux v. M. Roussel, op. cit., n° 468 s.

⁹³³ CA Toulouse 21 sept. 2011, Airbus, Dr. ouvr. 2012, p. 1, note E. Boussard-Verrecchia, X. Petrachi, « Système d'évaluation et critères comportementaux : vers une clarification » ; JCP S 2011, p. 1156, obs. S. Béal et P. Klein ; RDT 2011, p. 705, note P. Adam, « Le juge (civil) et la lune (managériale) : sur le contrôle judiciaire de l'évaluation individualisée des performances » ; Cf. également M. Laigneau, « Le juge reconnaît-il le courage des cadres », *Revue juridique de l'économie politique* 2012, n° 697, repère 5.

⁹³⁴ CA Versailles (6ème ch.), 2 oct. 2012, GEMS, RG n° 12/00276.

⁹³⁵ Ainsi, « les indications sur l'ouverture vers l'extérieur détaillent de manière très précise, les différents modes de positionnement et de réaction du salarié vis-à-vis du client, selon sa place dans l'entreprise » : « Les indications données sur la clairvoyance décrivent l'aptitude à transmettre les informations importantes et à faire la part de ce qui doit être prioritaire et ce qui ne l'est pas dans la conduite de ses tâches » ; « Celles données sur l'imagination concernent l'aptitude soit à donner des idées nouvelles soit à appliquer des idées nouvelles » ;

347. A la différence des critères se référant à un « savoir-être », ceux qui reposent sur des énoncés chiffrés pourraient de prime abord remplir l'exigence d'une énonciation matériellement vérifiable. En effet, l'employeur peut exprimer ses attentes liées au travail du salarié par l'atteinte d'un résultat chiffré. Un tel choix est la marque d'une technique d'évaluation spécifique, à savoir *l'évaluation par objectifs*, technique qui mesure la performance des salariés. De cette évaluation dépendent habituellement la part variable ou le supplément d'une rémunération mais celle-ci peut sous certaines conditions, conduire également au licenciement.

D'après les gestionnaires, l'évaluation par objectifs serait globalement plus fiable que les autres techniques précitées car les critères sont mesurables et précis. Toutefois, la valeur explicative des comparaisons effectuées à l'aune d'objectifs ne saurait se déduire simplement de l'emploi d'un langage chiffré. En d'autres termes, la validité des évaluations par objectifs ne peut résulter de la seule fixation d'un résultat chiffré. En effet, cette technique d'évaluation a pour inconvénient de réduire l'appréciation des qualités professionnelles à la vérification d'un écart numérique entre l'objectif assigné et celui qui est atteint par le salarié alors même que d'autres éléments matériellement vérifiables et extérieurs à ce dernier auraient pu avoir une incidence sur l'écart observé. Autrement dit, un tel écart peut ne pas lui être imputable rendant ainsi l'objectif irréalisable.⁹³⁶ Il en résulte une exigence jurisprudentielle selon laquelle les objectifs doivent être réalistes et raisonnables c'est-à-dire, en adéquation avec les fonctions et compétences du salarié mais aussi avec la situation du marché.⁹³⁷ Ainsi, la détermination des objectifs à l'aune desquels est évaluée la performance du salarié doit être précédée entre autres, d'un jugement sur ses compétences. De cette appréciation préalable dépend en effet la fixation d'objectifs réalistes et raisonnables. Chemin faisant, il semble

« Celles relatives à la capacité à fédérer visent l'aptitude à travailler en équipe, ou à animer et motiver une équipe » ; « Enfin, les observations sur l'expertise visent essentiellement les connaissances professionnelles et le souci de les actualiser et de les perfectionner ».

⁹³⁶ En ce sens, cf. Ph. Waquet, « Les objectifs », Dr. Soc. 2001, p.120 ; A. Lyon-Caen, « Actualité du droit du travail, brefs propos », Dr. Soc. 1988, p. 542. V. égal. Cass. Soc. 3 fév. 1999, n°97-40.606, Bull. civ., V n° 56 ayant posé que : « l'insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement. »^o Ainsi, l'arrêt a approuvé la cour d'appel d'avoir décidé que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse après avoir relevé que les objectifs fixés étaient très difficiles à atteindre compte tenu des conditions d'exploitation du magasin et de la faible marge de manœuvre du salarié ; autrement dit, elle a retenu que les objectifs étaient irréalisables.

s'esquisser un processus préalable à la détermination des objectifs.⁹³⁸ Il en découle que l'évaluation par objectifs requiert une évaluation préalable des qualités professionnelles. Ainsi, la valeur explicative de la comparaison quantitative induite par la technique de l'évaluation par objectifs dépend notamment, de la validité de la comparaison préalable, mise en œuvre dans le cadre d'autres techniques d'évaluation. On en revient alors indirectement, à vérifier le caractère matériellement vérifiable des critères liés au travail sur lesquels s'est fondée cette évaluation préalable. Outre une évaluation préalable des qualités professionnelles, la fixation de l'objectif à atteindre dépend aussi d'une évaluation préalable de la situation du marché. Entrent donc en ligne de compte d'autres critères relatifs cette fois à la situation de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents. Leur rigueur dépendra alors de leur capacité à rendre compte du positionnement concurrentiel de l'entreprise, donc de l'emploi d'énoncés matériellement vérifiables liés au dit positionnement.

Le fait que la valeur explicative de l'évaluation par objectifs dépende de la validité d'autres modes d'évaluation appliqués au préalable, fait échos à l'insuffisance de l'absence d'atteinte des objectifs fixés pour justifier le licenciement pour insuffisance de résultats. Autrement dit, la référence à l'absence d'atteinte d'un résultat quantifiable ne permet pas de justifier la décision qui en découle. En effet, les juges considèrent que l'insuffisance de résultats ne constitue jamais en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ce dernier ne peut reposer sur une telle cause, que si les objectifs fixés étaient réalisables et que leur non réalisation résulte soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable au salarié.⁹³⁹ Il en résulte alors que l'absence d'atteinte d'un objectif chiffré ne permet pas de fonder objectivement une décision.

Bien qu'imparfaite, l'exigence portant sur la fiabilité du raisonnement trouve une expression certaine s'agissant de la comparaison inhérente à l'évaluation rétroactive. Cette préoccupation portée par le droit à la fiabilité transparaît encore lorsqu'il s'agit cette fois de la comparaison par référence à un tiers.

⁹³⁷ Cass. Soc. 30 mars 1999, n° 97-41.028, Bull. civ., V n° 143.

⁹³⁸ T. Pasquier, « Réviser les objectifs salariaux », RDT 2013, p. 82.

⁹³⁹ Cass. Soc. 12 févr. 2002, n° 99-42.878, Bull. civ., V, n° 65 ; Cass. Soc. 25 févr. 2003, n° 00-42.866, Inédit. V. aussi Cass. Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42.371, Bull. civ. V, n° 367 ; Dr. soc. 2001, p. 99, obs. Ph. Waquet.

2) La valeur explicative de la comparaison par référence à autrui

348. Outre les techniques d'évaluation par référence à un critère préalablement déterminé, il existe des techniques visant à comparer le salarié à autrui c'est-à-dire, à évaluer ses qualités professionnelles par référence aux autres salariés. Fondées sur des grandeurs compétitives, de telles techniques d'évaluation sont de nature à exacerber la concurrence entre salariés. A cet égard, peuvent être citées les techniques du rangement et de la distribution forcée dite encore ranking forcé. Peu coûteuses à mettre en œuvre, ces deux techniques sont également jugées peu fiables par les gestionnaires en ressources humaines.⁹⁴⁰ Ce manque de fiabilité repose sur une faible valeur explicative des résultats de ce type d'évaluation. Pour le comprendre, il convient d'examiner le mode de fonctionnement de ces deux techniques d'évaluation.

349. S'agissant de la technique du rangement, celle-ci consiste à comparer le rendement d'un salarié par rapport à celui d'autres salariés effectuant les mêmes tâches. Un rang lui est alors attribué en fonction du rendement apprécié unilatéralement par l'évaluateur. Toutefois, les bases de l'évaluation, à savoir les critères de comparaison ne sont pas connus. D'un point de vue gestionnaire, le formulaire type par lequel la technique du rangement se donne à voir n'implique pas que l'évaluateur extériorise ses critères d'appréciation.⁹⁴¹ Il en résulte un caractère aléatoire de la comparaison pratiquée et in fine un manque de fiabilité de cette technique.

Si le rang du salarié est attribué en fonction de résultats chiffrés par rapport à ceux de ses collègues exerçant les mêmes fonctions, le rangement peut être rapproché de la pratique du benchmark c'est-à-dire, de l'étalonnage des salariés. En dépit du débat existant sur son statut de technique d'évaluation ou de système d'organisation des performances, la pratique du benchmark induit néanmoins une compétition permanente entre salariés à partir d'une comparaison effectuée en fonction de leurs performances.⁹⁴² Il s'agit de cette façon d'identifier les meilleures pratiques afin d'inciter les salariés à les adopter et donc, à combler leur différentiel compétitif. Cette finalité explique en grande partie le manque de fiabilité du benchmark puisqu'il ne s'agit pas tant d'apprécier les qualités professionnelles que d'inciter en permanence les salariés à être les « meilleurs ». Plus avant, c'est le caractère

⁹⁴⁰ D. Alis, et alii, GRH – Une approche internationale, De Boeck, 3ème éd., 2011.

⁹⁴¹ Ibid.

⁹⁴² M. Roussel, op. cit., n° 534 s.

continuellement variable de la performance à atteindre qui rend cette pratique peu fiable en plus d'être source de souffrance pour le salarié.⁹⁴³

350. Outre la pratique du benchmark, la technique du rangement trouve un prolongement dans le travail de comparaison effectué devant les juges lorsqu'ils apprécient l'imputabilité au salarié d'une insuffisance professionnelle invoquée par l'employeur comme cause de licenciement.⁹⁴⁴ En effet, la comparaison entre les différents salariés exerçant les mêmes fonctions peut venir au soutien d'une telle appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour insuffisance professionnelle. Il s'agit là d'une opération essentielle dans la caractérisation de ce motif. Ainsi, le fait que le salarié en cause n'ait pas de résultats inférieurs aux autres laisse supposer que l'insuffisance ne lui est pas imputable mais qu'elle est consécutive à des éléments extérieurs tels que l'état du marché.⁹⁴⁵ Toutefois, l'inverse n'est pas vrai. En effet, si la comparaison du salarié avec les résultats de ses collègues permet de rejeter l'attribution de l'insuffisance à sa personne, la comparaison qui laisserait apparaître de moins bons résultats que les autres est néanmoins insuffisante à montrer l'insuffisance professionnelle.⁹⁴⁶ C'est dans la cadre de l'appréciation de cette dernière que le caractère peu fiable de la comparaison par référence à autrui se révèle le mieux. En effet, de moins bons résultats que d'autres salariés exerçant les mêmes fonctions, ne permet pas en soi d'inférer une insuffisance professionnelle du salarié si ce dernier justifie par exemple, d'une certaine ancienneté sur son poste. Plus encore, la comparaison par référence à autrui ne prouve rien à elle seule, dès lors qu'aucun reproche sur la qualité du travail du salarié ne lui a été adressé avant le licenciement ou que le salarié a bénéficié de promotions ou de gratifications. En effet, la comparaison par référence à autrui n'a pas de valeur explicative en soi parce qu'il ne peut exister d'appréciation « intrinsèque » des qualités professionnelles. La comparaison par référence à autrui ne donne lieu qu'à une appréciation relative à un classement des salariés

⁹⁴³ Ibid., n° 474 ; F. Bournois, « Le benchmark dévoyé, entretien », SSL 2013, suppl. n° 1571, p. 135 ; F. Champeaux, « Benchmark : le retour gagnant », SSL 2014, n° 1620, p. 14 ; P.-Y. Verkindt, « Le benchmark touché au cœur », entretien SSL 2013, suppl. 1571, p. 136.

⁹⁴⁴ Cette technique est plus généralement mobilisée pour établir des catégories susceptibles d'être mobilisées par la suite par l'employeur. Sur cette pratique, cf. not. J. Colonna, « Evaluation des compétences des salariés : la validité du ranking », Dr. Soc. 2003, p. 988 ; P. Morvan, « Notation des salariés : polémique autour du ranking », JCP E 2002, 1042 ; Ph. Waquet « Questions sur le ranking », SSL 2002, n° 1100, p. 7 ; M. Mousli, « Le forced ranking, un système pervers », Alternatives économiques 2/2011 (n°299), p. 70 ; F. Champeaux, « Ranking. Réflexions juridiques », SSL 2002, n° 1100, p. 6 ; P. Lagesse, « Pour ou contre le ranking ? », SSL 2002, n° 1100, p. 11.

⁹⁴⁵ M. Roussel, op. cit., n° 140.

entre eux, sans se référer à des critères d'appréciation connus et contrôlables liés au travail attendu. Une moins bonne performance du salarié par rapport à un autre salarié n'exclut donc pas que ce dernier ait répondu par ailleurs, aux attentes de l'employeur. Autrement dit, une faible performance n'implique pas nécessairement que le salarié n'ait pas satisfait à ses obligations contractuelles relatives à l'exercice de sa prestation de travail.

351.La comparaison avec les autres salariés peut prendre une forme beaucoup plus sophistiquée, à savoir la forme du ranking forcé. Également qualifiée de distribution forcée, cette pratique consiste à ranger les salariés dans des classes et selon des proportions préétablies. Autrement dit, la distribution forcée se caractérise par l'existence de quotas fixés unilatéralement par l'évaluateur. L'étendue des classes ou des catégories est laissée à la discrétion du concepteur du programme d'évaluation. La technique du ranking forcé se caractérise donc par l'usage d'un indicateur dénué de toute objectivité et pertinence.⁹⁴⁷ Non conforme à l'exigence légale de pertinence des méthodes et techniques d'évaluation au regard de la finalité poursuivie⁹⁴⁸, cette pratique a été jugée illicite⁹⁴⁹. En effet, la licéité du ranking ne tient qu'à la différence entre quotas impératifs et quotas indicatifs. Illicite dans le premier cas mais licite dans le second, la méthode du ranking n'est pas d'emblée exclue par le droit.⁹⁵⁰ Comme pour toute comparaison par référence à autrui, il convient de vérifier l'objectivité-pertinence des critères utilisés pour classer le salarié dans une catégorie particulière. Autrement dit, la technique du ranking est fiable si les critères sur lesquels repose le classement sont également fiables. En somme, la comparaison par référence à autrui impose une évaluation préalable du salarié à l'aune de critères matériellement vérifiables liés au travail attendu.

⁹⁴⁶ Cass. Soc. 5 fév. 2003, n°00-46.169, inédit ; Cass. Soc. 25 juin 2014, n°13-14.580, inédit.

⁹⁴⁷ M. Roussel, op. cit., n° 474 s.

⁹⁴⁸ L. 1222-3 C. Trav.

⁹⁴⁹ CA Versailles 26 juin 2014, RG n° 14/00042 ; Cass. Soc. 27 mars 2013, n° 11-26.539, Bull. civ. V n° 85.

⁹⁵⁰ Cass. Soc. 27 mars 2013, n° 11-26.539, Bull. civ. V n°85 ; RJS 2013, n° 425 ; B. Aldigé, « Licéité du dispositif d'évaluation professionnelle reposant sur des recommandations de quotas indicatifs », JCP S 2013, 1160 ; J.-M. Lavallart, « Les entretiens d'évaluation : premier éclairage de la Cour de cassation », Option Finance, 2013, n° 1217, p. 36 ; J.-E. Tourreil, « La pratique du 'ranking' par quotas impératifs est illicite », JSL, 14 mai 2013, n° 343, p. 17 ; A. Stivala, « L'évaluation des salariés », LPA, 2014, n° 115, p. 6 ; V. Meimoun Hayat, « Le 'forced ranking' : une pratique illicite », JCP S 2013, 1318, p. 14. Ainsi, lorsque des quotas étaient introduits, l'évaluation ne reposait plus uniquement « sur l'analyse des compétences et du travail du salarié », CA Versailles, 8 septembre 2011, n° 10/00567 ; JSL, 27 oct. 2011, n° 308, p. 11, obs. M. Hautefort ; S. Béal et P. Klein, « L'évaluation des salariés par 'ranking' à nouveau contestée », JCP S 2011, 1566.

B. La comparaison dans la caractérisation des difficultés économiques

352. Plus que tout autre motif économique, le standard des difficultés économiques requiert une analyse comparative. Alors que la caractérisation d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise ou de son secteur d'activité met en question la valeur prédictive des indicateurs comptables utilisés à des fins de prévision, l'identification des difficultés économiques invite de son côté, à réfléchir à la valeur explicative de ces mêmes indicateurs puisqu'il s'agit de comprendre la situation actuelle de l'entreprise à la lumière de faits passés. Dès lors, il importe de comparer les indicateurs comptables actuels par rapport à l'état de ceux-ci dans le passé. La comparaison est donc d'autant plus pertinente qu'elle concerne la caractérisation des difficultés économiques.

353. Compte tenu du fait que la loi donne désormais une définition comptable des difficultés économiques,⁹⁵¹ il s'agit plus précisément d'éprouver la capacité explicative des indicateurs comptables mentionnés dans ladite définition. En effet, en vertu de l'article L1233-3 du Code du travail, les difficultés économiques peuvent être caractérisées par l'évolution significative d'au moins un indicateur tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation. De manière subsidiaire, ces difficultés peuvent être caractérisées par tout autre élément de nature à justifier lesdites difficultés.

354. La valeur explicative de la comparaison comptable qu'implique la caractérisation des difficultés économiques se heurte à un écueil non négligeable. Celui-ci est relatif au caractère alternatif des critères d'appréciation des difficultés économiques. En effet, il suffit qu'un seul et unique indicateur évolue à la baisse pour caractériser la matérialité des difficultés économiques. Or, ne prendre en compte qu'une évolution à la baisse d'un seul et unique indicateur parmi ceux cités dans la loi, c'est altérer profondément les difficultés économiques dont la caractérisation nécessite d'interpréter et de croiser plusieurs types d'indicateurs.⁹⁵² Compte tenu du fait que chacun des indicateurs énoncés par la loi appartient à un registre

⁹⁵¹ L1233-3 du Code du travail tel que modifié par la loi du 8 août 2016 dite loi Travail.

⁹⁵² En ce sens, C. Wolmark, « Deuxième partie : Rupture du contrat de travail et transition : l'emploi comme justification. Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », RDT 2016, p. 764 ; T. Sachs, « De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur », RDT 2016, p. 662.

spécifique de difficultés, « marchand »,⁹⁵³ « financier »⁹⁵⁴ ou de la « profitabilité »,⁹⁵⁵ c'est une conception très parcellaire de la notion de difficultés économiques que consacre la loi.⁹⁵⁶

L'insuffisance de chaque indicateur à caractériser à lui seul les difficultés économiques apparaît encore plus flagrante lorsque l'on s'attarde sur la signification des différents indicateurs comptables consacrés par la loi, indicateurs qui constituent en réalité des soldes intermédiaires de gestion qui en tant que tels ne reflètent qu'une partie du résultat comptable de l'entreprise. A cet égard, les critiques suivantes ont pu être émises : « que l'on songe à une dégradation de l'EBE [excédent brut d'exploitation], qui peut intervenir une année de bénéfices fastes grâce à des produits financiers importants. La baisse sur une courte période des commandes - qui peut du reste être déconnectée de la baisse du chiffre d'affaires - appelle de semblables remarques. Elle ne constitue pas nécessairement, loin de là, le symptôme de réelles difficultés économiques, les commandes pouvant baisser dans un contexte d'augmentation des prix des prestations ou des marchandises vendues. La baisse du chiffre d'affaires par rapport à l'année précédente, enfin, ne signale pas nécessairement des difficultés importantes : elle peut être compensée à court terme, suivre une saisonnalité non annuelle. La prise en compte de la seule dégradation de la trésorerie prête encore davantage le flanc à la critique : elle ne reflète parfois que l'attente du règlement d'un créancier ou pire, la nécessité d'investir ou de procéder à des achats avant de répondre à une forte commande. »⁹⁵⁷ Ainsi, la caractérisation matérielle des difficultés économiques relève désormais d'une démarche peu rigoureuse dont l'objectivité doit être contestée. En somme, c'est finalement la fiabilité, et partant l'exigence même d'objectivité du motif économique qui se trouve en définitive altérée par la définition comptable des difficultés économiques.

La faible valeur explicative de la comparaison comptable résulte également des lacunes scientifiques de la comptabilité elle-même. En effet, il a déjà été souligné par les chercheurs en comptabilité eux-mêmes que celle-ci ne peut rendre compte de manière satisfaisante de la situation économique de l'entreprise.⁹⁵⁸ Enfin, en tant que système d'information dont le

⁹⁵³ La baisse des commandes ou du chiffre d'affaires témoigne de difficultés sur le marché des biens et services.

⁹⁵⁴ La dégradation de la trésorerie témoigne de difficultés financières.

⁹⁵⁵ Les pertes d'exploitation ou la baisse de l'excédent brut d'exploitation sont le signe d'un problème de rentabilité.

⁹⁵⁶ En ce sens, T. Sachs, art. cit., RDT 2016, p. 662.

⁹⁵⁷ C. Wolmark, art. cit., p. 764.

⁹⁵⁸ V. supra, n°

contenu relève de la responsabilité des seules instances dirigeantes, la comptabilité procède de choix unilatéraux.⁹⁵⁹ Parfois, les résultats comptables peuvent même faire l'objet de manipulations. En ce sens, une étude empirique réalisée par des chercheurs en comptabilité a conclu que l'année qui précède l'annonce d'une réduction des effectifs dans les entreprises françaises cotées en Bourse, les dirigeants adoptent un « comportement de gestion des résultats », c'est-à-dire qu'ils ajustent le résultat comptable à la baisse. Les chercheurs attribuent cette manipulation à la volonté des dirigeants des entreprises françaises cotées en Bourse de montrer le caractère nécessaire de l'opération de réduction des effectifs pour limiter « la survenance de coûts politiques ».⁹⁶⁰ Plus précisément, ladite étude conclue à une gestion des résultats à la baisse d'environ 4 % en moyenne du total actif des entreprises.⁹⁶¹ La croyance du législateur dans la « vérité » des indicateurs comptables va ainsi à rebours des conclusions de l'étude précitée, conclusions parues d'ailleurs la même année que la consécration de la définition comptable des difficultés économiques.

La voie choisie par le législateur de rapporter l'existence de difficultés économiques à une analyse, qui plus est partielle, de la comptabilité renvoie par conséquent à une comparaison dont la fiabilité et donc l'objectivité, doivent être mises en cause. La question de la comparaison se pose toutefois différemment lorsqu'il s'agit de l'égalité dans la mesure où la comparaison est consubstantielle à l'étude de l'égalité.

C. La comparaison dans la mise en œuvre de l'exigence d'égalité

355. Si l'employeur peut se servir de la comparaison en amont d'une mesure de gestion pour anticiper d'éventuels contentieux liés au non-respect de l'exigence d'égalité, son usage se donne essentiellement à voir en aval c'est-à-dire, lors d'un contentieux. Ainsi, lorsque le

⁹⁵⁹ S. Jubé, *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2011.

⁹⁶⁰ M.-A. Verdier et J. Boutant, « Les dirigeants gèrent-ils les résultats comptables avant d'annoncer une réduction d'effectifs ? Le cas des entreprises françaises cotées », *Rev. Compta.* 2016/3 (Tome 22), p. 9-45 ; Article disponible également sur le lien suivant : <https://www.cairn.info/revue-comptabilite-control-audit-2016-3-page-9.htm>. D'après les auteurs, les coûts politiques peuvent résulter de conflits avec les parties prenantes sociales, de nouveaux dispositifs légaux ou de pressions ou sanctions opérées par le public.

⁹⁶¹ L'étude en question a été réalisée sur un échantillon de 120 annonces de réduction d'effectifs réalisées par 104 entreprises cotées françaises entre 2007 et 2012. Les auteurs de ladite étude soulignent que ce type de recherche est quasi-inexistant. Ils se réfèrent uniquement à une seule recherche réalisée dans un cadre anglo-saxon, étude qui a abouti aux conclusions inverses dans les entreprises cotées aux Etats-Unis. Les auteurs citent ainsi Hall, S.C et alii « Employee layoffs and earnings management » *Journal of Applied Business Research* 21 (4) : 23-40.

demandeur se plaint d'une situation défavorable, l'employeur doit « présente[r] des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».962

La méthode comparative qui peut être mobilisée par le salarié est alors également susceptible de venir en appui de la défense patronale soit, en matière de discrimination, afin d'apporter la preuve que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, soit en matière d'égalité de traitement, pour contester l'inégalité. Ainsi, après la comparaison éventuellement produite par le salarié, demandeur à l'instance, dans le but d'apporter la preuve de l'existence d'une discrimination ou du caractère injustifié d'une différence de traitement⁹⁶³ vient, dans un deuxième temps, une comparaison alternative de l'employeur. Dans les deux cas, la comparaison doit suivre une méthodologie suffisamment rigoureuse, méthodologie dont la pertinence est évaluée à chaque fois par le juge.⁹⁶⁴ En d'autres termes, la démarche des deux parties doit être objective. C'est en ce sens que la comparaison juridique peut se rapprocher de la comparaison scientifique bien que les deux n'aient pas les mêmes finalités. Dans ces deux démarches, juridique et scientifique, l'objectivité de la comparaison dépend de sa valeur explicative. Du point de vue de l'employeur, plusieurs stratégies de comparaison peuvent exister. Soit il peut utiliser la comparaison afin de montrer une différence de situation entre le salarié et ceux auxquels il se compare, soit il peut montrer l'absence de différence entre le salarié et d'autres salariés dans une situation équivalente. Dans le premier cas, la comparaison lui permet de justifier objectivement une différence de traitement effectivement observée alors que dans le second cas, la comparaison lui permet de montrer l'absence de différence donc, de contester l'existence même de la défaveur alléguée par le demandeur. Même si, dans les deux cas, l'analyse comparative peut être utilisée par l'employeur pour se défendre contre des présomptions de discrimination, le second usage de la comparaison est davantage orienté vers la contestation de la différenciation. En outre, ces deux démarches comparatives impliquent des méthodes différentes. En somme, il convient de distinguer l'analyse comparative aux fins de défense d'une différenciation pratiquée par l'employeur (1) de celle aux fins de

⁹⁶² Selon l'article L. 1134-1 C. Trav.

⁹⁶³ Si la comparaison est indispensable pour contester une différence de traitement, pareille méthode ne l'est pas dans la preuve de l'usage d'un critère de discrimination prohibé.

⁹⁶⁴ Sur ce contrôle, cf. S. Sereno, *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017 ; M. Sweeney, *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges*. Essai en droit social, L'Épilogue, Coll. « L'unité du Droit », vol. V, 2016, p. 98 ; v. également J. Porta « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – A propos des sens de l'égalité », in *Le droit social*

contestation de l'existence matérielle de la défaveur alléguée. (2)

1) L'analyse comparative aux fins de défense d'une différenciation

356.Lorsque la comparaison vise à prouver la licéité de la différenciation, l'analyse comparative est nécessaire à l'employeur pour prouver une différence de situation entre le salarié ayant subi la défaveur et les bénéficiaires du droit ou de l'avantage en cause. En effet, l'appréciation d'un tel rapport d'absence d'équivalence implique nécessairement une comparaison et ce d'ailleurs, par symétrie avec le rapport d'équivalence des situations que le salarié aura établi en premier lieu. Une telle démarche permet alors à l'employeur de montrer que la distinction observée repose sur des éléments objectifs. Seulement du point de vue de l'employeur, la valeur explicative de la comparaison est appréciée à l'aune de sa capacité à emporter la conviction sur la réalité de la différence de situation ou sur l'absence d'équipollence des situations entre le demandeur et les comparateurs choisis par ce dernier.⁹⁶⁵ En effet, cette question est au cœur des débats judiciaires. Si l'employeur ne parvient pas à démontrer l'absence d'équipollence, l'absence de traitement identique entre le salarié visé par la mesure de défaveur et le comparateur est dès lors illicite. L'avantage ou le droit en cause devra alors être étendu au demandeur. On le comprend donc, l'analyse comparative qui soutient l'étude de l'équipollence des situations est au cœur de l'argumentation de l'employeur.

Si l'équipollence des situations s'appuie essentiellement sur la méthode de concordance qui implique d'identifier, parmi les éléments factuels, ce qui est commun aux deux situations comparées,⁹⁶⁶ l'absence d'équipollence suppose pour l'employeur de suivre une autre méthode de comparaison. Du point de vue de l'employeur voulant établir objectivement l'absence d'équipollence, la perspective est en effet, différente. La démarche qu'il va adopter emprunte plutôt à la méthode des différences. Cette dernière consiste à comparer des cas où le phénomène étudié a lieu avec d'autres cas semblables où le phénomène n'est pas

l'égalité et les discriminations, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, p. 17.

⁹⁶⁵ Sur la préférence du terme d'équipollence plutôt que de mise en équivalence, v. M. Sweeney, *op. cit.*, p. 93. En effet, le terme d'équipollence doit être préféré à celui de mise en équivalence car il rend compte d'une comparaison plus riche. Alors que la mise en équivalence peut être définie comme le fait d'être de même valeur quantitative, l'équipollence se définit quant à elle, comme ce qui a une valeur égale. L'équipollence supporte ainsi des comparaisons quantitatives comme qualitatives. Or, la comparaison juridique n'est pas uniquement quantitative.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 98.

rencontré.⁹⁶⁷ Cette méthode permet alors de conclure que des différences peuvent exister entre des cas par ailleurs semblables, au regard du phénomène étudié. Par exemple, l'employeur peut contester l'équipollence alléguée par le salarié en argumentant que certains éléments factuels ne sont pas communs entre ce dernier et son ou ses comparateur(s). Une telle démarche permet de montrer à terme, que la défaveur observée est causée par des éléments présents chez le ou les comparateur(s) mais qui sont absents chez le demandeur. Cela suppose que la comparaison établie par l'employeur introduise d'autres paramètres ou critères de nature à montrer l'absence de pertinence ou de valeur explicative de la comparaison présentée par le demandeur. De cette façon, l'employeur peut établir l'absence d'équipollence et donc, justifier objectivement la défaveur observée et ce, dans le respect des méthodes d'établissement des cadres de la comparaison établis par les juges. A ce titre, il apparaît en effet que la vertu explicative des méthodes de comparaison dépend également de la pertinence des unités de la comparaison, à savoir l'avantage ou le droit en cause au regard duquel une défaveur serait observée, ainsi que du périmètre de la comparaison, à savoir l'unité de pouvoir à laquelle le demandeur et les comparateurs doivent être soumis ensemble.⁹⁶⁸

357.L'absence d'équipollence peut être établie de deux manières différentes, soit par référence aux catégories juridiques, soit par une appréhension des situations à travers notamment l'analyse du travail de valeur égale.

La première démarche, par référence aux catégories juridiques, implique une comparaison formelle ou formaliste. Il convient simplement de vérifier si le demandeur appartient ou non à la catégorie de salariés bénéficiant de la faveur. Dans cette perspective, il n'y a pas de référence au travail exercé ni à aucun autre élément concret. Seule compte l'appartenance à la catégorie. Si les différences de traitement dans la fonction publique permettent d'illustrer ce propos, celles observées en droit du travail ne peuvent pas, en principe, être justifiées par une telle comparaison. En effet, les catégories instaurées unilatéralement par l'employeur ne suffisent pas à fonder des différences de traitement. Il en va toutefois autrement des différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par un accord collectif de

⁹⁶⁷ C. Vigour, op. cit., p. 68.

⁹⁶⁸ Sur les méthodes de détermination des cadres de la comparaison v. M. Sweeney, op.cit.

travail. C'est ainsi qu'avec la remise en cause de l'arrêt Pain⁹⁶⁹ par les arrêts du 27 janvier 2015,⁹⁷⁰ la méthode de comparaison formaliste se trouve indirectement consacrée. Il résulte en effet de ces arrêts que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives [...] sont présumées justifiées [...] ». Ainsi, la présomption de justification attachée aux avantages catégoriels négociés collectivement permet à l'employeur en cas de contentieux, de se contenter d'une comparaison formelle. Il lui suffira d'observer que le demandeur n'appartient pas à la catégorie de salariés dont les avantages sont prévus par accord collectif, pour justifier la différence de traitement. Ceci fait, il appartiendra au salarié qui « conteste [les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant d'un accord collectif négocié avec les organisations syndicales représentatives] de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération professionnelle ». Ainsi il résulte de ce qui précède, que les avantages catégoriels négociés ont pour effet d'atténuer l'exigence d'objectivité dans la mesure où la présomption de justification dont ils bénéficient dans cette hypothèse implique, en cas de contentieux, une simple comparaison formelle.

La seconde démarche comparative, par référence aux situations concrètes, implique une méthode matérielle ou par faisceau d'indices. Lorsque l'employeur décide unilatéralement d'attribuer un avantage à certains salariés, il doit être en mesure de justifier la différence de traitement en usant de cette méthode. A cet égard, on peut citer l'exemple du travail de valeur égale. La comparaison à laquelle invite le principe « à travail égal, salaire égal » « ne suppose pas de vérifier une parfaite identité entre les deux situations de la victime et du comparateur, mais d'apprécier si les travaux de l'un et de l'autre sont (qualitativement) équipollents. »⁹⁷¹ La méthode matérielle impose alors de comparer la situation du demandeur par rapport à ses comparateurs à l'aune de différents indices liés à la prestation de travail comme par exemple, les fonctions réellement exercées, les conditions de formation, le niveau du diplôme ou encore

⁹⁶⁹ Cass. Soc. 1^{er} juill. 2009, n° 07-42.675, Bull. civ. V, n° 168.

⁹⁷⁰ Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908, Bull. civ., V n° 8 ; RJS 3/15, p. 155, chron. J.-G. Huglo ; RDT 2015, p. 472, note G. Pignarre ; Dr. ouvr. 2015, p. 283, note Ph. Masson ; Dr. soc. 2015, p. 351 note P.-H. Antonmattei, RDT 2015, p. 339, note E. Peskine ; Dr. soc. 2015, p. 237 A. Fabre ; C. Radé, « Egalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », Lexbase hebdo 5 févr. 2015 ; L. Pécaut-Rivolier, « L'hommage de la Chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence 'égalité de traitement' », SSL 2015, n° 1663.

⁹⁷¹ M. Sweeney, op.cit., p. 103.

les résultats d'une évaluation. L'employeur doit par conséquent également prendre en compte ce type d'éléments pour établir une comparaison alternative au soutien de la justification objective de la différenciation pratiquée. Ainsi, contrairement à la première démarche de comparaison purement formaliste, la seconde est plus rigoureuse puisqu'elle engage l'employeur dans une démonstration concrète de la réalité des différences de situation. En effet, une telle démonstration ne lui permet pas de se contenter d'invoquer simplement des « étiquettes » à l'instar des catégories professionnelles de cadres et de non-cadres. La seconde démarche est donc celle qui oblige l'employeur à satisfaire effectivement à son exigence d'objectivité.

2) L'analyse comparative aux fins de contestation de l'existence matérielle de la défaveur alléguée

358.La contestation de l'existence matérielle de la défaveur alléguée par le demandeur constitue une autre voie pour l'employeur de se défendre contre une suspicion de discrimination. A cet égard, l'employeur peut avoir recourt à la technique du panel. Il s'agit d'une technologie de preuve élaborée de manière intuitive dans un cadre militant pour prouver une discrimination syndicale continue tout au long de la carrière et par conséquent, pour appuyer les allégations du demandeur.⁹⁷² Toutefois, le panel est une technique de preuve qui peut être rattachée à certains savoirs académiques. En effet, le panel figure parmi les méthodes utilisées en sciences sociales « dans le but d'étudier les changements d'opinions ou d'attitudes ou de comportements chez les mêmes personnes à intervalles réguliers. »⁹⁷³ Plus précisément, il s'agit d'étudier « l'orientation des changements, de leur importance, de leur cause en vue de permettre une explication et éventuellement, une prévision ».⁹⁷⁴ Le panel peut d'ailleurs être rattaché aux méthodes dites de triangulation ou de pondération médiane qui s'inscrivent plus largement dans la méthode des variations concomitantes. Cette dernière consiste à comparer les évolutions de plusieurs variables en vue d'établir un parallélisme entre elles. Si ce parallélisme est établi dans un nombre de cas suffisamment variés, cette méthode permet d'en déduire l'existence d'une relation causale entre les variables étudiées.

⁹⁷² Sur la genèse de cette méthode et sur sa diffusion en dehors du domaine de la discrimination syndicale, cf. V.-A. Chappe, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, pp. 45-55.

⁹⁷³ M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd., p. 759.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

359.En matière de discrimination syndicale, les juges comparent la carrière du représentant syndical avec un panel de salariés non syndiqués aux emplois équivalents. Trois critères de comparaison sont pris en compte, à savoir la date d'entrée, le diplôme et le statut de l'emploi à l'embauche. Ces éléments doivent être similaires à la situation du salarié mandaté. Ensuite, ces critères sont formalisés de manière graphique puisque ces derniers vont former chacun une abscisse et une ordonnée. Pareille représentation facilite l'analyse comparative puisqu'elle permet de visualiser à proprement parler, les évolutions de carrières et rémunérations respectives du demandeur et des comparateurs. Mieux, la représentation graphique de la comparaison permet de visualiser l'éventuelle concomitance du début de la stagnation et du mandat du salarié, point essentiel du contrôle judiciaire. La comparaison graphique permet donc de mieux rendre compte des variations dans le temps. Les vertus cognitives du format graphique peuvent ainsi expliquer le succès des panels de comparaison comme méthodologie d'enquête des discriminations.⁹⁷⁵

La méthode du panel a d'ailleurs été reconnue par la Cour de cassation comme une preuve des discriminations syndicales. A cet égard, peut être cité un arrêt rendu par la chambre criminelle en 2004 et publié au bulletin.⁹⁷⁶ Dans cet arrêt, il est reproché aux juges du fond d'avoir privé leur solution de base légale pour ne pas avoir procédé « à une étude comparative des salaires et coefficients des représentants du personnel et des autres salariés de l'entreprise, à diplôme équivalent et même ancienneté ». Peut également être rappelé un autre arrêt de la Haute juridiction ayant surmonté l'obstacle de la prescription qui pouvait se dresser contre l'usage des panels de comparaison. Il s'agit d'un arrêt de rejet dans lequel la Cour était confrontée à des faits de discrimination en partie prescrits. En l'espèce l'arrêt rendu énonce que « si la prescription trentenaire interdit la prise en compte de faits de discrimination couverts par elle, elle n'interdit pas au juge, pour apprécier la réalité de la discrimination subie au cours de la période non prescrite, de procéder à des comparaisons avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification à la même date que l'intéressé, celle-ci fut elle antérieure à la période non prescrite ».⁹⁷⁷

⁹⁷⁵ Sur les vertus cognitives des formes graphiques, cf. supra n° 130.

⁹⁷⁶ Cass. Crim., 9 nov. 2004, n°04-81.397 ; Bull. crim., n° 279 ; cf. également Cass. Crim. 14 juin 2000, n° 99-81.108, Bull. crim. n° 226.

⁹⁷⁷ Cass. Soc. 4 février 2009, n°07-42.697 ; Bull. civ., V n°33 ; v. aussi Cass. Soc. 6 juin 2012, n° 10-27.694, Bull. civ. V n° 169.

360. Une telle reconnaissance de la technique explique que son usage se soit progressivement étendu à la démonstration d'autres types de discriminations mais également à la démonstration de l'absence de discrimination par l'employeur. Ainsi, sans attendre que les salariés établissent un panel de comparaison, l'employeur peut également se servir de cette technique pour prouver l'absence de variations ou de différences et donc, contester la discrimination alléguée.⁹⁷⁸ Pour ce faire, l'employeur peut construire un panel en choisissant un autre groupe de référence que celui qu'aura éventuellement proposé le salarié s'il s'est servi de l'analyse comparative pour révéler la discrimination. Le groupe de comparateur établi par l'employeur peut ainsi montrer une absence de différence ou de variation avec le demandeur. A cet égard, peut être cité un arrêt inédit de la Cour de cassation de 2010 dans un litige en matière de discrimination syndicale.⁹⁷⁹ En l'espèce, une salariée exerçant un mandat de représentant du personnel avait formé un pourvoi en cassation contre un arrêt d'appel dans lequel les juges du fond s'étaient fondés sur un panel de comparaison présenté par l'employeur pour conclure à une absence de discrimination syndicale.⁹⁸⁰ La demanderesse contestait la composition du panel proposé par l'employeur puisqu'il était « exclusivement constitué de salariés classés au coefficient 285 au 31 décembre 2004 quand l'affectation de la salariée à ce coefficient était précisément l'objet de la discrimination qu'elle dénonçait ». En d'autres termes, la salariée souhaitait remettre en cause la valeur explicative du panel de comparaison patronal en remettant en cause le mode de constitution du groupe de référence auquel elle était comparée. Dans cette perspective le panel ou le contre panel proposé par l'employeur a servi à étayer le débat sur les salariés qui doivent être inclus ou exclus du périmètre de référence.⁹⁸¹ En effet, le mode de composition du groupe de référence par rapport auquel les demandeurs sont comparés, à savoir le choix des critères de rattachement des salariés à un panel, est essentiel. Plus explicitement, c'est de l'objectivité du mode de constitution du panel que résulte sa qualité probatoire. Or en l'espèce, la Cour de cassation légitime sans aucune explication, le panel de comparaison proposé par l'employeur puisqu'elle rend un arrêt de rejet qui confirme les conclusions qu'en a tiré la cour d'appel. Bien que la motivation de l'arrêt ne mentionne pas le rôle joué par le panel de comparaison

⁹⁷⁸ Cass. Soc. 21 avril 2010, n°09-41.036, inédit.

⁹⁷⁹ Ibid.

⁹⁸⁰ La seconde branche du 2^e moyen présenté par la salariée au soutien de son pourvoi reprochait à la juridiction du fond « qu'en fondant néanmoins sa décision sur [le] panel [proposé par l'employeur], la cour d'appel a violé les articles L. 122-45 et L. 412-2, alinéa 1, du Code du travail alors en vigueur, actuellement articles L. 1132-1 et L. 2141-5 du Code du travail ; »

⁹⁸¹ Voir également les moyens à l'appui des pourvois des salariés dans Cass. Soc. 3 avril 2013, n° 12-16.870,

dans la conviction des juges du fond, il n'en demeure pas moins qu'elle reprend les résultats provenant dudit panel. La motivation de l'arrêt de rejet reproduit en effet, les constats en appel que « d'une part, (...) après 1995 Mme X... avait bénéficié d'augmentations de coefficient et que sa rémunération avait été régulièrement revalorisée, d'autre part, qu'il n'existait pas de retard de carrière par rapport à l'évolution professionnelle d'autres salariés se trouvant dans une situation comparable ». L'employeur a ainsi apporté la preuve de l'absence de différence dans l'évolution de carrière de la salariée. Par conséquent, la Haute juridiction a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui « a pu en déduire que l'intéressée n'avait pas été victime d'une discrimination en rapport avec ses activités syndicales ». S'agissant d'une question de fait non susceptible d'être appréciée par la Cour de cassation, il revenait donc aux juges du fond d'adopter une conception plus rigoureuse de l'objectivité du panel ou de la preuve utilisée par l'employeur, ce qui aurait dû les conduire à exercer un contrôle plus approfondi du mode de constitution dudit panel.

Il ressort ainsi de ce qui précède que l'usage d'un procédé de preuve « graphique » tel que le panel ne permet pas de rendre d'emblée, la comparaison plus fiable. La rigueur de l'analyse comparative dépend là encore de la rigueur avec laquelle sont choisis les termes de la comparaison. En l'occurrence, il s'agit du choix des salariés inclus dans le groupe de référence c'est-à-dire, le choix des comparateurs. Dès lors que l'employeur est redevable d'une exigence d'objectivité de la différence de traitement observée, il convient d'opérer un contrôle plus rigoureux des critères de rattachement des salariés au groupe de référence. A côté d'un tel contrôle, il est également nécessaire de vérifier que le choix du cadre spatio-temporel de la comparaison est rigoureux. Autrement dit, la valeur explicative de toute comparaison dépend également de ses dimensions.

Paragraphe 2nd : La valeur explicative de la comparaison tribulaire de ses dimensions

361.La comparaison étant relative à des limites spatio-temporelles, sa fiabilité doit être également étudiée au prisme de ces cadres. Il s'agit de l'évaluer à l'aune de ses périodes de référence c'est-à-dire, de son cadre temporel **(A)** ainsi qu'en se référant à son périmètre. **(B)**

A. Le cadre temporel de la comparaison

362. La valeur explicative de la comparaison dépend de la période de référence choisie. En effet, les données utiles à ce type d'analyse résultent d'une délimitation temporelle objectivement valable. Si le cadre temporel de l'analyse comparative n'est pas fiable, cela aura une répercussion sur le choix des données entrant dans le champ de la comparaison. Ainsi un cadre temporel inadéquat risque d'exclure de l'analyse comparative des données pertinentes nécessaires pour justifier d'une connaissance objectivement valable au soutien de la mesure patronale. En fonction des objets soumis à l'évaluation patronale, la périodicité d'appréciation est plus ou moins susceptible de conférer une valeur explicative à la comparaison. Ainsi s'agissant de l'évaluation professionnelle, évaluation dont la périodicité n'est pas normée par le droit du travail, il apparaît qu'une meilleure valeur explicative lui est attribuée lorsqu'elle est régulière. (1) En revanche, en matière de caractérisation des difficultés économiques, les périodes de références pourtant fixées par le législateur ne sont pas de nature à conférer une valeur explicative à la comparaison opérée. (2) Enfin, le principe d'une comparaison de situations contemporaines et simultanées en matière de défense du respect de l'exigence d'égalité confère aux méthodes comparative une unité de temps nécessaire à leur fiabilité. (3)

1) La valeur explicative attribuée aux évaluations régulières des salariés.

363. L'évaluation professionnelle des salariés n'obéit pas à une périodicité normée par le droit. En effet, il n'existe pas de règles juridiques encadrant les périodes d'appréciation des qualités professionnelles des salariés. Une telle absence d'impérativité dans la temporalité de l'évaluation peut être ainsi analysée comme une voie de reconnaissance implicite du pouvoir de direction de l'employeur. La Cour de cassation l'a en effet admis, le droit d'évaluer les salariés tient sa source dans « son pouvoir de direction né du contrat de travail ». 982 La liberté dont bénéficie l'employeur quant à la période d'évaluation n'empêche toutefois pas les gestionnaires en ressources humaines d'émettre des recommandations sur sa périodicité afin d'améliorer sa fiabilité. C'est ainsi que des évaluations régulières et nombreuses sont jugées préférables à une ou deux évaluations par an dans la mesure où elles seraient plus proches de la performance réelle des évalués. 983 Mieux, le choix du moment dépend des préoccupations

⁹⁸² Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° 00-42368, Inédit ; Dr. ouvr. 2002, p. 535, note V. Wauquier, RJS 10/02, n° 1066 ; En ce sens, Cass. Soc. 16 oct. 2013, n° 12-18.229, Inédit.

⁹⁸³ D. Alis et alii, GRH – une approche internationale, De Boeck, 3^e éd., p. 344.

qui ont prévalu lors de la conception du programme d'évaluation ainsi que du choix de la technique d'évaluation. Par exemple, il est recommandé aux organisations qui comptent beaucoup sur leur force de vente de procéder à une évaluation au moins tous les mois.⁹⁸⁴ L'idée sous-jacente à une multiplication des périodes d'évaluation est d'avoir une appréciation actualisée des qualités professionnelles des salariés. En outre, il s'agit aussi de corroborer les résultats d'une évaluation par d'autres évaluations à échéances plus régulières. Ainsi, la valeur explicative de l'analyse comparative qu'implique l'évaluation dépendrait aussi de sa répétition à un rythme régulier défini en fonction des finalités recherchées par l'employeur. Cependant, la recherche de la fiabilité par une évaluation plus fréquente ne doit pas se faire au détriment de la santé des salariés.⁹⁸⁵ En outre, un rythme régulier d'évaluation ne signifie pas que cette dernière doive être permanente.

Même si une évaluation permanente est licite en droit, il reste qu'elle ne peut mobiliser des méthodes et des techniques de quelque sorte que ce soit sinon elle doit faire l'objet d'une procédure.⁹⁸⁶ Si toutefois elle n'est pas assise sur des méthodes et des techniques mais qu'elle demeure informelle, pareille évaluation constitue de fait, un élément moins convaincant pour les juges. En effet, une évaluation qui ne serait pas marquée par un début ni par une fin est une évaluation sans procédure ni compte-rendu donc une évaluation qui ne se donne pas à voir et qui n'est de ce fait, pas contrôlable ni susceptible de preuve. Si l'évaluateur peut à tout moment avoir une discussion informelle avec le salarié ou lui envoyer des lettres ou des courriels dans lesquels des reproches ou des compliments sur ses qualités professionnelles lui sont adressés, une telle évaluation ne donne pas à voir tout le cheminement intellectuel suivi par l'employeur pour apprécier le travail du salarié. Des lettres ou des courriels pourraient certes, révéler en partie ce cheminement mais il ne s'agirait là que d'indices et de présomptions simples et non pas de preuves. Cela ne veut pas dire qu'une évaluation formelle est nécessairement objective. Néanmoins, le caractère formel de l'évaluation est une voie indispensable vers la preuve de l'objectivité des appréciations portées sur les qualités professionnelles du salarié. En effet, contrairement à une évaluation informelle et omniprésente, l'évaluation formelle est délimitée par un cadre temporel relatif à la technique d'évaluation choisie. En outre, l'évaluation formelle est susceptible de preuve car son résultat est formalisé dans un compte-rendu détaillant entre autres, les critères d'évaluation choisis.

⁹⁸⁴ Ibid.

⁹⁸⁵ Cf. infra n° 537 s.

2) L'absence de valeur explicative des périodes de référence fixées par le législateur pour caractériser les difficultés économiques.

364. Outre le fait que les difficultés économiques obéissent désormais à une définition comptable, celles-ci doivent être également appréciées sur des périodes de temps précises qui varient en fonction de la taille de l'entreprise. Ainsi en vertu de l'article L1233-3 1°, « une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- Un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés
- Deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés
- Trois trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés
- Quatre trimestres consécutifs pour une entreprise de trois cents salariés et plus »

Rappelons que cet article met en cause la jurisprudence antérieure dont il résultait que la seule diminution du chiffre d'affaires au cours d'un semestre, voire d'une année, ne pouvait caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement.⁹⁸⁷ Seules les difficultés économiques durables, menaçant la pérennité de l'entreprise étaient susceptibles de justifier un licenciement économique.⁹⁸⁸ Se situant sur le plan de la cause sérieuse du licenciement, une telle jurisprudence permettait de neutraliser la cause réelle établie au travers d'une comparaison comptable. Cependant, même sur le plan de l'existence matérielle des difficultés économiques, les périodes de références précitées n'emportent pas la conviction. Introduire une telle rigidité temporelle en fonction des effectifs de l'entreprise atténue sensiblement la valeur explicative de la comparaison qu'appelle pourtant la caractérisation des difficultés économiques. En effet, le cadre temporel imposé par la loi n'obéit à aucune connaissance objectivement valable sur la caractérisation des difficultés économiques. La règle est simplement sous-tendue par le choix politique d'assouplir la preuve des difficultés économiques pour les PME et TPE compte tenu du fait que celles-ci seraient plus vulnérables

⁹⁸⁶ Cf. supra n° 231.

⁹⁸⁷ Cass. Soc. 13 sept. 2012, n° 11-18.480, inédit ; 12 déc. 2013, n° 12-23.079, inédit.

⁹⁸⁸ Cass. Soc. 8 déc. 2004, n° 02-46.293, inédit ; 28 janv. 2014, n° 12-23.206, inédit.

et donc plus exposées à une défaillance. En d'autres termes, la baisse du chiffre d'affaires sur une courte période suffirait à les mettre en difficultés. Une telle analyse n'est pas convaincante pour plusieurs raisons. La principale tient au caractère peu probant de la taille de l'entreprise comme indicateur de l'envergure économique de cette dernière. En attestent les groupes de sociétés qui placent à leur tête une holding composée d'un faible nombre de salariés.⁹⁸⁹ En outre, les études menées par des économistes montrent que l'appartenance d'une entreprise à un groupe de sociétés la rend moins vulnérable.⁹⁹⁰ Ces études montrent par ailleurs, que le degré de vulnérabilité d'une entreprise est plus important quand cette dernière n'appartient pas à un groupe, qu'elle est jeune et de petite taille. Ce dernier élément ne saurait donc être l'unique indicateur structurel de l'envergure économique de l'entreprise. Son appartenance éventuelle à un groupe comme son âge comptent aussi mais pas uniquement.

Bien d'autres facteurs structurels sont à prendre en compte d'après ladite étude tel que le secteur d'activité ou la localisation de l'entreprise. Mieux, c'est de la combinaison ou du croisement de ces facteurs que l'on peut déterminer a priori l'envergure économique d'une entreprise et donc son degré de fragilité.⁹⁹¹ Il est donc artificiel de fixer des périodes de référence pour l'appréciation des difficultés économiques en fonction du seul indicateur tiré des effectifs de l'entreprise.

365. Compte tenu de la faible valeur explicative des périodes de comparaison fixées par la loi et de leur variabilité en fonction de la taille de l'entreprise, le contrôle du caractère « significatif » des difficultés économiques est plus que souhaitable. Laissé à la libre appréciation des juges, un tel contrôle permet de « neutraliser l'application automatique du critère de durée défini par l'article L1233-3 du Code du travail. »⁹⁹² Le législateur n'ayant pas quantifié le caractère significatif des difficultés économiques, il existe une voie pour enrichir le débat devant les juges. Il reste qu'il y a là une ambiguïté résumée par un auteur comme suit : « tel qu'utilisé dans l'article L1233-3 du Code du travail, l'adjectif [significatif] :

⁹⁸⁹ En ce sens, cf. T. Sachs, « De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle de la décision de l'employeur », RDT 2016, p. 662.

⁹⁹⁰ La défaillance des entreprises. Etude sur données françaises entre 2000 et 2010, ss. la dir. N. Levratto, Regards sur les PME, n° 21, Observatoire des PME, OSEO.

⁹⁹¹ Ibid.

⁹⁹² Y. Tarasewicz, E. Coulombel, « La définition comptable du motif économique de licenciement : un guide plutôt qu'une contrainte », RDT 2016, p. 662.

renvoie-t-il à la persistance de la dégradation des indicateurs - ce que semble suggérer l'usage de l'adjectif rapporté à la période d'appréciation des indicateurs à l'alinéa 3 de l'article - ou à l'ampleur de cette dégradation - ce que semble évoquer l'adjectif à l'alinéa 2 de l'article ? »⁹⁹³ Dans les deux cas, il devient à nouveau possible de discuter de l'interprétation des indicateurs comptables et par conséquent, de redonner du sens à l'exigence d'objectivité malgré l'absence de valeur explicative des périodes de références imposées.

- 3) Le principe de comparaison de situations contemporaines et simultanées dans la mise en œuvre de l'exigence d'égalité.⁹⁹⁴

366. L'analyse comparative menée par les parties à un litige sur l'exigence d'égalité doit respecter une unité de temps. En effet, des comparaisons d'un nouveau droit ou avantage avec l'état antérieur du droit ne peuvent être pratiquées. Il s'agit ainsi d'éviter que les situations ne restent figées, qu'elles n'évoluent pas au gré de nouvelles réformes législatives.⁹⁹⁵ Par extension, une telle règle permet aussi à l'employeur de pratiquer des différenciations sans craindre qu'elles soient remises en cause à travers une comparaison avec des faits antérieurs au droit ou à l'avantage en cause.⁹⁹⁶ Le respect d'une telle unité de temps ne fait toutefois pas obstacle à des comparaisons sur des temps longs. L'analyse comparative par panel en est la preuve puisqu'il s'agit justement de mettre en lumière l'existence d'une concomitance ou du point de vue de l'employeur, l'absence de concomitance entre le moment où le salarié a commencé à exercer un mandat de représentant et le retard de salaire par rapport à des salariés non syndiqués recrutés au même moment sur le même type d'emploi. Plus encore, l'inscription de la comparaison dans une unité de temps sur des temps longs renforce sa capacité explicative à condition que la comparaison s'opère entre des situations concomitantes.

B. Le périmètre de la comparaison

367. La valeur explicative de l'analyse comparative dépend étroitement de la rigueur de son périmètre. C'est dès lors, par une délimitation fiable de celui-ci que les données utiles à la

⁹⁹³ T. Sachs, art. cit., p. 662.

⁹⁹⁴ M. Sweeney, op.cit., p. 119.

⁹⁹⁵ Une comparaison diachronique ne peut être instrumentalisée pour faire obstacle à une réforme législative. Il n'existe donc pas de droit au maintien d'une réglementation. Cf. G. Pélissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996.

⁹⁹⁶ Cass. Soc. 21 juin 2005, n° 02-42.658, Bull. civ. n° 206.

comparaison se donnent à voir. Or, il s'avère que les périmètres retenus en droit du travail par le législateur ou par les juges, ne sont pas objectivement valables soit parce qu'ils sont trop flous soit parce qu'ils ont un caractère trop artificiel. Le caractère fuyant des objets qui entrent en ligne de compte dans la comparaison que peut mener l'employeur a une forte incidence sur le manque de fiabilité des périmètres de l'analyse. Chemin faisant, une telle absence de fiabilité alimente une conception peu rigoureuse de l'exigence d'objectivité. Pour s'en convaincre il convient de reprendre les différents contextes d'évaluation conduisant l'employeur à mener une analyse comparative. Il s'agit de l'évaluation professionnelle des salariés, de l'évaluation comptable du motif économique de licenciement et de l'évaluation dans la défense du respect de l'exigence d'égalité. S'agissant du premier contexte d'appréciation, l'exigence d'objectivité de celle-ci se heurte à une incertitude liée au périmètre de l'objet de l'évaluation professionnelle des salariés. (1) Quant à une appréciation objectivement valable du motif économique, celle-ci se heurte au caractère artificiel des périmètres retenus lorsque l'entreprise appartient à un groupe. Tel n'est pas le cas dans l'hypothèse inverse. Ainsi en fonction de chaque hypothèse, les périmètres d'appréciation du motif économique varient, ce qui a une incidence sur la valeur explicative de la comparaison. (2) Enfin, s'agissant de la défense patronale du respect de l'exigence d'égalité, les périmètres retenus se caractérisent par leur absence de pertinence. (3)

1) Les incertitudes sur le périmètre de l'objet de l'évaluation professionnelle des salariés

368. Avant d'être appréhendée par le droit, l'évaluation est une pratique managériale. Ainsi, l'interrogation sur le périmètre de l'objet évalué est-elle déjà présente en gestion des ressources humaines. S'agit-il d'évaluer des traits de personnalité, des comportements, des compétences, le niveau d'atteinte d'objectifs fixés ou seulement des résultats quantitatifs obtenus au travail lors de la période d'évaluation ? ⁹⁹⁷ L'évaluation des salariés dans la vision qu'en ont les gestionnaires en ressources humaines, déborde largement la seule appréciation du travail puisqu'elle tendrait également à porter un jugement sur « les points forts et faibles de l'individu ». ⁹⁹⁸ Or, évaluer la personnalité de l'individu implique un jugement subjectif à savoir, une appréciation fondée sur des idées préconçues de l'évaluateur. En outre, la personnalité n'est pas communément observable ni immuable. C'est pour cette raison que le rapport de Gérard Lyon-Caen recommandait de circonscrire le périmètre de l'évaluation aux

⁹⁹⁷ D. Alis et alii, op. cit., p. 345.

⁹⁹⁸ Ibid.

qualités professionnelles et d'exclure par là-même la personnalité.⁹⁹⁹ L'arrêt du 10 juillet 2002 de la Cour de cassation fait échos à cela en se référant au droit pour l'employeur « d'évaluer le travail de ses salariés ». ¹⁰⁰⁰ Néanmoins, dans les arrêts postérieurs à 2002 la Cour de cassation change de formulation et retient que l'employeur « a le droit d'évaluer ses salariés » laissant ainsi planer une ambiguïté sur le périmètre de l'évaluation. ¹⁰⁰¹ Par ailleurs, les juges admettent l'usage de critères comportementaux. En effet, ces derniers ne sont pas illicites en soi dès lors qu'il s'agit de critères matériellement vérifiables liés au travail du salarié. Toutefois, la frontière entre les comportements qui relèvent de la sphère professionnelle et la personnalité du salarié apparaît délicate à tracer. L'incertitude sur le périmètre de l'évaluation des salariés demeure toujours présente. Surtout, pareille interrogation est de nature à porter fondamentalement atteinte à la valeur explicative de la comparaison opérée par le biais des différentes méthodes et techniques d'évaluation. Cet écueil demeure toutefois difficile à surmonter tant l'évaluation professionnelle des salariés semble rebelle à la fixation de limites rigides. Comme l'énonce un auteur : « qui s'intéresse aux aptitudes et compétences sait vite combien variables et complexes sont les conventions sur la base desquelles elles sont fixées et évaluées » ¹⁰⁰² Néanmoins, une conception plus rigoureuse de l'exigence d'objectivité serait de nature à garantir que l'évaluation soit bornée par les exigences du travail. Pour cela, il est nécessaire que l'employeur justifie l'usage des critères d'évaluation, y compris les critères comportementaux, par une analyse préalable et rigoureuse du travail. Renforcer la fiabilité de l'évaluation professionnelle supposerait de libérer la parole des salariés sur le travail réel. ¹⁰⁰³ Ce n'est qu'en donnant crédit au savoir partagé par les salariés sur leur travail qu'il sera possible chemin faisant, de délimiter de manière valable le périmètre de l'objet évalué.

2) La variabilité des périmètres d'appréciation du motif économique de licenciement

369. Il résulte de l'article L1233-3 al. 12, l'existence de différents périmètres d'appréciation du motif économique de licenciement. Deux périmètres doivent être distingués

⁹⁹⁹ Rapport G. Lyon-Caen, op. cit. V. aussi supra, n°

¹⁰⁰⁰ Cass. Soc. 10 juill. 2002, n° 00-40.209, Bull. civ., V n° 251 ; Dr. ouvr. 2002, p. 535, note V. Wauquier ; RJS 10/02, n° 1066 ; D. 2005. Chron. p. 924, S. Vernac.

¹⁰⁰¹ Cass. Soc. 5 nov. 2009, n° 08-43.112 ; 08-43.242 et 08-43.304, Inédit ; Cass. Soc. 16 oct. 2013, n° 12-18.229, Inédit.

¹⁰⁰² A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D. 2009, p. 1125 ; V. aussi F. Eymard-Duverney et E. Marchal, Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail, Paris, Métailié, 1997.

¹⁰⁰³ En ce sens, cf. N. Sandret, « Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », RDT

en fonction de l'appartenance ou de la non-appartenance de l'entreprise à un groupe. Ainsi, lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe il peut être soutenu que le périmètre de la comparaison est juste au regard de l'exigence d'objectivité. (a) En revanche, lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe, le périmètre retenu n'est pas pertinent. (b)

- a) La justesse du périmètre de la comparaison lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe

370.En vertu de l'article L1233-3 al. 12 du Code du travail tel qu'issu des ordonnances de 2017, lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe, le motif économique du licenciement doit être apprécié au niveau de l'entreprise. Est ainsi maintenue l'exclusion d'origine prétorienne de procéder à l'appréciation du motif économique du licenciement à un niveau inférieur à l'entreprise, notamment si le projet de licenciement ne concerne qu'un seul des établissements de l'entreprise¹⁰⁰⁴ ou si ce projet ne concerne qu'un seul secteur d'activité de l'entreprise.¹⁰⁰⁵ La comparaison inhérente au contrôle de la réalité de la raison économique du licenciement implique alors de ne se référer qu'à la situation comptable de l'entreprise. Retenir l'entreprise comme périmètre d'appréciation du motif économique et en particulier, comme périmètre de son existence matérielle, ne prête pas à la critique. Même si l'entreprise demeure un objet juridique non identifié, son identification à la personne morale pour délimiter l'appréciation du motif économique, ne permet pas de remettre en cause la valeur explicative du périmètre de la comparaison. En effet, en l'absence d'appartenance de l'entreprise à un groupe, les données les plus probantes à prendre en compte pour apprécier la réalité et le sérieux de la raison économique se situent au niveau de l'entreprise parce que c'est au niveau de ce périmètre que le pouvoir est exercé. Or, plus le périmètre de la comparaison sera étendu à l'unité qui exerce le pouvoir, plus l'employeur devra justifier des données stratégiques c'est-à-dire, de celles qui lui auront servi à apprécier en amont l'existence matérielle de la raison économique. Ainsi, dès lors que le périmètre de la comparaison comprend l'unité du pouvoir, l'employeur devra se montrer plus rigoureux dans la démonstration de l'existence de la raison économique en extériorisant les données les plus pertinentes à la preuve de ladite raison.

2008, p. 498 s

¹⁰⁰⁴ V. notamment Cass. Soc. 26 oct. 2005, n° 03-41.972, inédit.

¹⁰⁰⁵ Cass. Soc. 7 oct. 1998, n° 96-43.107, Bull. civ., V n° 405 ; Cass. Soc. 26 juin 2012, n° 11-13.736, Bull. civ., V n° 197 ; D. 2013, p. 1026, note P. Lokiec.

b) L'artificialité des périmètres de la comparaison lorsque l'entreprise appartient à un groupe

371.Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les périmètres d'appréciation de la raison économique tels que définis par le législateur renforcent l'artificialité de l'analyse comparative dans la preuve de l'existence de ladite raison. En d'autres termes, le périmètre retenu par la loi est de nature à entamer la valeur explicative de la comparaison et partant, sa valeur probante. Une telle conclusion s'appuie sur le rétrécissement artificiel dudit périmètre depuis la nouvelle rédaction de l'article L1233-3 du Code du travail par les ordonnances du 22 septembre et du 20 décembre 2017. Le caractère artificiel des périmètres d'appréciation de la raison économique résulte ainsi des définitions plus strictes que le législateur donne désormais du groupe, périmètre en fonction duquel il est possible de prendre en compte les données relevant d'un niveau plus large que l'entreprise, ainsi que du secteur d'activité, périmètre retenu lorsque l'entreprise appartient à un groupe. A cela, le législateur a également ajouté des limites géographiques rendant plus strictes encore la sélection des entreprises du groupe qu'il convient d'inclure dans le périmètre de la comparaison comptable.

372.S'agissant du périmètre du groupe, l'alinéa 13 de l'article L1233-3 dispose que celui-ci « désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L233-1, aux I et II de l'article L233-3 et à l'article L233-16 du code de commerce. ». Or, il résulte de la combinaison des articles précités du code de commerce que le groupe se définit uniquement en termes de détention de capital et de droits de vote. Est ainsi abandonnée le renvoi d'origine prétorienne à l'article L2331-1 du Code du travail pour la définition du groupe¹⁰⁰⁶ et partant, une conception du groupe plus conforme au contexte des affaires. En effet jusqu'à l'ordonnance du 20 décembre 2017, la jurisprudence renvoyait à l'article L2331-1 qui ouvrait la possibilité de l'identifier de deux manières différentes. L'article L2331-1 I du Code du travail définissait le groupe en faisant référence aux critères posés par les articles susmentionnés du code de commerce tenant aux fractions du capital détenu et aux droits de vote, critères qui ont été repris par l'ordonnance du 20 décembre 2017. L'article L2331-1 II du Code du travail permettait quant

¹⁰⁰⁶ Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063, Publié au bulletin ; D. 2017, p. 840, note P. Lokiec ; « La notion de groupe en droit du licenciement pour motif économique : une nouvelle partition pour un accord parfait ? », RDT

à lui de définir le groupe d'une seconde manière désormais abandonnée par le législateur. Il était possible de définir la notion d'entreprise dominante en se référant à une « influence dominante » tenant notamment à « la permanence et l'importance des relations de ces entreprises [établissant] l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique. » Tenant compte du contexte des affaires, cette seconde voie permettait d'avoir une approche plus réaliste du groupe, en qualité d'ensemble qui peut être formé indépendamment des critères juridiques tenant à la seule détention du capital ou aux droits de vote. Devant l'observation selon laquelle « il n'existe pas un type de groupe, les degrés d'intégration variant d'un groupe à l'autre »,¹⁰⁰⁷ il aurait été plus pertinent de retenir d'autres éléments d'identification du groupe que les seuls rapports capitalistiques telle que, « l'existence d'une communauté de travail fondée sur la similitude de statut social ». ¹⁰⁰⁸ Or, en choisissant d'identifier le groupe uniquement par la référence à des critères liés au capital détenu et aux droits de vote, le nouvel al.13 de l'article L1233-3 du Code du travail écarte la prise en compte d'une approche plus économique et sociale de celui-ci. La rigidité introduite dans la définition du groupe écarte ainsi plusieurs ensembles économiques et sociaux de la qualification de groupe ce qui restreint le périmètre d'appréciation de la raison économique à la seule entreprise et chemin faisant, alimente une conception peu rigoureuse de l'exigence d'objectivité en la matière. En effet, l'employeur ne sera pas tenu d'extérioriser des données comptables provenant d'un niveau plus large que celui de l'entreprise, à savoir du secteur d'activité du groupe auquel cette dernière est susceptible d'appartenir.

373. S'agissant de la définition du secteur d'activité, périmètre d'origine prétorienne retenu pour apprécier la raison économique lorsque l'entreprise appartient à un groupe,¹⁰⁰⁹ celle-ci semble également introduire une acception plus restreinte dudit périmètre. Ainsi, l'article L1233-3, al. 14 définit le secteur d'activité « notamment, par la nature des produits biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, ainsi que les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché ». L'introduction du « ainsi que » sème toutefois le doute sur le caractère cumulatif des éléments cités par la définition. En outre, les travaux préparatoires à la loi de ratification des ordonnances du 17 septembre et 20 décembre 2017, précisent qu' « en

2017, p. 44, note M. Kocher ; Dr. Soc. 2017, p. 221, note M. Gadrat.

¹⁰⁰⁷ Y. Ferkane, « L'accord de groupe en crise d'identité », RDT 2017, p. 76 s.

¹⁰⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁰⁹ Cass. Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690 et n° 93-43.866, Bull. civ., V n° 123, Dr. Soc. 1995, p. 489, note G. Lyon-Caen ; D. 1995, p. 367, note I. de Launay-Gallot ; JCP G 1995, n° 23, II, 22443, p. 223, note G. Picca.

posant cette définition du secteur d'activité, le texte souhaite stabiliser cette notion afin de donner une plus grande visibilité aux entreprises, tout en la restreignant par rapport aux éléments dégagés par la jurisprudence, puisque le secteur d'activité pris en compte sera désormais bien limité aux entreprises du même secteur situées sur le territoire national, et que le secteur d'activité peut effectivement se caractériser par un marché particulier ».1010 A la lumière de ceci, il s'en dégage la volonté politique d'enserrer le secteur d'activité dans une définition très stricte outre les limites territoriales dorénavant assignées par le texte. A notre sens toutefois, l'adverbe « notamment » présent dans la définition du secteur d'activité indique que les éléments de caractérisation de ce dernier ne sont pas cumulatifs mais qu'il s'agit plutôt d'un faisceau d'indices parmi d'autres, à prendre en compte par les juges.1011

Si la définition constitue assurément un guide pour ces derniers, il n'empêche que les juges demeurent libres d'apprécier le secteur d'activité à l'aune d'autres éléments matériellement vérifiables tirés du contexte d'affaires de l'entreprise qui licencie, des éléments qui se situent à la « jonction entre l'entreprise et le marché ».1012 En effet, comme pour la caractérisation des difficultés économiques, il est artificiel de définir in abstracto le secteur d'activité. Une certaine souplesse doit être maintenue pour permettre à la notion de s'adapter à la complexité du contexte d'affaires de l'entreprise qui licencie. Par ailleurs, il est encore davantage artificiel d'introduire une rigidité supplémentaire en interprétant les éléments cités par la loi de manière cumulative. Une telle approche reviendrait ainsi à écarter plus aisément du périmètre de la comparaison des données comptables émanant d'autres entreprises du groupe, des entreprises susceptibles de concurrencer celle qui licencie.

A la définition déjà très stricte du secteur d'activité, périmètre d'appréciation du motif économique lorsque l'entreprise appartient à un groupe, notion entendue également de manière plus stricte, s'ajoutent enfin les limites géographiques qui achèvent de rétrécir le périmètre de la comparaison comptable entre les entreprises du groupe. En effet, sont exclues dorénavant les entreprises appartenant au même secteur d'activité situées à l'étranger. Cette

¹⁰¹⁰ Rapp. n° 369 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre les mesures pour le renforcement du dialogue social, p. 350.

¹⁰¹¹ Contra S. Béal et C. Terrenoire, « Le motif économique et le groupe – Définition après les ordonnances n°2017-1387 et n° 2017-1718 des 22 septembre et 20 décembre 2017 », JCP E n° 5, 1059.

¹⁰¹² P. Kontorgeorgopoulou, *La conception de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, Thèse dactyl. Univ. Paris Nanterre, 2000, p. 100.

évolution revient sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui a toujours considéré que le périmètre du secteur d'activité devait inclure les entreprises situées à l'étranger compte tenu du fait que « les éléments produits par l'employeur, limités aux entreprises situées sur le territoire français, ne permettaient pas de déterminer l'étendue du secteur d'activité du groupe dont relevait la société. »¹⁰¹³ En somme, les périmètres retenus par la loi sont vecteurs d'une conception tronquée de l'exigence d'objectivité de la raison économique du licenciement lorsque l'entreprise appartient à un groupe.

374. Comment ne pas craindre que cette restriction territoriale du périmètre d'appréciation du motif économique ne favorise encore plus les stratégies d'organisation de l'insolvabilité d'une filiale française ? Des stratégies permettant de préconstituer la cause des licenciements économiques ? En ce sens, de telles stratégies ont été déjà dénoncées dans la communauté des chercheurs en comptabilité en raison des difficultés que rencontre cette technique à gérer rationnellement les espaces multiples. Ainsi, un éminent spécialiste en comptabilité affirme que « bien géré, un groupe est un ensemble de vases communicants. On peut vider une filiale de sa substance et la transférer dans une autre, on peut affecter à une société dépendante la totalité des frais de recherche du groupe et lui faire faire des pertes, faire faire des bénéfices aux filiales des pays à monnaie forte ou à fiscalité favorable et des pertes aux entreprises des pays à forte fiscalité ou à gros risques politiques, etc. »¹⁰¹⁴ Allant plus loin, une enquête sociologique conclue que les groupes ont tendance à « instrumentaliser les frontières juridiques des entreprises qui en sont membres » et ces frontières légales sont « des ressources mobilisables selon les intérêts et les pouvoirs en cause ». ¹⁰¹⁵ Autrement dit, il demeure aisé pour la direction d'un groupe de manipuler les indicateurs comptables entre ses différentes filiales et par là-même, de commettre des agissements frauduleux. D'ailleurs c'est bien pour vérifier que le groupe ne s'est pas rendu coupable de ce type d'agissements que la loi Sapin II

¹⁰¹³ Cass. Soc. 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ., V n° 57 ; D. 2009, p. 2128, note J. Péliissier ; RDT 2009, p.306, note J.-Y. Frouin ; Cass. Soc. 23 juin 2009, n°07-45.668, Bull. civ., V n° 161 : « la spécialisation d'une entreprise dans le groupe ou son implantation dans un pays différent de ceux où sont situées les autres sociétés du groupe ne suffit pas à exclure son rattachement à un même secteur d'activité, au sein duquel doivent être appréciées les difficultés économiques. »

¹⁰¹⁴ J.-G Degos, « Le futur de la comptabilité est-il compatible avec la comptabilité du futur ? », La revue des Sciences de Gestion, 2007/2 (n° 224-225), p. 185-197. Précisons que l'auteur de ces propos est non seulement universitaire mais également, le président du jury national du diplôme d'expertise comptable, ce qui confère un surplus d'autorité à ces affirmations.

¹⁰¹⁵ A. Catel Duet, « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », Droit et société, 2007/3.

du 29 décembre 2015¹⁰¹⁶ oblige les sociétés établies en France qui réalisent un chiffre d'affaires annuel consolidé d'au moins 750 millions d'euro, et qui, détiennent ou contrôlent une ou plusieurs entités juridiques établies hors de France, ou y disposent de succursales, à déclarer à l'administration fiscale la répartition pays par pays des bénéfices du groupe et les agrégats économiques, comptable net fiscaux, ainsi que les informations sur la localisation et l'activité des entités le constituant.¹⁰¹⁷ Compte tenu de cette obligation de transparence fiscale, l'incohérence du cantonnement du périmètre d'appréciation du motif économique au territoire national transparait d'autant plus.

375.Le seul recours juridique qui apparaît pour couper court aux manipulations susceptibles de résulter des périmètres précités, réside dans la fraude à la loi.¹⁰¹⁸ A cet égard, le projet de loi de ratification des ordonnances de 2017 voulait modifier la rédaction de l'article L1233-3 comme suit « le premier alinéa du présent 1° ne s'applique pas en cas de création artificielle, notamment en matière de présentation comptable, de difficultés économiques à l'intérieur d'un groupe à la seule fin de procéder à des suppressions d'emplois ». ¹⁰¹⁹ Abandonné, ce projet de modification était néanmoins révélateur des effets pervers de la restriction territoriale du périmètre d'appréciation du motif économique et plus fondamentalement, révélateur des écueils de la comptabilité autant que de l'évanescence du groupe. Toutefois, il ressort de l'alinéa 12 de l'article L1233-3 du Code du travail que le périmètre d'appréciation du motif économique restreint au territoire national ne s'applique pas en cas de fraude. En outre, dans sa décision du 21 mars 2018, le Conseil constitutionnel a bien précisé que la fraude pouvait s'entendre notamment, par l'organisation artificielle de difficultés économiques au sein d'une filiale.¹⁰²⁰ Il reste que cela contribue à alourdir le fardeau de la preuve pesant sur le salarié.

¹⁰¹⁶ Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

¹⁰¹⁷ Art. 223 quinquies, C-I du Code général des impôts. Pour les modalités de mise en œuvre de cette obligation, v. Décr. n° 2016-1288 du 29 sept. 2016, Rev. sociétés 2016. Actu. 635, obs. B. François.

¹⁰¹⁸ F. Géa, « Un nouveau droit du licenciement économique ? », RDT 2017, p. 636.

¹⁰¹⁹ F. Géa, « Réforme 2017. L'hypothèse de la création de difficultés économiques », RDT 2017, p. 793.

¹⁰²⁰ DC, n°2018-761 du 21 mars 2018, considérant n°81.

- 3) L'absence de pertinence des périmètres de la comparaison dans la défense du respect de l'exigence d'égalité

376.La défense du respect de l'exigence d'égalité et plus particulièrement, l'objectivité des différenciations pratiquées implique que l'employeur compare le salarié exclu de la faveur à des comparateurs bénéficiaires de l'avantage. Plus encore, le caractère objectivement justifié de la différenciation suppose que les comparateurs choisis soient pertinents. Or, une sélection pertinente suppose une délimitation objectivement valable des comparateurs seuls à même de conférer une valeur explicative à la comparaison opérée. A cet égard, un auteur a relevé la nécessité que pareille délimitation comprenne des comparateurs soumis au même pouvoir ou à la même unité de pouvoir.¹⁰²¹ Tout l'enjeu réside donc dans une identification objectivement valable du périmètre de ce pouvoir. Or, le périmètre du pouvoir retenu en droit du travail ne répond pas à cette exigence en raison d'une acception trop stricte de celui-ci. En effet, le périmètre de comparaison est limité aux seuls salariés du même employeur¹⁰²² en contradiction avec la réalité du pouvoir qui dépasse la personne morale et qui s'exerce dans l'ensemble de la communauté de travail. Nulle comparaison n'est donc possible sur les conditions de rémunération entre salariés appartenant à d'autres personnes juridiques alors même qu'ils font partie de la même unité économique et sociale sauf si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun. Il en est de même dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement.¹⁰²³ Le périmètre de la comparaison est donc limité au seul pouvoir juridiquement attribué à l'employeur c'est-à-dire, à l'entreprise entendue comme la société-personne morale. Une telle restriction constitue un obstacle à la preuve de l'équipollence des situations par le demandeur. A l'inverse, pareille restriction du périmètre facilite la défense de l'employeur contre des accusations de non-respect de l'exigence d'égalité. En effet, l'employeur n'aura pas à justifier les différences de traitement entre salariés appartenant à une même communauté de travail mais qui font partie de personnes morales distinctes. Si l'employeur doit à son tour se livrer à une comparaison, il n'aura à inclure dans son périmètre que des salariés appartenant à son entreprise. Les avantages tirés de la multiplication des personnes morales employeurs a ainsi pour effet

¹⁰²¹ M. Sweeney, op. cit., p. 110.

¹⁰²² Cass. Soc. 6 juill. 2005, n°03-43.074, Bull. civ. V, 2005, n° 235; Dr. Soc. 2006, p. 98, note Ch. Radé ; Cass. Soc. 20 déc. 2006, n°04-43.966, inédit.

¹⁰²³ Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, n°04-42.143, Bull. civ. V, 2005, n° 185 ; Dr. Soc. 2005, p. 1049, note Ch. Radé.

d'atténuer l'exigence d'objectivité des mesures de gestion et in fine de diluer l'exigence d'égalité.¹⁰²⁴

La Chambre sociale de la Cour de cassation est allée encore plus loin en ce sens puisqu'elle a créé des opportunités supplémentaires de contournement de l'exigence d'objectivité et partant, d'égalité. En effet, par des arrêts remarquables du 4 octobre 2017, les juges du Quai de l'Horloge ont étendu la présomption de justification des différences de traitement à celles opérées par voie d'accord d'entreprise signé par les organisations syndicales représentatives pour des établissements distincts.¹⁰²⁵ L'employeur n'a donc plus à justifier des différences de traitement entre salariés d'établissements distincts dès lors que les différenciations sont prévues par un accord d'entreprise, à moins que le salarié ne prouve, que lesdites différenciations sont étrangères à toute considération professionnelle, ce qui s'avère compliqué. Il en est de même s'agissant des différences de traitement instaurées par accord d'établissement.¹⁰²⁶ Par conséquent, si l'employeur doit se livrer à une analyse comparative, il pourra exclure du périmètre des comparateurs, les salariés d'établissement distincts alors même qu'ils appartiennent à la même entreprise.

A ces restrictions du périmètre de la comparaison s'ajoutent enfin des limites géographiques. En effet, comme en matière d'appréciation du motif économique de licenciement, la comparaison ne peut pas dépasser le cadre national. Les comparaisons transnationales ne sont dès lors pas possibles. Ainsi l'employeur n'a pas à justifier des différences de traitement pratiquées entre salariés au-delà des frontières nationales, ce qui limite l'exigence d'objectivité et d'égalité au cadre national. Or, rien n'exclut que l'employeur et les juges soient confrontés à une comparaison de salariés de territoires distincts, mais soumis à un même employeur, à la même charte éthique par exemple. La comparaison pourrait ainsi avoir un jour comme périmètre le cadre européen.¹⁰²⁷

377. Que la comparaison soit utilisée pour apprécier les qualités professionnelles ou pour caractériser les difficultés économiques ou encore pour justifier du respect de l'exigence

¹⁰²⁴ M. Sweeney, op. cit., p. 113.

¹⁰²⁵ Cass. Soc. 4 oct. 2017, n^{os} 16-17.517 et 16-17.518, Publié au Bulletin ; RDT, 2018, p. 67, note Y. Ferkane.

¹⁰²⁶ Cass. Soc. 3 nov. 2016 n^o 15-18.444, Publié au Bulletin ; D. 2017, p. 235, note F. Ducloz ; RDT 2017, p.140, note I. Odoul-Asorey ; Dr. Soc. 2017, p. 87, note P.-H. Antonmattei.

¹⁰²⁷ En ce sens, cf. M. Sweeney, op. cit., p. 118.

d'égalité, sa valeur explicative en droit du travail n'est pas acquise. En matière de caractérisation des difficultés économiques, domaine où la loi impose la comparaison comptable avec des cadres précis et stricts, celle-ci est même artificielle. Pour le reste, la comparaison doit être menée avec la plus grande rigueur si l'on veut lui conférer une certaine valeur explicative. En effet, plusieurs paramètres de la comparaison doivent être éprouvés et ce, en commençant par tester la rigueur avec laquelle les termes de la comparaison ont été choisis, à savoir les critères de la comparaison, puis en appréciant la validité des cadres de celle-ci. Toutefois, compte tenu de la nature de certains objets de l'évaluation telles les qualités professionnelles et l'entreprise, les vertus explicatives de la comparaison peuvent être d'emblée remises en cause. Une telle critique trouve également à s'appliquer pour le motif économique de licenciement dont la caractérisation est nécessairement tributaire de la comptabilité, un savoir qui aux dires même des chercheurs en comptabilité, n'a pas encore effectué sa « révolution copernicienne ».¹⁰²⁸ Le contentieux relatif au respect de l'exigence d'égalité demeure en fin de compte le seul domaine où une comparaison plus rigoureuse peut être menée en raison de l'usage de techniques comparatives issues des sciences sociales, disciplines où la comparaison occupe une place centrale et où les conditions de sa validité sont posées.

¹⁰²⁸ J.-G. Degos, art. cit., p. 185 à 197.

Conclusion de chapitre

378. L'étude de la valeur prédictive et explicative des différentes méthodes et techniques d'évaluation que l'employeur est susceptible de mobiliser pour justifier objectivement ses raisons d'agir laisse sceptique. Plus encore, la critique porte sur la foi accordée à certains savoirs auxquels l'argumentation patronale peut faire indirectement référence à titre de preuve des raisons d'agir et ce, alors même que ces savoirs s'avèrent peu fiables. Il en va ainsi en particulier, de la comptabilité. Se révèle alors une conception souple voire peu rigoureuse de l'exigence d'objectivité en droit du travail en contradiction avec la nécessité qu'implique une telle exigence d'utiliser des procédés de preuve raisonnablement fiables.

Pareille conception de l'objectivité se confirme par l'admission d'analyses comparatives dont les termes et les cadres ne sont pas choisis de manière rigoureuse. Pire, une confusion entre l'objectivité et une pseudo-objectivité d'ordre mécanique risque de se produire avec le recours croissant aux algorithmes dans la prise de décision. Ainsi, devant le constat de l'absence ou du faible degré de fiabilité de certains procédés de preuve, il est nécessaire de relativiser la délimitation opérée par le droit du travail entre les savoirs exclus et les savoirs réputés fiables ou raisonnablement fiables qui sous-tendent pareils procédés.

Chapitre 2 : La reconnaissance du savoir détenu par les tiers

379. Les tiers¹⁰²⁹ peuvent être garants de deux types de savoirs. Les connaissances qu'ils peuvent être amenés à énoncer à titre de preuve résultent soit de leur expertise professionnelle soit de leur expérience personnelle. En effet, dès lors que le savoir peut s'entendre d'un ensemble de connaissances d'une personne acquis par l'observation, l'apprentissage et/ou l'expérience,¹⁰³⁰ le savoir auquel l'employeur peut se référer est susceptible de provenir de tiers ayant une connaissance empirique des faits pertinents. Cela veut dire qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à un tiers maîtrisant un savoir formalisé. L'employeur peut donc prendre appui sur un savoir que les tiers ont acquis par l'intermédiaire de leur expérience personnelle. Il en est ainsi lorsque l'employeur a recours aux attestations de simples témoins comme aux constats des huissiers de justice.¹⁰³¹

380. Outre la mobilisation d'un savoir fondé sur l'expérience personnelle d'un tiers, l'employeur peut également se référer aux rapports d'experts professionnels dans une discipline reconnue qui lui ont donné un éclairage sur une situation donnée et qui lui ont été

¹⁰²⁹ La qualification de tiers ou de personne tierce s'entend ici par rapport à l'employeur. Cela signifie qu'une telle qualification ne devrait pas s'appliquer aux personnes représentant l'employeur. Par exemple, ne devraient pas être qualifiables de tiers par rapport à l'employeur le directeur des ressources humaines ni le responsable des ressources humaines. En sens contraire pourtant, v. Cass. Soc. 23 oct. 2013, n° 12-22.342 dans lequel la Haute juridiction autorise les juges du fond à se fier à l'attestation d'un salarié représentant son employeur alors qu'il serait plus juste de conférer valeur d'allégation à ses déclarations. Sur cette idée v. F. Guiomard, « La recevabilité des preuves produites pour soi-même », RDT 2013, p. 781 s, note ss arrêt précité.

¹⁰³⁰ V° « Savoir » 1^{er} sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

¹⁰³¹ En effet, ces derniers ont la possibilité d'effectuer des constatations purement matérielles qui consistent à relater leurs observations sur des éléments de fait et à les consigner dans un procès-verbal. Pour ce faire, ils peuvent être mandatés par l'employeur sans intervention du juge ou bien commis par ce dernier en qualité de techniciens dans le cadre d'une mesure d'instruction in futurum conformément à l'article 145 du code de procédure civile, en dehors de tout procès. Dans la perspective de préparer un procès, la mesure d'instruction in futurum sert à recueillir des preuves chez son adversaire, au besoin sans que ce dernier en soit informé. Ainsi, la procédure pour obtenir une mesure d'instruction in futurum peut ne pas être contradictoire. Tel est le cas de l'ordonnance sur requête. A l'inverse, le référé probatoire constitue quant à lui, une procédure contradictoire. Par principe, la procédure pour obtenir une mesure in futurum doit emprunter la voie du référé. Par dérogation, le demandeur peut agir selon la procédure d'ordonnance sur requête. Il doit en effet démontrer qu'il est « fondé à ne pas appeler » son adversaire en vertu de l'article 493 du code de procédure civile. Des auteurs estiment que cette procédure doit être subsidiaire car il doit y avoir une « nécessité de surprendre le destinataire de la mesure, d'agir à son insu, sous peine de faire perdre à la demande toute efficacité. ». V. S. Guinchard, Procédure civile, *droit interne et de droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 32^e éd., 2014, n° 214.

utiles pour prendre une décision. Par exemple, il peut s'appuyer sur les appréciations des commissaires aux comptes ou des experts-comptables relatives aux écritures comptables énoncées dans leurs rapports.¹⁰³²

381. En fonction de l'objet de la preuve, il sera plus utile pour l'employeur de recourir soit à l'expérience personnelle soit à l'expertise professionnelle du tiers. Par exemple, les écrits émanant d'experts-comptables sont plus utiles au soutien de la preuve du motif économique de licenciement alors que les attestations émanant de témoins directs¹⁰³³ ou les constats de l'huissier de justice¹⁰³⁴ le sont davantage pour la preuve du motif personnel de licenciement.¹⁰³⁵ Il n'existe aucune méthode générale pour évaluer leur force probante et leur efficacité à convaincre les magistrats de l'existence d'un fait. Comme le résumant des auteurs, « l'audition d'un témoin peut paraître douteuse à première vue, car la personne entendue est partielle, mais cela n'est ni évident ni systématique. » A l'inverse, « l'expert engagé par une partie est censé présenter toutes les garanties de compétence et d'impartialité. Toutefois ce dernier, peut être tenté de défendre une thèse scientifique associée à une école de pensée ». ¹⁰³⁶

382. Deux qualités sont nécessaires à la reconnaissance du savoir détenu par les tiers. La première est attribuée à leur personne, ce qui offre la possibilité de développer le cas échéant,

¹⁰³² Ces appréciations sont formulées à la suite d'un audit. Il s'agit d'une mission d'opinion confiée à un professionnel indépendant, utilisant une méthodologie spécifique de diligences acceptables par rapport à des normes. L'audit effectué par le commissaire aux comptes – la certification – est une mission d'ordre légal et obligatoire pour certaines entités. En revanche, l'expert-comptable voit sa mission définie par un engagement contractuel. L'audit n'est donc qu'une des missions potentielles de l'expert-comptable.

¹⁰³³ Leur valeur probatoire peut être identique au témoignage recueilli sous serment ou par déposition orale. Puisque ces deux formes de déclarations sont employées pour rapporter la preuve d'un fait juridique dans un système de preuve libre qui prévaut en matière prud'homale, il ne peut exister aucune hiérarchie entre elles. Les juges apprécient alors souverainement la force probante qu'il convient d'accorder aux attestations, comme ils le font pour le témoignage oral. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. « Thémis », p. 588.

¹⁰³⁴ Par exemple, les constats de l'huissier de justice peuvent être utiles au soutien de la preuve d'une violation d'une obligation de non concurrence. Ainsi, il a été jugé « qu'un employeur peut obtenir la désignation d'un huissier de justice pour accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à disposition d'un salarié, dès lors qu'il a des raisons légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et que l'huissier a rempli sa mission en présence du salarié. » Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ., V n° 84 ; Cass. Soc. 10 juin 2008, n° 06-19.229, Bull. civ., V n° 129. De même, les constats d'huissier peuvent s'avérer utiles au soutien de la preuve de l'usage abusif par le salarié de l'ordinateur professionnel ou du réseau internet en complément des procédés de cybersurveillance.

¹⁰³⁵ Par ailleurs, l'ancien adage *testis unus, testis nullus* n'a plus cours puisque le juge peut décider de fonder sa conviction sur un seul témoignage. V. Cass. Civ. 1, 5 mai 1962, Bull. civ., I n° 220.

une argumentation ad hominem¹⁰³⁷ et l'autre, au savoir qu'ils prétendent détenir. Ainsi, est digne de crédit le savoir émanant d'un tiers qui fait preuve de sincérité dans ses déclarations ou écrits. Il convient cependant de rappeler, qu'en vertu de l'article 2274 du Code civil, la bonne foi est toujours présumée. Donc il appartient au salarié qui allègue la mauvaise foi des écrits ou des déclarations des tiers sur lesquels se fonde l'employeur, de prouver leur manque de sincérité. Or, eu égard aux différents liens qui unissent la plupart du temps l'employeur et les tiers, un rapport peut être établi entre l'indépendance des seconds vis-à-vis du premier, et la présomption de sincérité de leurs déclarations ou écrits. Inversement, leur dépendance peut faire peser un doute légitime sur leur honnêteté et partant, permettre de combattre plus aisément la présomption de bonne foi de leurs déclarations ou écrits. En bref, la présomption de sincérité des déclarations ou des écrits des tiers en faveur de l'employeur peut être remise en cause de manière plus ou moins aisée en fonction de leur degré d'indépendance par rapport à ce dernier. **(Section 1)** Toutefois, la sincérité des tiers n'est pas suffisante à emporter la conviction des juges quant au caractère probant de leurs déclarations ou écrits. En effet, il convient plus fondamentalement de s'assurer de la fiabilité des « propositions de preuve »¹⁰³⁸ énoncées par les tiers. **(Section 2)**

Section 1 : La présomption de sincérité des déclarations ou des écrits et l'indépendance des tiers

383.La sincérité est la qualité d'une personne « qui exprime des sentiments réellement éprouvés »¹⁰³⁹ c'est-à-dire, qui ne ment pas. La sincérité demeure donc avant tout « une vertu du locuteur et traduit l'exigence de bonne foi qui pèse sur tout débiteur ». ¹⁰⁴⁰ Qualité de la personne, elle s'étend à ses déclarations et écrits qui doivent être établis avec franchise. La sincérité ou la bonne foi est par conséquent, une qualité de l'élément de preuve qui émane d'un tiers prétendant détenir un savoir particulier. La sincérité de l'auteur d'un élément de preuve doit toutefois être distinguée de l'exigence de cause sincère ou exacte du motif de

¹⁰³⁶ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, op. cit.

¹⁰³⁷ L'argument ad hominem est celui par lequel on attaque l'adversaire directement dans sa personne en lui opposant ses propres paroles ou ses propres actes. V « argument ad hominem », Dictionnaire de français Larousse.

¹⁰³⁸ X. Lagarde, *Réflexion pratique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994, préf. J. Ghestin, n° 47 s.

¹⁰³⁹ V° « Sincérité », 1^{er} sens, TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

¹⁰⁴⁰ B. Dabosville, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 123, 2013, p. 309.

licenciement. Dans cette dernière hypothèse, il s'agit, pour le juge, de s'assurer de l'absence de cause dissimulée. En ce sens, la sincérité du motif est une exigence distincte de l'objectivité de la cause puisqu'un motif de licenciement mensonger peut très bien se référer à une cause objective et existante. Toutefois, lorsque l'employeur se réfère aux écrits ou bien aux déclarations des tiers pour établir l'existence de la cause de licenciement alléguée, l'objectivité est liée à la sincérité de ces mêmes éléments de preuve.

384.Présumée, la sincérité ou la bonne foi des déclarations ou des écrits des tiers en faveur de l'employeur s'avère plus ou moins facile à remettre en cause en fonction du degré d'indépendance des premiers vis-à-vis du second. S'agissant des salariés qui témoignent en faveur de l'employeur, cette indépendance est même illusoire compte tenu de leur état de subordination. En effet, l'autorité que l'employeur exerce sur eux les rend de fait, plus vulnérables face à d'éventuelles pressions morales de la part de celui-ci et ce, afin d'obtenir des déclarations mensongères ou complaisantes. A tout le moins, le lien de subordination juridique qui les relie à l'employeur ne les rend pas libres de refuser de témoigner en faveur de ce dernier. Ainsi, même s'il n'existe pas d'obstacles à la recevabilité de leurs écrits ou attestations, il n'en demeure pas moins légitime de douter a priori de la sincérité des salariés qui témoignent en faveur de l'employeur. Par conséquent, il est plus facile de combattre la présomption de bonne foi attachée à leurs attestations.

385.En revanche, s'agissant des tiers professionnels auxquels l'employeur se réfère, la bonne foi de leurs écrits peut être plus difficilement contestée. Sont concernés ceux qui apprécient les comptes de l'entreprise, les commissaires aux comptes, ou s'ils ont été engagés pour une telle mission, les experts-comptables.¹⁰⁴¹ En effet, l'indépendance juridique des experts-comptables et des commissaires aux comptes qui ne sont pas liés par un contrat de

¹⁰⁴¹ Sur la différence entre expert professionnel et professionnel expert, v. K. Favro, M. Lobé Lobas et J.-P. Markus, « Reconnaître l'expert dans la société : une reconnaissance guidée par le besoin » in *L'expert dans tous ses états*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2016, p. 9. L'expert professionnel fait de son expertise un métier c'est-à-dire, l'objet d'un commerce à l'instar des experts-comptables. Tel n'est pas le cas de l'expert qui intervient dans un litige ou dans une prise de décision publique ou privée et qui n'agit en cette qualité que de manière accessoire. De cette distinction, il en résulte que l'expert professionnel tel que l'expert-comptable agit dans le cadre d'une déontologie propre à sa profession, et non selon la déontologie des experts, quand bien même ces deux déontologies comporteraient des règles très proches (par exemple en matière d'obligations d'impartialité, de probité, de compétence). Dans les faits toutefois, l'expert professionnel a tout intérêt à respecter la déontologie de l'expert, notamment si ses clients souhaitent produire ses expertises en justice à titre de preuve. Le cas échéant, elles n'emporteront pas la conviction des juges.

travail avec l'entité qu'il contrôlent, leur qualité de professionnels soumis à des obligations déontologiques à valeur réglementaire¹⁰⁴² dont le devoir d'indépendance,¹⁰⁴³ et leur expertise dans une technique comptable réputée fiable aux yeux du législateur,¹⁰⁴⁴ confèrent à leurs écrits ainsi qu'aux documents comptables qu'ils vérifient un surcroît d'autorité difficilement contestable.¹⁰⁴⁵ A cela s'ajoute, pour le commissaire aux comptes en particulier, la reconnaissance étatique de la mission de contrôleur des comptes de l'entreprise ou du groupe.¹⁰⁴⁶ Il est donc plus difficile de combattre la présomption de bonne foi attachée à leurs écrits ou attestations. Pour autant, il ne faudrait pas ignorer qu'il existe un grand nombre de situations de conflit d'intérêts qui peuvent menacer l'indépendance de ces experts et jeter le doute sur la sincérité de leurs écrits et, partant, sur la sincérité des documents comptables produits à l'appui du motif économique de licenciement. De même, ces professionnels ne sont pas à l'abri de subir des pressions morales ou des intimidations de la part de leur client.¹⁰⁴⁷ Toutefois, force est de conclure après l'étude de certains arrêts rendus par les juges du fond sur le motif économique de licenciement que les documents comptables ou les écrits du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable sont rarement remis en cause par la défense des salariés sous l'angle du manque de sincérité de ces professionnels.

386. Même s'il existe d'autres situations ou liens qui peuvent affecter l'indépendance des témoins ou des professionnels auxquels l'employeur se réfère comme des liens familiaux ou des liens d'amitié avec l'employeur,¹⁰⁴⁸ le choix a été fait de se concentrer sur le lien de

¹⁰⁴² Pour l'accomplissement de sa mission, le commissaire aux comptes est d'abord soumis aux dispositions du code de commerce. S'imposent ensuite à lui le code de déontologie de la profession approuvé par décret n°2005-1412 du 16 novembre 2005 et les normes d'exercice professionnel homologuées par arrêté. Enfin, il doit prendre en considération les bonnes pratiques professionnelles identifiées par le Haut Conseil du commissariat aux comptes et peut se référer, le cas échéant, à la doctrine élaborée par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Quant à l'expert-comptable, celui-ci est également soumis à un code de déontologie à valeur réglementaire puisqu'il a été arrêté par décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007.

¹⁰⁴³ V. infra, n°

¹⁰⁴⁴ V. supra, n°

¹⁰⁴⁵ V. infra, n°

¹⁰⁴⁶ V. infra, n°

¹⁰⁴⁷ La menace d'intimidation correspond à la possibilité pour le contrôleur légal de se voir dissuader d'agir avec objectivité par des menaces, ou par la crainte qu'il a, par exemple, d'un client influent ou particulièrement autoritaire. *Recomm. Com. Eur. Du 16 mai 2002 relative à l'indépendance du contrôleur légal des comptes dans l'UE : principes fondamentaux, C(2002) 1873.*

¹⁰⁴⁸ Par exemple, lorsque des attestations émanent d'un client au profit de l'employeur, leur sincérité peut être remise en cause si des liens d'amitié existent avec l'employeur. Il convient toutefois d'en apporter la preuve. En ce sens, V. la motivation de CA Aix-en-Provence, 3 juill. 2015, n°13/00888 : « Attendu que l'employeur fait état dans la lettre de licenciement d'un comportement agressif de la salariée envers M. C, client du magasin ce dont

subordination juridique dans lequel se trouvent nombre des témoins de l'employeur ainsi que sur les situations de conflits d'intérêts qui peuvent affecter l'indépendance des professionnels engagés pour auditer les comptes de l'entreprise ou du groupe. Ainsi, lorsque le tiers est dans une situation de dépendance juridique à l'égard de l'employeur en faveur duquel il témoigne, il sera plus aisé de débattre de la sincérité de ses déclarations ou écrits. Tel est le cas des attestations de salariés en faveur de l'employeur. **(Paragraphe 1)** En revanche, moins le tiers paraît dépendant de l'employeur moins il sera aisé de débattre de la sincérité de ses écrits. Il en est ainsi lorsque l'employeur produit les écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables. **(Paragraphe 2)**

Paragraphe 1 : La sincérité des attestations émanant des salariés en faveur de l'employeur

387. Compte tenu de la prévalence du principe de la liberté de la preuve dans le contentieux prud'homal,¹⁰⁴⁹ le recours aux attestations est très répandu, que ce soit à l'appui des allégations du salarié comme de celles de l'employeur. Les attestations sont ainsi fréquemment utilisées par ce dernier comme preuve de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement pour motif personnel.

388. En tant que mode de preuve testimonial, l'attestation repose sur des déclarations dont la sincérité est exigée sous peine de poursuites pénales de leur auteur.¹⁰⁵⁰ Or, la qualité de l'auteur de l'attestation entendue comme « la condition sociale, civile et juridique c'est-à-dire le titre au nom duquel on agit »¹⁰⁵¹, peut faire naître des doutes légitimes sur la sincérité du témoignage. En effet, de telles informations révèlent les liens entretenus entre les parties et les

ce dernier atteste le 9 octobre 2012 en indiquant qu'à deux reprises (...) il s'est rendu dans les locaux de la société X... où l'accueil qui lui a été réservé par la salariée a été désagréable et peu commercial ; qu'il n'existe aucun élément probant au dossier de nature à permettre de mettre en doute la sincérité de cette attestation, que notamment la salariée qui se prévaut des liens d'amitiés liant ce client à son employeur ne rapporte aucun élément en ce sens. »

¹⁰⁴⁹ Cass. Soc., 27 mars 2001, n° 98-44.666 : JurisData n° 2001-008921 ; JCP E 2001, p. 1634, note C. Puigelier.

¹⁰⁵⁰ Se rend coupable du délit de fausse attestation réprimé par l'article 441-7 du Code pénal celui qui établit une attestation faisant état de faits matériellement inexacts ou celui qui falsifie une attestation originellement sincère ou celui qui fait usage d'une attestation inexacte ou falsifiée. V. not., Cass. crim., 26 mars 2002, n° 01-84.215 : JurisData n° 2002-014209 ; JSL 2002, 103, obs. N. Rerolle qui retient la responsabilité pénale du conseiller du salarié ayant établi un rapport d'entretien préalable à un licenciement dans lequel il a sciemment relaté un fait matériellement inexact en sachant que ce document serait produit en justice.

¹⁰⁵¹ www.larousse.fr

tiers acceptant de témoigner. Ces liens peuvent s'avérer si étroits que, d'emblée, un doute peut être jeté sur la sincérité des déclarations. Ce faisant, il n'est pas exclu qu'une telle circonstance conduise l'adversaire à solliciter du juge que l'attestation litigieuse soit écartée des débats. Ne devrait-il pas en être ainsi lorsque l'employeur invoque les déclarations faites à son profit par un salarié c'est-à-dire, par une personne placée dans un lien de subordination qui peut légitimement craindre des pressions ou des représailles en cas de refus de témoigner ?

389. De fait, l'exercice du pouvoir dans le cadre des relations de travail est propice à obtenir de la part des salariés des témoignages complaisants voire mensongers. Toutefois, l'existence du lien de subordination juridique n'a pas emporté la conviction des juges qui refusent d'écarter d'emblée les attestations établies par des salariés en faveur de leur employeur. Ainsi, la Chambre sociale retient dans un arrêt en date du 22 septembre 2011 que « rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal retienne des attestations établies par des salariés de l'entreprise et en apprécie librement la valeur et la portée pour établir la faute grave fondant un licenciement sans méconnaître le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable (...) dès lors que ces attestations, versées au débat, sont soumises à la discussion contradictoire des parties ». ¹⁰⁵² Aux yeux des magistrats du Quai de l'Horloge, l'absence de sincérité ne peut donc être déduite de la seule existence d'un lien de subordination entre l'auteur et le bénéficiaire du témoignage, même si des doutes à ce sujet apparaissent légitimes. C'est seulement au stade de l'appréciation judiciaire de la force probante de l'attestation que des doutes sur la sincérité du témoin peuvent être décisifs. Par conséquent, même si les attestations des salariés au bénéfice de leur employeur ne sont pas écartées des débats, les juges du fond peuvent douter de leur sincérité en raison de la présence d'un lien de subordination ou d'un rapport de collaboration. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la cour appel de Metz, postérieur à la jurisprudence de la Cour de cassation de 2011, dans lequel les juges du fond observent que : « l'ensemble de ces attestations émanent de personnes qui, lorsqu'elles les ont établies, étaient dans un lien de subordination ou dans un rapport de collaboration avec la société Dynami-Group de sorte qu'un doute existe quant à leur sincérité. » ¹⁰⁵³ En l'espèce,

¹⁰⁵² Cass. Soc. 22 sept. 2011, n° 10-18.864, inédit ; Sur la recevabilité d'une attestation émanant d'un représentant de l'employeur, v. Cass. Soc. 23 oct. 2013, n°12-22.342, Bull. civ., V n° 245; RDT 2013, p. 781, note F. Guiomard ; Cass. Soc., 17 juin 2015, n° 14-11.486, inédit.

¹⁰⁵³ CA Metz 11 mars 2013 n°11/00605.

les juges examinent également la précision et le caractère circonstancié de ces attestations avant de conclure à leur absence de force probante.

390. Deux arguments sont principalement invoqués en faveur de la recevabilité des attestations des salariés au bénéfice de leur employeur. En premier lieu, il est difficile d'écarter ce type d'attestations des débats dès lors que le litige porte sur des faits que seuls des témoins présents dans l'entreprise peuvent relater, c'est-à-dire en priorité des salariés¹⁰⁵⁴. C'est ainsi que des juges de la cour d'appel de Montpellier ont précisé qu'il « ne peut être fait grief à l'employeur de produire des attestations de personnes placées sous son autorité dès lors que des faits ayant été commis dans le cadre du travail, les autres salariés en sont nécessairement témoins privilégiés et que les faits qu'ils rapportent ne sont pas nécessairement contradictoires entre eux ». ¹⁰⁵⁵ Cela vaut également pour les attestations de certains membres du personnel dotés de connaissances spécialisées tels que les responsables informatiques. En effet, leurs attestations peuvent être utilisées par l'employeur à titre de preuve de l'usage abusif de son ordinateur professionnel par le salarié. ¹⁰⁵⁶ De même, est recevable l'attestation du médecin du travail en faveur de l'employeur. ¹⁰⁵⁷

En second lieu, la souplesse des règles de recevabilité des attestations en faveur de l'employeur se justifierait par celle dont bénéficie le salarié qui peut produire en justice des attestations émanant d'une personne en litige avec l'employeur¹⁰⁵⁸ comme d'un ancien salarié.¹⁰⁵⁹ A défaut, l'absence de réciprocité des règles de recevabilité de la preuve entre employeur et salarié irait à l'encontre du principe de l'égalité des armes.¹⁰⁶⁰ Cet argument de

¹⁰⁵⁴ C. Tétard-Banquart, « Du bon usage des attestations devant le juge prud'homal », JCP S, 2014, 1318.

¹⁰⁵⁵ CA Montpellier, 30 mai 2001, n°00/00207.

¹⁰⁵⁶ En ce sens, v. guide pratique Lamy conseils opérationnels de gestion du personnel sur le thème de la cybersurveillance.

¹⁰⁵⁷ Toutefois, l'employeur ne peut, sans commettre une faute, produire en justice une attestation du médecin du travail comportant des éléments tirés du dossier médical du salarié, hormis les informations que le médecin du travail est légalement tenu de communiquer à l'employeur. Dans ce cas, le salarié peut prétendre à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Cass. Soc., 30 juin 2015, n° 13-28.201.

¹⁰⁵⁸ Cass. Soc., 30 oct. 2007, n° 06-44.259, inédit. – CA Caen, 22 avr. 2011, n° 06-00103 : JurisData n° 2011-031947.

¹⁰⁵⁹ V. not., CA Paris, 28 nov. 2013, n° 11-10532 : JurisData n° 2013-030941. – CA Bourges, 15 avr. 2011, n° 10-00817 : JurisData n° 2011-006583.

¹⁰⁶⁰ Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'égalité des armes constitue une exigence essentielle du procès équitable et elle se définit par la formule suivante : chaque partie doit avoir « la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la

la réciprocité ou de l'égalité des armes est sans doute celui qui convainc le moins du bien-fondé de la recevabilité des attestations des salariés en faveur de leur employeur. La souplesse des règles de recevabilité de la preuve en droit du travail au bénéfice du détenteur du pouvoir demeure critiquable parce qu'elle augmente le risque que les salariés dont le témoignage est demandé par leur employeur contre le salarié demandeur, subissent des pressions ou des représailles en cas de refus d'attester.¹⁰⁶¹ Les salariés n'étant pas en mesure de consentir ou de refuser librement à témoigner en faveur de leur employeur, le strict respect de certains principes directeurs du procès civil tel l'égalité des armes ouvre la voie à des abus de pouvoir. A tout le moins, une application rigide de ces principes conduit à une intériorisation par les salariés des craintes de subir des représailles en cas de refus d'attester en faveur de leur employeur. Ainsi, au lieu de restaurer un équilibre devant la preuve entre le salarié contre lequel les attestations sont dirigées et l'employeur, le principe d'égalité des armes, strictement appliqué, accroît le pouvoir de ce dernier. Plus fondamentalement, une application aussi rigide du principe de l'égalité des armes accentue d'autant plus l'inégalité devant la preuve entre les deux parties. En effet, il est plus difficile pour le salarié demandeur à l'instance d'avoir accès aux éléments de preuves pertinents compte tenu du fait qu'ils sont détenus dans l'entreprise par l'employeur et que, la plupart du temps, ledit salarié n'y a plus accès au moment du litige. De même, celui-ci rencontre souvent beaucoup de difficultés à obtenir des attestations des salariés en poste. En cause, le risque de représailles qui constitue la première raison de refus invoquée par ses collègues dès lors que le respect du principe du contradictoire impose de communiquer leur attestation à l'employeur et non pas au seul juge.¹⁰⁶² Là encore, la stricte

partie adverse » CEDH 16 juill. 1968, *Struppat c/RFA*, req. n° 2804/66, DR, *Annuaire de la Conv.*, vol. XI, p. 400. Le principe de l'égalité des armes s'applique à toutes les procédures mettant en cause des droits ou obligations à caractère civil. Il concerne même les juridictions constitutionnelles, dans la mesure où la décision à rendre peut influencer sur l'issue du litige civil dont il est débattu devant les juridictions ordinaires. Sont concernées par cette exigence d'équité toutes les juridictions étatiques, ainsi que les organes qui peuvent décider des droits et obligations à caractère civil au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cass., ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.440, Bull. ass. plén., n° 1; GP 24-25 févr. 1999, concl. av. gén. Lafortune; JCP 1999. II. 10060, note Matsopoulou; LPA 10 févr. 1999, n° 29, p. 17, obs. M.-A., Frison-Roche; N. Fricero, « Nouvelles applications de la CEDH aux procédures adaptées aux affaires », Dr. et patr. 1999, p. 73 s.

¹⁰⁶¹ En ce sens, V° 778 « Importance des attestations en matière prud'homale », *Le Lamy Procédure prud'homale*, mise à jour 02/18 : « Il faut craindre que l'employeur use, directement ou indirectement de son autorité pour solliciter des témoignages de l'encadrement, voire des salariés, contre le demandeur salarié. »

¹⁰⁶² *Le Lamy Procédure prud'homale*, V° 778 « Importance des attestations en matière prud'homale », mise à jour 02/18. Le témoignage anonyme peut, sous certaines conditions, être autorisé en matière prud'homale. En ce sens v. Cass. Soc. 23 sept. 2003, n° 01-43.595, inédit. Cet arrêt semble suivre la jurisprudence de la CEDH, 26 mars 1996, *Doorson c/Pays-Bas*, § 69, RSC 1997, p. 484 s. La CEDH admet que le témoignage anonyme soit compatible avec le droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la CEDH à la double condition que la

application des principes directeurs du procès civil en matière prud'homale est de nature à renforcer l'inégalité du salarié devant la preuve. Par ricochet, ces mêmes principes favorisent les déclarations complaisantes ou mensongères au bénéfice de l'employeur.

391.La stricte réciprocité des règles de recevabilité des attestations devant le juge prud'homal entre employeur et salarié n'est pas incompatible avec tout débat sur la sincérité de leurs auteurs. En effet, la subordination du salarié à l'égard de l'employeur constitue bien une situation objective qui légitime le doute sur la sincérité de l'attestation. Toutefois, si le salarié demandeur à l'instance invoque l'irrecevabilité des attestations produites par l'employeur pour manque de sincérité, il doit apporter des éléments tangibles compte tenu de la présomption de bonne foi au profit de leurs auteurs. Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles, les juges rappellent que « les témoignages, contenus dans les attestations fournies par [l'employeur] au soutien de ses griefs, ne peuvent être considérés comme étant faits par complaisance au seul motif qu'ils émanent de personnes ayant des liens avec l'employeur, sans éléments objectifs de nature à pouvoir suspecter leur sincérité ». ¹⁰⁶³ A cet égard, la preuve de pressions ou de menaces de représailles afin d'obtenir des témoignages mensongers de la part de l'employeur permet de conclure à leur manque de sincérité. Toutefois, cela suppose, pour le salarié, d'introduire une action devant le juge pénal afin de caractériser le délit de subornation de témoin, visé à l'article 434-15 du code pénal, ce qui n'est pas sans poser des problèmes d'ordre probatoire. ¹⁰⁶⁴ Si une décision du juge pénal condamne ou relaxe l'employeur jugé pour ce délit, le juge prud'homal sera tenu par cette décision. Il ne pourra donc pas véritablement apprécier la sincérité du témoignage.

392.En dehors d'une action devant le juge pénal, comment établir alors le manque de sincérité ou l'existence de manœuvres de l'employeur en vue d'obtenir des déclarations mensongères ?

L'étude de certaines décisions rendues par les cours d'appel révèle que le caractère

procédure suivie devant les autorités judiciaires compense suffisamment l'obstacle posé à la défense par l'anonymat du témoin et que le témoignage soit corroboré par d'autres éléments de preuve.

¹⁰⁶³ CA Versailles 2 avril 2014 n°12/05300.

¹⁰⁶⁴ « Le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou à délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, (...) est puni de trois ans

mensonger des attestations émanant de plusieurs salariés au profit de l'employeur peut se déduire d'un manque de crédibilité lié à leur absence de singularité. Le manque de sincérité peut résulter du caractère identique et préformé du contenu des attestations, traits qui sont renforcés si ces dernières sont dactylographiées. C'est ce qui ressort en particulier, d'un arrêt de la cour d'appel de Rouen dans lequel les juges du fond soulignent la « fragilité des témoignages résultant d'attestations produites par l'employeur, lesdites attestations ayant été dactylographiées, même pour celles qui portent des dates différentes, suivant des modalités manifestement identiques qui ne permettent pas à la Cour de se convaincre de leur sincérité et donc de la véracité des faits qui y sont rapportés. »¹⁰⁶⁵ Il en va de même de la recevabilité d'une pétition, signée par de nombreux salariés et présentée par l'employeur dans un litige l'opposant à un salarié licencié. Cette pétition attestait du comportement agressif et grossier du salarié licencié tant à l'égard du personnel que de la direction de l'entreprise. Celle-ci est écartée par le juge du fond. En effet, dès lors qu'elle a été dactylographiée par la direction, elle ne peut constituer un mode de preuve valable.¹⁰⁶⁶

393. Enfin, il convient de rappeler que le caractère mensonger d'une attestation peut aussi résulter de l'aveu même du témoin qui peut dénoncer celle-ci. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Rouen précité, dans lequel les juges justifient également le caractère mensonger des attestations du fait que « trois des sept personnes ayant signé les documents intitulés « attestations » ont attesté, dans les formes prévues par le code de procédure civile, l'avoir fait sous la pression de l'employeur et d'autres salariés ont attesté, dans les mêmes formes, avoir fait l'objet de pressions aux mêmes fins, fut-ce en y résistant. »¹⁰⁶⁷

La critique de sincérité des déclarations des témoins demeure toutefois rarement soulevée devant le juge prud'homal. Elle l'est encore plus s'agissant des écrits émanant des commissaires aux comptes et des experts-comptables.

d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, (...) » V. not. Cass. Crim. 28 juin 2011 n°10-88.795.

¹⁰⁶⁵ CA Rouen 24 janv. 2012, n°11/01134.

¹⁰⁶⁶ Cass. Soc., 6 avr. 2011, n°09-66.818, Bull. civ., n° 94.

Paragraphe 2 : La sincérité des écrits des commissaires aux comptes et des experts comptables

394.La lecture des arrêts de cours d'appel relatifs à l'appréciation du motif économique de licenciement ne révèle ni de débats sur l'indépendance des experts-comptables et des commissaires aux comptes, ni sur la sincérité de leurs écrits produits comme éléments de preuve par l'employeur, qu'il s'agisse des rapports accompagnant la certification ou la validation des comptes, comme des courriers ou autres attestations.¹⁰⁶⁸ Lorsqu'un défaut de sincérité de l'élément de preuve à l'appui du motif économique de licenciement est soulevé par la défense des salariés, cette critique est formulée uniquement à l'encontre des documents comptables sans que l'argumentation des plaideurs conteste l'indépendance et la sincérité des professionnels ayant audité les comptes de l'entreprise ou du groupe.¹⁰⁶⁹ En d'autres termes, seule est contestée la sincérité du chef d'entreprise dans l'établissement des comptes et non pas celle du commissaire aux comptes ou de l'expert-comptable ayant audité ces derniers.

395.Certes les juridictions prud'homales ne sont pas compétentes pour apprécier la responsabilité d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes mais, dans le cadre de l'appréciation des documents comptables produits comme preuve du motif économique de licenciement un doute sur la sincérité des rapports rédigés par ces professionnels à l'issue du contrôle des comptes, devrait naturellement conduire les juges du fond à remettre en cause la crédibilité desdits documents comptables. Pareil doute peut naître en cas de manquement à leur indépendance qui engage leur responsabilité disciplinaire¹⁰⁷⁰ voire leur responsabilité

¹⁰⁶⁷ CA Rouen 24 janv. 2012, n°11/01134.

¹⁰⁶⁸ Il ne s'agit pas d'attestations au sens de témoignages écrits mais de documents dans lesquels des opinions sont émises sur la situation comptable et financière de l'entité contrôlée.

¹⁰⁶⁹ La sincérité constitue au même titre que la régularité, une exigence que doivent satisfaire les comptes annuels en vertu de l'art. L. 123-14 du c. de com. D'après le Plan comptable général, la comptabilité est conforme aux règles et procédures en vigueur qui sont appliquées avec sincérité afin de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des événements enregistrés (PCG, art. 121-3, al. 1^{er}). La régularité et la sincérité des comptes annuels doivent être obtenues dans le respect du principe de prudence. La prudence est l'appréciation ayant pour objectif « d'éviter le risque de transfert, sur des périodes à venir, d'incertitudes présentes susceptibles de grever le patrimoine et les résultats de l'entité » V° « Exigence de régularité et de sincérité des comptes annuels » Le Lamy sociétés commerciales, 02/2018.

¹⁰⁷⁰ Pour les commissaires aux comptes, c'est le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) qui veille au respect de la déontologie et de l'indépendance de ces professionnels. En vertu de l'article L821-1 8° c. de com., le H3C agit comme instance d'appel des décisions prises par les chambres régionales sur la responsabilité disciplinaire du commissaire aux comptes. S'agissant des experts comptables, leur responsabilité disciplinaire en cas de manquement au devoir d'indépendance est jugée en première instance par la chambre régionale de

pénale pour le commissaire aux comptes.¹⁰⁷¹ Ainsi, il est légitime de douter de la sincérité des comptes lorsqu'il existe a fortiori des sanctions disciplinaires à leur encontre par les instances ordinales dont ils relèvent comme en présence de condamnations pénales si celles-ci affectent la crédibilité des documents comptables produits à titre de preuve du motif économique de licenciement. Du reste, il convient de souligner que l'absence de sincérité constitue une infraction pénale. En effet, le commissaire aux comptes peut se rendre coupable du délit de confirmation d'informations mensongères¹⁰⁷² et l'expert-comptable, du délit de faux par l'établissement en connaissance de cause d'une situation comptable inexacte.¹⁰⁷³ Ces fautes engagent in fine leur responsabilité disciplinaire pour manquement à l'honneur et à la probité.¹⁰⁷⁴

396. Comme les déclarations des simples témoins, l'hypothèse du caractère mensonger des écrits des professionnels de la comptabilité ne doit pas être ignorée. Toutefois, l'établissement du délit de confirmation d'informations mensongères demeure très difficile compte tenu du fait que la comptabilité n'est pas une science exacte et qu'elle laisse une place importante à l'interprétation,¹⁰⁷⁵ rendant ainsi plus compliquée la preuve d'une volonté de tromper. D'ailleurs, l'infraction ne peut être caractérisée que si les irrégularités relevées se situent hors

discipline instituée auprès de chaque conseil régional de l'Ordre. Cf. Art. 49 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable. Si ces professionnels exercent dans une association de gestion et de comptabilité, c'est la Commission nationale de discipline qui est chargée de statuer sur leur responsabilité disciplinaire. Cf Art. 49 bis de l'ordonnance préc. La Chambre nationale de discipline intervient en appel des décisions rendues par les chambres régionales de discipline et par la Commission nationale de discipline des associations de gestion et de comptabilité. Cf Art. 50, ord. préc. Enfin, le Conseil d'Etat intervient en dernière instance. Cf Art. 53, ord., préc.

¹⁰⁷¹ Sur les délits relatifs aux incompatibilités et interdictions, v. L820-6 du code de commerce. Toutefois, le commissaire aux comptes échappe à la condamnation pour ces délits compte tenu de l'imprécision des dispositions sur les incompatibilités générales qui sont contraires au principe de légalité des infractions. C'est donc sur le fondement des dispositions sur les incompatibilités spéciales, à savoir sur l'article L822-11 du code de commerce, texte renvoyant aux incompatibilités définies par le code de déontologie, qu'il convient d'argumenter pour voir prononcer une sanction pénale à l'encontre du commissaire aux comptes. En ce sens, v. Cass. Crim. 16 juin 2010, n° 09-81.813, Dr. des sociétés, 2011, p. 49, obs. H. Matsopoulou.

¹⁰⁷² Art. L820-7 du c. de com.

¹⁰⁷³ Art. 441-1 du code pénal. En présence de ce type de condamnation pénale, leur responsabilité disciplinaire peut être également engagée pour manquement à l'honneur et à la probité.

¹⁰⁷⁴ A. Robert, Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 2011/2012, 2^e éd.

¹⁰⁷⁵ Il en est ainsi en particulier pour l'appréciation des provisions pour risques et charges ainsi que pour les provisions pour dépréciation d'éléments d'actif qui nécessitent de raisonner en termes de degré de probabilités suffisant pour justifier leur enregistrement. A. Robert, op. cit., p. 174.

des limites d'une « marge d'appréciation subjective » inhérente au processus comptable¹⁰⁷⁶ c'est-à-dire, au-delà d'un certain seuil de signification que le commissaire aux comptes doit définir en suivant une norme d'exercice professionnel homologuée par un arrêté du Garde des Sceaux.¹⁰⁷⁷ Sauf à relever des imprécisions et incohérences dans le rapport général accompagnant la certification des comptes et dans d'autres documents adressés aux dirigeants,¹⁰⁷⁸ il demeure toutefois difficile de s'assurer de l'objectivité de la détermination du seuil de signification précité vu la marge de discrétion dont bénéficie le commissaire aux comptes pour opérer pareille évaluation.¹⁰⁷⁹ Ainsi, le choix est fait de discuter de la sincérité des écrits du commissaire aux comptes et des experts-comptables uniquement au travers d'un manquement à leur devoir d'indépendance à l'égard de leur client, le dirigeant de l'entité contrôlée. Un tel choix se justifie également par le fait que dans la plupart des cas l'absence de sincérité est due à un manquement au devoir d'indépendance de ces professionnels.

Même si la responsabilité disciplinaire et pénale des commissaires aux comptes et des experts-comptables peut être engagée pour divers manquements relatifs à leur indépendance

¹⁰⁷⁶ Lamy Droit pénal des affaires 2011-2012, n° 2068 ; JCL Sociétés, Dumortier, « Infractions relatives au commissariat aux comptes », fasc. 134-30, n° 85.

¹⁰⁷⁷ La norme d'exercice professionnel 320 relative aux anomalies significatives et au seuil de signification a été homologuée par arrêté du 6 octobre 2006 publié au JO. n° 239 du 14 oct. 2006 puis révisée et à nouveau homologuée par arrêté du 19 juillet 2012 publié au JO. n° 172 du 26 juill. 2012. Elle définit le seuil de signification comme étant le montant au-delà duquel les décisions économiques ou le jugement fondé sur les comptes sont susceptibles d'être influencés. En effet, pour donner lieu à sanction, l'irrégularité donnée ou confirmée par le commissaire aux comptes doit être d'une importance telle qu'elle est susceptible d'induire en erreur le lecteur des états financiers.

¹⁰⁷⁸ A ainsi été condamné par la cour d'appel de Paris, le commissaire aux comptes qui, tout en certifiant la régularité et la sincérité des comptes, mentionnait dans son rapport général que le contrôle interne apparaissait encore insuffisant et qu'il en résultait pour l'exercice examiné des régularisations et des chevauchements non négligeables, alors qu'il avait, vingt jours plus tôt, dans une note adressée au dirigeant, noté de graves anomalies et lacunes. La cour a relevé que « ces observations (...) ne permettaient pas aux actionnaires de se rendre compte de la véritable situation de l'entreprise. » CA Paris, 15 fév. 1979, BCNCC n° 34, p. 197.

¹⁰⁷⁹ « Sur la base de son jugement professionnel, le commissaire aux comptes identifie des critères pertinents à partir desquels, par application de taux ou d'autres modalités de calcul, il détermine le seuil ou les seuils de signification. Ces critères peuvent être par exemple, le résultat courant, le résultat net, le chiffre d'affaires, les capitaux propres ou l'endettement net. » V. norme 320 préc. 4. §17. Souligné par nous. Puis, au terme de ces travaux, pour déterminer si les anomalies détectées et non corrigées sont significatives, le commissaire aux comptes tient compte des anomalies dont le montant est supérieur au seuil de signification mais aussi des anomalies significatives par leur nature. S'il subsiste des anomalies significatives non corrigées, le commissaire aux comptes doit refuser de certifier ou formuler des réserves dans son rapport. A l'inverse, si les irrégularités comptables ne sont pas assez significatives pour influencer le jugement du lecteur des états financiers, une certification sans réserve est justifiée. A ainsi été condamné pour délit de confirmation d'informations mensongères, le commissaire aux comptes qui n'a pas exprimé de réserve sur l'absence d'inclusion d'une société dans des comptes consolidés alors que cette inclusion aurait eu un impact significatif sur les résultats du groupe.

ou à leur bonne foi, l'absence de débat sur la sincérité de leurs écrits dans le cadre d'une appréciation des éléments de preuve produits au soutien du motif économique de licenciement montre combien ces professionnels apparaissent crédibles et, partant, sincères dans leurs opinions sur les comptes de l'entreprise ou du groupe. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer le degré élevé de croyance dans leurs écrits. Ces raisons tiennent à la reconnaissance du savoir comptable dont ils sont les détenteurs¹⁰⁸⁰ ainsi qu'à la reconnaissance étatique de leur profession. **(A)** Pourtant, celle-ci ne doit pas occulter le fait que l'indépendance des commissaires aux comptes et des experts-comptables à l'égard de leur client peut être relative. **(B)**

A. Une sincérité fortement présumée

Pareille reconnaissance étatique explique le degré de croyance élevé dans la sincérité des écrits de ces professionnels. En effet, les commissaires aux comptes et les experts-comptables exercent une activité réglementée soumise, entre autres, à des conditions de probité. Les commissaires aux comptes sont ainsi inscrits sur une liste établie par le Haut conseil du commissariat aux comptes¹⁰⁸¹ sous réserve de remplir des conditions strictes relatives notamment à leurs compétences attestées par la détention d'un diplôme mais aussi, à l'absence de condamnations pénales et de sanctions disciplinaires en raison de faits contraires à l'honneur ou à la probité.¹⁰⁸² Quant aux experts-comptables, leur profession est réglementée par l'ordonnance n°45-2138 du 19 septembre 1945. Pour l'exercice de celle-ci, ils doivent être inscrits au tableau de l'ordre des experts-comptables et remplir le même type de conditions de compétence et de probité que les commissaires aux comptes.¹⁰⁸³ En outre, ces deux types de professionnels sont soumis à des codes de déontologie à valeur réglementaire¹⁰⁸⁴ ainsi qu'à des normes d'exercice professionnel. Pour les commissaires aux comptes, ces dernières doivent être homologuées par le Garde des Sceaux. Compte tenu d'une

V. Cass. Crim. 9 déc. 2009, n°08-87.979, inédit.

¹⁰⁸⁰ Cf. supra, n°

¹⁰⁸¹ Art.L822-1 du code de commerce.

¹⁰⁸² Art. L822-1-1 2° et 3° du code de commerce.

¹⁰⁸³ Art. 3 de l'ordonnance n°45-2138 du 19 sept. 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable telle que modifiée par l'ordonnance n°2014-443 du 30 avril 2014.

¹⁰⁸⁴ Le code de déontologie des commissaires aux comptes a valeur réglementaire en vertu de l'article L822-16 du code de commerce. Ses dispositions sont fixées par décret en Conseil d'Etat après avis du Haut conseil au commissariat aux comptes et selon les cas, après avis de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Le code de déontologie des experts-comptables a quant à lui été arrêté par

telle reconnaissance étatique des professionnels du chiffre, à laquelle s'ajoute une responsabilité professionnelle en cas de manquement à leurs obligations déontologiques, en particulier à leur devoir d'indépendance,¹⁰⁸⁵ difficile d'émettre des doutes a priori sur la sincérité de leurs écrits ou sur leur bonne foi. Pourtant leur devoir d'indépendance peut être menacé par plusieurs types de situations.

B. Une indépendance relative

397. Avant de rendre compte de certaines menaces pesant sur l'indépendance des commissaires aux comptes et des experts-comptables dans leur mission de certification ou de validation des comptes, (2) il est nécessaire de préciser le sens de leur obligation d'indépendance afin de comprendre son enjeu en matière de sincérité des documents comptables. (1)

1) Le sens de l'obligation d'indépendance à la lumière de la finalité de sincérité des documents comptables

398. Qu'il s'agisse du commissaire aux comptes ou de l'expert-comptable, ils sont soumis à un devoir d'indépendance¹⁰⁸⁶ considéré comme un moyen essentiel pour atteindre la sincérité et la régularité des comptes.¹⁰⁸⁷ Une telle finalité du devoir d'indépendance a été confirmée par le Conseil d'Etat qui, à l'occasion d'un recours contre le décret ayant approuvé le code de déontologie des commissaires aux comptes du 16 novembre 2005, a jugé que les dispositions du code avaient pour objet « en renforçant l'indépendance du commissaire aux comptes, de garantir le bon fonctionnement du contrôle légal des comptes et d'assurer leur sincérité et leur régularité, dans l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes, et notamment, des salariés et des actionnaires ». ¹⁰⁸⁸ Ainsi, tout manquement au devoir d'indépendance est susceptible d'affecter la crédibilité des travaux du contrôleur légal et par voie de conséquence, celle des comptes qu'il est chargé de vérifier.¹⁰⁸⁹ Malgré l'absence de contentieux prud'homal sur

décret n° 2007-1387 du 27 sept. 2007.

¹⁰⁸⁵ A. Robert, op. cit.

¹⁰⁸⁶ En vertu de l'article 4 du code de déontologie des commissaires aux comptes, l'indépendance est l'un des « principes fondamentaux de comportement ». En vertu de l'article 5 du code de déontologie des experts-comptables, l'exercice de la profession se fait avec indépendance d'esprit.

¹⁰⁸⁷ D. Vidal, « Libres propos sur l'indépendance du commissaire aux comptes après la loi de sécurité financière » in Mél. D. Schmidt, Ed. Joly 2005, p. 485.

¹⁰⁸⁸ CE 24 mars 2006, Rev. Soc. 3/2006, p. 853, obs. Merle.

¹⁰⁸⁹ A. Robert, op. cit, p. 260.

l'indépendance des professionnels de la comptabilité dans le cadre d'un authentique débat sur la sincérité de leurs écrits, il n'en demeure pas moins que si ladite indépendance fait défaut cela va jeter un doute sur la sincérité des documents comptables produits à titre de preuve du motif économique de licenciement.

399. Pour comprendre le lien établi entre indépendance des professionnels de la comptabilité et sincérité des documents comptables, il convient de préciser ce que recouvre ce devoir déontologique. Tout d'abord, l'indépendance est une norme générale de comportement professionnel au même titre que la compétence ou le secret professionnel. Elle exige de la part de ces professionnels un état d'esprit garantissant que leur comportement n'est pas guidé par des considérations étrangères à l'application des règles légales et des normes d'exercice professionnel. Cette dimension psychologique, qui renvoie à l'impartialité, ne suffit pas. Il convient également que ces professionnels apparaissent indépendants aux yeux des tiers. Cela implique de fournir des signes visibles, explicites et accessibles de tous, montrant qu'ils ne sont pas guidés par des considérations étrangères.¹⁰⁹⁰ D'après la recommandation de la Commission européenne du 16 mai 2002, cela « nécessite d'éviter les situations et les faits matériels qui, de par leur importance, amèneraient un tiers raisonnable et informé, à remettre en question la capacité du contrôleur légal, à agir de façon objective. »¹⁰⁹¹ S'agissant du commissaire aux comptes en particulier, de telles précautions sont essentielles puisqu'à travers son indépendance c'est sa capacité réelle à révéler toute erreur, fraude, manipulation ou collusion des producteurs d'information comptable et financière qui doit être garantie.¹⁰⁹² La sincérité, visée ici au travers de l'indépendance des commissaires aux comptes, désigne leur capacité à dénoncer des agissements délictueux sur les comptes de l'entreprise ou du groupe par le chef d'entreprise via son directeur financier par exemple.¹⁰⁹³ Un tel comportement renvoie ainsi au scepticisme professionnel et à l'esprit critique dont le

¹⁰⁹⁰ Ch. Richard, R. Reix, « Contribution à l'analyse de la qualité du processus d'audit : le rôle de la relation entre le directeur financier et le commissaire aux comptes », *Rev. Compta.* 2002/1 (Tome 8), p. 155.

¹⁰⁹¹ Annexe à Comm. CE, recommandation, 16 mai 2002, JOCE L 191, 19 juill. 2002.

¹⁰⁹² Ch. Prat dit Hauret, « L'indépendance du commissaire aux comptes : une analyse empirique fondée sur trois composantes psychologiques du comportement », *Rev. Compta.* 2003/2 (Tome 9), p. 32 v. aussi, G. Hottegingre et C. Lesage, « Un mauvais auditeur : manque d'indépendance et/ou de compétence ? Étude exploratoire des motifs de condamnation des commissaires aux comptes sur le marché de l'audit en France », *Rev. Compta.* 2009/2 (Tome 15), p. 87-112.

¹⁰⁹³ Il convient de rappeler que le commissaire aux comptes est obligé de révéler les faits délictueux dont il a eu connaissance en vertu de l'article L823-12 al. 2 du c. de com. A défaut, la non révélation de tels faits constitue un délit. L820-7 du c. de com.

commissaire aux comptes doit faire preuve en vertu de l'article 6 du code de déontologie.¹⁰⁹⁴ S'agissant de l'expert-comptable, son indépendance doit lui permettre d'émettre des réserves nécessaires sur la valeur des hypothèses et des conclusions formulées¹⁰⁹⁵ sur la situation comptable et financière de l'entreprise ou du groupe par les professionnels qui ont établi les documents comptables pour le compte de l'employeur. En effet, ceux-ci sont conduits à consigner des commentaires sur les indicateurs comptables inscrits dans le bilan et le compte de résultat, dans des documents comme l'annexe. En outre, les experts-comptables comme les commissaires aux comptes doivent pouvoir émettre un jugement critique sur les appréciations relatives à la santé comptable et financière de l'entité contrôlée formulées dans le rapport de gestion. Or, un tel esprit critique implique de la part de ces deux professionnels d'être indépendants par rapport à leur client¹⁰⁹⁶ c'est-à-dire, le chef d'entreprise.¹⁰⁹⁷

400. Plusieurs situations menacent toutefois l'indépendance des commissaires aux comptes et des experts-comptables à l'égard du dirigeant de l'entreprise ou du groupe. Leur nombre considérable montre d'ailleurs si ce n'est l'ambiguïté,¹⁰⁹⁸ du moins la relativité d'une telle indépendance.¹⁰⁹⁹ Le rappel de certaines de ces situations n'est pas dénué de sens dans la perspective d'une contestation des documents comptables produits à titre de preuve du motif économique de licenciement.

2) Exemples de menaces pesant sur l'indépendance des professionnels de la comptabilité

¹⁰⁹⁴ Art. 6 du décret n° 2017-540 du 12 avril 2017 modifiant le code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes : « Le commissaire aux comptes, tout au long de sa mission, adopte une attitude caractérisée par un esprit critique, en étant attentif aux éléments qui pourraient révéler l'existence d'éventuelles anomalies significatives dues à une erreur ou à une fraude et en procédant à une évaluation critique des éléments probants pour la certification des comptes. ». Souligné par nous.

¹⁰⁹⁵ Art. 5 du code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable annexé au décret n° 2007-1387 du 27 sept. 2007 portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable.

¹⁰⁹⁶ Art. 5. du décret n° 2017-540 du 12 avril 2017 modifiant le code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes : « I.- Le commissaire aux comptes doit être indépendant de la personne ou de l'entité dont il est appelé à certifier les comptes. » Art. 5 du code de déontologie des experts-comptables annexé au décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007, lui impose de donner son avis sans égards aux souhaits de celui qui le consulte et à se prononcer avec sincérité, en toute objectivité, en apportant si besoin est, les réserves nécessaires sur la valeur des hypothèses et des conclusions formulées.

¹⁰⁹⁷ Même si pour les experts-comptables il s'entend également à l'égard des organisations syndicales et des salariés. Recomm. de l'ordre des experts-comptables n° 24-01, oct. 1986, § 47 à 49, Guide d'application de la recommandation, p. 93.

¹⁰⁹⁸ Sur l'ambiguïté du devoir d'indépendance compte tenu de la relation de parité entre le commissaire aux comptes et le directeur financier, v. Ch. Richard et R. Reix, art. cit., p. 166.

¹⁰⁹⁹ A. Robert, op. cit.

401. La plupart des situations qui menacent l'indépendance des professionnels de la comptabilité sont caractéristiques d'un conflit d'intérêts.¹¹⁰⁰ (a) En outre, même si les professionnels de la comptabilité exercent sous régime libéral, ils n'en sont pas moins susceptibles de se trouver dans une situation de dépendance financière qui peut altérer leur indépendance dans l'exercice de leur mission de certification des comptes ou de contrôle. (b)

a) Les menaces caractéristiques d'un conflit d'intérêts

402. Un conflit d'intérêts naît la plupart du temps de la détention d'un intérêt financier direct ou indirect auprès de l'entité contrôlée. Plusieurs situations peuvent conduire les commissaires aux comptes ou les experts-comptables à détenir un tel intérêt. Il en est ainsi par exemple, s'ils ont pris ou participé à des décisions qui relèvent entièrement de la direction de l'entité contrôlée. Il en est de même s'ils entretiennent des relations d'affaires avec cette dernière, notamment s'ils sont engagés dans une relation client-fournisseur pour des prestations hors audit tel que le conseil, bien plus rémunérateur. Ainsi, le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable peuvent être confrontés à un dilemme éthique s'ils doivent choisir entre l'émission d'une opinion sincère et la poursuite de la relation d'affaires. En effet, si les deux situations de conflit d'intérêt précitées nuisent à l'indépendance des commissaires aux comptes comme des experts-comptables, c'est surtout parce qu'elles aboutissent à une situation d'autorévision incompatible avec la position d'extériorité que ceux-ci doivent conserver par rapport à leur client, à savoir le chef d'entreprise.¹¹⁰¹ Ainsi, selon une approche dite normative le législateur français a choisi de tisser un maillage très serré d'incompatibilités avec leur activité et d'interdictions. A l'inverse, le législateur communautaire a choisi une approche conceptuelle plus souple mais moins protectrice du devoir d'indépendance. Il est en effet laissé au contrôleur légal le soin d'analyser lui-même la

¹¹⁰⁰ Les liens personnels ou familiaux, les liens professionnels et les liens financiers en dehors de ceux résultant d'un conflit d'intérêt ou d'une dépendance financière, constituent également des menaces pesant sur l'indépendance des commissaires aux comptes et des experts-comptables. V. en particulier, les incompatibilités en raison de ces liens aux art. 25 à 27 du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes. Annexe 8-1 du Livre VIII du Code de commerce, partie réglementaire en vigueur depuis le 1^{er} juin 2017.

¹¹⁰¹ La situation d'autorévision a surtout été identifiée par la recommandation de la Commission européenne en date du 16 mai 2002.

situation au regard de son indépendance et de prendre le cas échéant, les mesures de sauvegarde appropriées.¹¹⁰²

Pourtant, il ressort de l'analyse de certaines dispositions relatives au statut des commissaires aux comptes comme des experts-comptables qu'il existe des tempéraments ou des assouplissements non négligeables à ces incompatibilités, ce qui peut menacer leur devoir d'indépendance.

403. S'agissant des experts-comptables, il leur est en principe interdit d'agir en tant qu'agents d'affaires pour les entreprises dans lesquelles ils possèdent directement ou indirectement des intérêts substantiels.¹¹⁰³ Cependant, depuis une réforme de 2010 de leur statut, ils peuvent exercer des fonctions de direction et accepter tout mandat social dans toute société, groupement ou association sous le contrôle du conseil régional de l'ordre et dans les conditions fixées par le règlement intérieur de leur ordre dès lors que ces missions ne sont pas de nature à porter atteinte à leur indépendance.¹¹⁰⁴ Ainsi, l'interdiction d'agir en tant qu'agent d'affaires est assouplie, ce qui est potentiellement de nature à engendrer un conflit d'intérêt si le contrôle exercé par le conseil national de l'ordre n'est pas strict. En outre, alors que l'interdiction précitée et toutes celles figurant à l'alinéa 5 de l'article 22 de l'ordonnance de 1945 s'étendaient, avant la réforme de 2010 aux conjoints des experts-comptables, pareilles interdictions ne s'étendent désormais qu'à leurs salariés et à toute personne agissant pour leur compte ou ayant avec eux des liens ou intérêts communs.¹¹⁰⁵ Ainsi, les conjoints d'experts comptables peuvent agir en tant qu'agent d'affaires, assumer une mission de représentation devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ou administratif, effectuer des travaux d'expertise comptable, de révision comptable ou de comptabilité pour les entreprises dans lesquelles ces mêmes experts-comptables possèdent directement ou indirectement des intérêts substantiels. Il s'en suit que la liste des incompatibilités est réduite, menaçant leur indépendance.¹¹⁰⁶ Du reste, celle-ci est également réduite du fait que la réforme de 2010 a

¹¹⁰² Dir. 17 mai 2006, JOUE L 157/07, 9 juin 2006. En France, l'approche conceptuelle ne vaut que pour les services autre que la certification des comptes qui ne sont pas interdits par le code de déontologie. L822-11-1 du c. de com.

¹¹⁰³ Art. 22 al. 5 de l'ord. précitée.

¹¹⁰⁴ Art. 22 al.6 de l'ord. précitée modifiée par loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

¹¹⁰⁵ Art. 22 al.5 ord. précitée modif. par loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

¹¹⁰⁶ En ce sens, rapport n° 507, Sénat session ordinaire de 2009-2010 de M. G. Cornu fait au nom de la

assoupli l'interdiction d'effectuer des actes de commerce autres que ceux directement liés à la profession d'expert-comptable. Désormais ces actes sont autorisés s'ils sont réalisés à titre accessoire et à condition que cela ne menace pas l'exercice dans les règles de la profession d'expert-comptable.¹¹⁰⁷

Quant aux commissaires aux comptes, compte tenu du fait que leur mission a pour particularité d'être reconnue d'intérêt public, les interdictions et incompatibilités avec leur activité de certification sont plus strictes que celles liées à l'expertise comptable. Ainsi, les commissaires aux comptes ne doivent pas exercer toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à leur indépendance. Ils ne peuvent non plus exercer tout emploi salarié ou toute activité commerciale, que ce soit directement ou par personne interposée et ce, non seulement avec l'entité contrôlée mais aussi, avec les entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle.¹¹⁰⁸ Sous l'effet de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 les incompatibilités ont évolué¹¹⁰⁹ en écho à la loi Sarbanes-Oxley adoptée aux Etats-Unis qui, sans les interdire pour autant, réglemente les prestations hors audit susceptibles d'être fournies aux sociétés contrôlées. Ainsi, l'article L822-11-3 I du code de commerce interdit de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne ou de l'entité dont les commissaires aux comptes sont chargés de certifier les comptes, comme auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle. Cela vaut également pour leurs associés, leurs salariés et toute personne participant à la mission de certification, ainsi qu'aux personnes qui leur sont liées étroitement en vertu l'article L822-11-3 II¹¹¹⁰. D'ordre général, ces incompatibilités sont complétées par des incompatibilités spéciales. Ainsi, l'article L822-11 III du code de commerce interdit aux commissaires aux comptes de fournir directement ou indirectement certains services portant atteinte à leur devoir d'indépendance définis par le

commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

¹¹⁰⁷ Art. 22 al. 3 de l'ord. précitée.

¹¹⁰⁸ Art. L822-10 c. de com. Ont ainsi été sanctionnés l'exercice d'une activité de gestion de patrimoine DD n°610, 18 déc. 2007, la participation à la gestion d'une société de promotion immobilière DD n°612 18 déc 2007 confirmé par DD n° 628 H3C, 26 juin 2008.

¹¹⁰⁹ Cela est surtout dû aux scandales financiers notamment à l'affaire Enron. En effet, l'enquête a révélé que le cabinet chargé de certifier les comptes avait aidé celui-ci à dissimuler sa véritable situation.

¹¹¹⁰ La disposition renvoie au § 26 de l'art. 3 du règlement (UE) n°596/2014. En vertu de ce dernier l'interdiction s'étend entre autres au partenaire considéré comme l'équivalent du conjoint conformément au droit national, à l'enfant à charge ou encore au parent qui appartient au même ménage depuis au moins un an à la date de la transaction concernée. L'extension de l'interdiction est donc plus importante que pour l'expert-comptable.

code de déontologie¹¹¹¹ dans l'entité contrôlée mais aussi, dans les entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle. Par exemple, il leur est interdit de fournir des services liés à la comptabilité et à la préparation des registres comptables et des états financiers. Ainsi, ils ne peuvent cumuler les fonctions d'expert-comptable et de commissaire aux comptes directement¹¹¹² ou indirectement par le biais d'une société commune de moyens.¹¹¹³ De même, ils ne peuvent fournir des services qui supposent d'être associé à la gestion ou à la prise de décision de l'entité contrôlée.

404. Toutefois, il ressort de l'analyse de ces dispositions que le devoir d'indépendance est assoupli de plusieurs manières. Tout d'abord, le périmètre des interdictions et incompatibilités précitées, à savoir non seulement l'entité contrôlée mais aussi les entités contrôlées par celle-ci et les entités qui la contrôlent n'est pas aussi large qu'il y paraît. En effet, les entités qui en contrôlent d'autres s'entendent uniquement au sens des I et II de l'article L. 233-3 du code de commerce, soit comme celles qui contrôlent en raison surtout de la détention de la majorité des droits de vote ou d'une certaine fraction de ceux-ci. Pareil périmètre exclut ainsi les interdictions et les incompatibilités pour les entités agissant de concert c'est-à-dire, dans celles qui sont considérées comme contrôlant conjointement une autre entité lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.¹¹¹⁴ Par ailleurs, définir les entités qui en contrôlent d'autres uniquement par la détention de droits de vote laisse de côté d'autres indices pertinents. Référence peut être faite à cet égard, à l'article L2331-1 II du code du travail sur les éléments permettant de reconnaître une entreprise dominante et ce, afin de mettre en place un comité de groupe. Ces éléments se réfèrent à des indices économiques et non simplement juridiques comme le droit de vote. Cette disposition énonce que l'entreprise est dominante si elle détient au moins 10% du capital lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

¹¹¹¹ Art. 10-1 du code de déontologie qui opère un renvoi vers l'art. 10 du code cité. Renvoyant lui-même aux services interdits énumérés par l'art. 5 du règlement (UE) n°537/2014.

¹¹¹² DD n° 577, 3 mars 2006 – DD n° 615, H3C, 8 nov. 2007.

¹¹¹³ DD n° 534, 30 sept. 2004, confirmé par DD n° 572 H3C, 15 déc. 2005. Le fait d'exercer son activité dans les locaux d'une société et d'utiliser les moyens de cette société dont les associés sont experts-comptables des entités contrôlées porte également atteinte à l'indépendance du commissaire aux comptes. DD n° 534 30 sept. 2000 ; CE 12 oct 2009 n°311641, BCNCC n° 157, p. 129, obs. Merle, Rev sociétés mai 2010, p. 130, obs. Granier.

¹¹¹⁴ Art. L233-3 III du c. de com.

En outre, la liste des prestations incompatibles avec la mission du commissaire aux comptes fixée par le code de déontologie est exhaustive. Ainsi, tout ce qui n'est pas explicitement proscrit par la liste des services interdits est désormais autorisé. Le domaine des possibles pour les commissaires aux comptes est potentiellement plus vaste. Partant, le caractère exhaustif de ladite liste peut menacer leur indépendance. Dans l'hypothèse où le commissaire aux comptes identifie une situation à risque pour son indépendance, l'article 12 du code de déontologie l'oblige à prendre immédiatement des mesures de sauvegarde appropriées à prendre pour atténuer le risque et non pas nécessairement pour l'éliminer. Toutefois, force est d'observer que pareille approche ne repose que sur le discernement et le bon vouloir du commissaire aux comptes donc sur une approche conceptuelle de l'indépendance.

b) La dépendance financière

405.L'indépendance des auditeurs peut également naître d'une dépendance excessive à l'égard des honoraires versés par le client.¹¹¹⁵ S'agissant des commissaires aux comptes, l'article 31 du code de déontologie interdit la dépendance financière à l'égard d'une personne ou entité dont les comptes sont certifiés et, le cas échéant, à l'égard d'une personne ou entité qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, au sens des I et II de l'article L. 233 -3 du code de commerce. En vertu de cette disposition, un risque de dépendance existe lorsque le total des honoraires reçus au cours de la mission de certification des comptes représente une part significative des revenus professionnels du commissaire aux comptes lorsqu'il s'agit d'une personne physique ou du chiffre d'affaires lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Pour y remédier, l'article 31 du code de déontologie exige du commissaire aux comptes qu'il mette en place les mesures de sauvegarde appropriées et en cas de difficulté sérieuse, qu'il saisisse pour avis le Haut conseil du commissariat aux comptes. Il ressort ainsi de ce qui précède que non seulement la définition de la dépendance financière ou économique est floue et enserrée dans le même périmètre que les incompatibilités précitées mais qu'en plus, sa résorption repose sur l'appréciation du seul commissaire aux comptes quant aux mesures de sauvegardes pertinentes à prendre.

¹¹¹⁵ V. Annexe à Comm. CE, recommandation, 16 mai 2002, JOCE L 191, 19 juill. 2002, p. 37.

406.Quant aux membres de l'ordre des experts-comptables, la situation est encore pire depuis l'abrogation de l'article 13 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, qui prohibait leur dépendance financière à l'égard de leur client.¹¹¹⁶ Plus précisément, cet article disposait que l'expert-comptable non salarié ou la société d'expertise comptable ne pouvaient consacrer leur activité en majeure partie à des travaux concernant une seule entreprise, un seul groupe financier ou une seule communauté d'intérêt. Or, la disparition de cette interdiction rend possible l'apparition de situations de dépendance économique de l'expert-comptable par rapport à son client, des situations difficilement conciliables avec l'obligation d'indépendance nécessaire à l'accomplissement des missions de contrôle de la profession d'expert-comptable.¹¹¹⁷

407.Lien de subordination juridique pour les salariés, lien de dépendance économique ou conflit d'intérêts pour certains professionnels de la comptabilité, ont permis de mettre en exergue les menaces susceptibles d'altérer la sincérité des attestations et des documents comptables contrôlés par les professionnels précités ou des expertises rédigées par ces derniers auxquels l'employeur peut se référer. Ces liens ne sauraient être ignorés par les juges du fond dans le cadre de l'appréciation des documents comptables vérifiés par ces professionnels ou des expertises rédigées par ces derniers au soutien du motif économique de licenciement.

Si la preuve du manque de sincérité ne peut être rapportée, un autre type de débat peut être mené par la défense des salariés en vue de contester les éléments de preuve émanant des tiers. En effet, la sincérité de leurs déclarations ou écrits n'engage pas nécessairement la bonne qualité du savoir détenu par ces derniers. Il reste alors à examiner la fiabilité de leurs propositions de preuve exposées sous forme de déclarations ou d'expertises.

Section 2 : La fiabilité des déclarations et des écrits

408.De la lecture de certains arrêts de cours d'appel, il ressort qu'en fonction du savoir auquel les tiers se réfèrent, la fiabilité de leurs déclarations ou écrits peut être plus ou moins

¹¹¹⁶ L'article 13 a été abrogé par l'ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004 portant simplification et adaptation des conditions d'exercice de certaines activités professionnelles.

¹¹¹⁷ En ce sens, v. rapport n°507, Sénat session ordinaire de 2009-2010 de M. G. Cornu fait au nom de la commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi,

présumée.¹¹¹⁸ Ainsi, alors que les éléments de preuve reposant sur l'expérience personnelle des tiers bénéficient d'une faible autorité, ceux reposant sur leur expertise professionnelle bénéficient d'une autorité plus élevée. D'où l'observation de la tenue d'une discussion sur la fiabilité des attestations et des constats devant les magistrats alors que pareille discussion fait défaut s'agissant des écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables. Des distinctions méritent alors d'être faites selon que les éléments de preuve émanant de tiers par rapport à l'employeur se rattachent à leur expérience personnelle (**Paragraphe 1**) ou à leur expertise professionnelle et en particulier, à un audit comptable et financier. (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : La fiabilité du savoir fondé sur l'expérience personnelle

409. Lorsque l'employeur recourt à des attestations comme à des constatations d'huissier, il fait surtout appel à un savoir fondé sur l'expérience personnelle. Or, la relativité de cette dernière explique que la preuve testimoniale et même parfois le constat d'huissier, ne suffisent pas à convaincre les juges de la réalité des allégations de la partie qui s'en prévaut. S'agissant des témoignages, les juges sont souverains dans l'appréciation de leur contenu. Ainsi, ils demeurent libres d'être convaincus par une seule attestation. Cela a pour conséquence de rendre délicate toute étude sur les éléments assurant la crédibilité des attestations devant le juge prud'homal. En effet, parce que l'appréciation des attestations relève de leur intime conviction, la Cour de cassation dispense les juges du fond de motiver en quoi tel témoignage leur paraît plus crédible que tel autre¹¹¹⁹. De même, le juge n'a pas à motiver pourquoi il retient tel témoignage plutôt que tel autre.¹¹²⁰ Il n'empêche que, les motivations de certains arrêts rendus en appel mettent en lumière les qualités assurant la crédibilité des attestations en matière prud'homale. C'est le cas notamment des constats d'huissier. La présente étude vise ainsi à en rendre compte de la fiabilité et des limites de tout savoir fondé sur l'expérience personnelle.

Deux types de discussions permettent de contester un savoir fondé sur l'expérience

adopté par l'Assemblée nationale, relatif aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

¹¹¹⁸ Sur la qualité de fiabilité, cf. infra, n°

¹¹¹⁹ Cass. Civ. 2^e, 22 oct. 1965, Bull. civ., II n° 787 : les juges n'ont pas à motiver pourquoi le témoignage qu'ils écartent leur paraît partial. – Civ. 2^e, 31 mai 1965, Bull. civ., II, n° 471 : le juge n'a pas à préciser les motifs pour lesquels il juge non digne de foi un témoignage.

¹¹²⁰ Cass. Civ. 2^e, 15 avr. 1991, n° 89-21.841, Bull. civ., II, n° 130 : le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la valeur probante et la portée des éléments de preuve qui lui sont soumis, si bien qu'il peut retenir la déclaration écrite d'un témoin et non son audition.

personnelle des tiers. Un débat peut être engagé, d'une part sur leurs capacités de perception et d'appréciation (A) et d'autre part, sur le récit des faits observés c'est-à-dire, sur la qualité de leurs déclarations. (B)

A. Les capacités de perception et d'appréciation des tiers

410. Qu'il s'agisse d'une attestation écrite émanant d'un simple témoin ou bien d'un constat d'huissier de justice, ces éléments de preuve s'appuient tous deux sur l'expérience personnelle de leurs auteurs. En effet, leur contenu rend compte d'une connaissance empirique fondée sur leurs perceptions, voire sur leur mémoire en cas d'attestation de faits passés. Malgré leur différence de nature¹¹²¹, l'attestation et le constat d'huissier ne sont efficaces que s'ils contiennent un récit fiable des événements auxquels le simple témoin ou l'huissier de justice ont personnellement assisté. La crédibilité attachée aux faits rapportés par ces tiers est donc d'abord liée à une connaissance « immédiate » parce qu'issue de leur expérience propre. Autrement dit, ils arguent que telle chose existe ou s'est bien produite parce qu'ils en ont fait l'expérience à travers leurs sens. Toutefois, le savoir de l'huissier de justice comme du simple témoin peut être fragile. Si un parallèle peut être établi entre ces deux procédés probatoires, c'est dans la mesure où le savoir que charrient ces derniers peut rencontrer les mêmes écueils inhérents au recours à l'expérience personnelle. En effet, les sens peuvent tromper, le souvenir ne pas correspondre à ce qui s'est vraiment passé et le jugement ou l'appréciation portée sur les faits être biaisée. S'agissant de la perception, il a été prouvé que plusieurs phénomènes psychiques, tels que la constance perceptuelle,¹¹²² la distorsion perceptive¹¹²³ ou l'attention sélective, pouvaient l'altérer.¹¹²⁴ A ces phénomènes

¹¹²¹ Ainsi, l'attestation peut comporter des jugements de valeur ou des appréciations tandis que le constat doit se contenter de constatations purement matérielles sans observation sur les conséquences de fait ou de droit pouvant en résulter (Art. 249 du CPC). Il est néanmoins artificiel de distinguer de la sorte les constatations des appréciations c'est-à-dire, la perception pure de l'appréciation ou du jugement sur les faits. En réalité, percevoir c'est aussi juger. N. Baillargeon, *Petit cours d'autodéfense intellectuelle*, Lux, coll. « Instinct de liberté », 2005.

¹¹²² Il s'agit là d'un phénomène consistant à voir des objets familiers comme ayant une forme, une taille ou une couleur constante, indépendamment des changements de perspective, de distance ou d'éclairage que subissent ces objets. En effet, il a été démontré que la perception est fortement influencée par le savoir que le cerveau a mémorisé sur des objets familiers et beaucoup moins par le stimulus réel qui frappe la rétine N. Baillargeon, op. cit., p. 178.

¹¹²³ La distorsion perceptive est un phénomène qui montre combien les désirs, les croyances ou les attentes de chacun peuvent avoir une incidence sur ses propres perceptions. Certains chercheurs ont en d'ailleurs fait les frais. Il en a été ainsi du docteur Blondlot lors son expérience visant à démontrer l'existence des rayons N. A ce sujet, v. P. Thuillier, « La triste histoire des rayons N » in *Le petit savant illustré*, Paris éd. du Seuil, 1980, p.58-67.

¹¹²⁴ M. Arguin « L'attention sélective » In *Perception et réalité : une introduction à la psychologie des*

peuvent s'ajouter les mauvaises conditions d'observation ou encore toutes les circonstances qui diminuent physiquement l'observateur, telles que la fatigue, le stress, la consommation d'alcool ou d'autres substances susceptibles d'altérer ses sens. En outre, il convient de souligner que le jugement ou l'appréciation faite à partir de l'expérience personnelle peut être biaisée par les « schémas explicatifs » propres à chacun pour comprendre et interpréter le monde. En effet, il arrive que certains faits imposent de revoir ces schémas. Or, divers phénomènes montrent que l'on peut être récalcitrants ou malhabiles à le faire, ce qui peut aboutir à commettre des erreurs de raisonnement ou d'appréciation.¹¹²⁵ De même, certaines d'entre elles peuvent porter sur des conclusions tirées de l'observation d'un trop petit nombre de cas ou de cas non représentatifs. Tous ces phénomènes et circonstances montrent les risques que cela comporte d'accorder une confiance excessive aux perceptions.

411. Même si en matière prud'homale les juges du fond sont libres d'apprécier le contenu des attestations et parfois celui des constats des huissiers de justice, compte tenu des écueils évoqués liés au savoir fondé sur l'expérience personnelle, ces éléments de preuve ne devraient être admis comme des sources fiables que s'il n'y a aucune raison de douter de leur crédibilité.¹¹²⁶ Toutefois, l'étude des attestations écrites et des constats d'huissier de justice dans le contentieux prud'homal n'a pas fait apparaître de débats autour des facultés personnelles tant, psychiques que physiques de leurs auteurs. Est plutôt mise en avant par certaines motivations de cours d'appel, la nécessité que les auteurs des attestations écrites aient personnellement assisté aux faits relatés ce qui implique de les avoir vus.¹¹²⁷ Il en est de même pour le récit contenu dans le procès-verbal de constat de l'huissier de justice.¹¹²⁸

perceptions ss. la dir. A. Delorme et M. Flückiger, De Boeck Université, coll. « Neurosciences et cognition », 2003.

¹¹²⁵ A titre d'exemple peut être citée la dissonance cognitive, phénomène consistant à minimiser ou à faire disparaître la tension qui résulte d'une contradiction entre ses opinions ou convictions et son comportement ou l'observation des faits. N. Baillargeon, op. cit.

¹¹²⁶ Ibid. p. 219.

¹¹²⁷ En ce sens, v. par exemple extraits de la motivation CA Riom 16 oct. 2012 n°11/01844 : « S'agissant du comportement de [la salariée] à l'égard de l'un des résidents Paul Y... , le 7 mai 2009, on ne peut manquer d'observer que Mme A... n'a pas été témoin visuel des faits rapportés et n'a fait qu'interpréter des bruits et des paroles perçues au travers de la cloison de la salle de bains pour en déduire le comportement maltraitant dénoncé. (...) Dans ces conditions il n'apparaît pas possible au vu de l'ensemble des éléments du dossier de retenir une maltraitance caractérisée ni un comportement fautif susceptible de relever d'une procédure disciplinaire et de justifier un licenciement. » Souligné par nous.

¹¹²⁸ Cass. Civ. 2^e, 12 janv. 2017, n° 15-23.083, Inédit. En l'espèce, il a été rappelé qu'un constat d'huissier « vaut à titre de preuve dès lors que, régulièrement communiqué, il est soumis à la libre discussion des parties, et que l'huissier relate dans ce procès-verbal (...) des constatations personnelles ».

412.De manière générale, la doctrine en droit du travail ne met pas l'accent sur la possibilité pour les plaideurs de mener des débats sur les facultés personnelles des témoins. Pareilles discussions ne sont pourtant pas à négliger puisque les capacités cognitives des témoins doivent en théorie être examinées par les juges du fond. Il en est ainsi en matière civile où la doctrine fait état de l'examen sérieux effectué par les magistrats sur l'aptitude physique et psychologique du témoin à percevoir, mémoriser et rapporter les faits auxquels il a assisté.¹¹²⁹ Il en est de même en matière pénale où il est également rendu compte de l'examen de certains paramètres parmi lesquels, ceux liés justement aux facultés psychiques et physiques des témoins.¹¹³⁰

Mis à part un débat sur les facultés cognitives des témoins, une discussion peut être également menée sur la qualité des déclarations reçues.

B. La qualité des déclarations

413.La fiabilité du savoir vécu par les tiers qu'ils soient simples témoins ou professionnels est surtout liée à la crédibilité de leur récit. Même si, à l'inverse du témoignage, le constat de l'huissier de justice bénéficie d'une présomption simple de vérité, eu égard à la reconnaissance étatique dont jouit ce professionnel,¹¹³¹ il n'en demeure pas moins qu'en présence d'éléments de preuve contredisant son contenu – par exemple des attestations écrites – le juge retrouve sa liberté d'appréciation.¹¹³² Par ailleurs, le constat d'un huissier commis

¹¹²⁹ J.-L. Mouralis, « Preuve : modes de preuve » in Rép. civ. Janv. 2011, actualisation mars 2018, article 1^{er} – Force probante du témoignage et juge du fond, § 657 ; Le Roy, « Le contrôle de l'aptitude au témoignage » D 1965. Chron. 175.

¹¹³⁰ V. « Force probante du témoignage », Formulaire ProActa Procédure pénale, mise à jour 10/2017.

¹¹³¹ En effet, lorsque l'employeur recourt à un huissier de justice pour établir des constatations purement matérielles, il recourt à un agent assermenté par l'Etat c'est-à-dire, à un officier public dont le statut est fixé par l'ordonnance du 2 novembre 1945. C'est pour cette raison que la valeur probante des constats d'huissiers a été renforcée par la loi du 22 décembre 2010 dite « Béteille » relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires. Désormais, et sauf en matière pénale où ils ont valeur de simples renseignements, les constats font foi jusqu'à preuve contraire. Une présomption simple de vérité leur est accordée et ce, peu importe qu'ils aient été dressés à la requête d'un particulier ou sur commission du juge. Une telle évolution consolide la jurisprudence qui accordait déjà aux constatations réalisées par les huissiers de justice une force bien plus forte que celle que les textes leur accordaient officiellement. V. J.-D. Lachkar, « La force probante de l'acte d'huissier de justice », JCP Notariale et Immobilière, n° 5, 1^{er} fév. 2013, 1016.

¹¹³² En ce sens, Cass. Soc. 31 oct. 2000 n°98-44.462. En l'espèce, un syndicat de copropriétaires avait produit au soutien du licenciement d'un couple de gardiens de leur immeuble, un constat d'huissier de justice mentionnant

par le juge en qualité de technicien dans le cadre d'une mesure d'instruction ne bénéficie pas de la présomption simple de vérité. En effet, ladite présomption entre en conflit avec l'article 246 du code de procédure civile en vertu duquel le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien.¹¹³³ Ainsi, dès lors que le juge est libre d'apprécier les constats d'huissier, et à l'instar des attestations, la crédibilité des constatations matérielles inscrites dans le procès-verbal sera liée à certaines qualités attachées au récit qui en a été fait. A cet égard, il peut être cité une étude menée sur l'usage des attestations devant le juge prud'homal, fondée sur les motivations de certains arrêts de cours d'appel¹¹³⁴. Il en ressort que pour être crédibles, et donc efficaces à titre de preuve, les faits relatés doivent être précis¹¹³⁵ et circonstanciés ou détaillés¹¹³⁶. Cela implique que ceux-ci soient datés et que les événements observés soient explicités.¹¹³⁷ Par ailleurs, l'auteur de l'attestation doit décrire les circonstances exactes dans lesquelles il a pu être le témoin des faits relatés.¹¹³⁸ Par extension, pareilles qualités peuvent s'appliquer également aux faits relatés dans les constats

que les trois bâtiments visités comportaient des « toiles d'araignées sur les paliers », de la « poussière formant une pellicule », « des mouches crevées », des « moutons dans les escaliers », des « ampoules grillées non remplacées ». Cependant, les juges du fond ont relevé que ce constat était contredit par les témoignages recueillis par les gardiens. En conséquence, la réalité des griefs au soutien du licenciement n'était pas établie. La Cour de cassation rejette alors le pourvoi formé par l'employeur en rappelant le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond sur la valeur et la portée des éléments de preuve versés aux débats. Ainsi, malgré la présomption simple attachée au constat de l'huissier de justice, la partie à laquelle on l'oppose est toujours admise à rapporter la preuve contraire, même par témoignage. V. aussi D. Boulmier « Renforcement probatoire des constats d'huissier » *Le Lamy Procédure prud'homale* mise à jour 02/2018.

¹¹³³ D. Boulmier, « La force probante du constat d'huissier après la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 », Dr. ouvr., mars 2012, p. 168.

¹¹³⁴ C. Tétard-Blanquart, « Contentieux du travail- Du bon usage des attestations devant le juge prud'homal », JCP S n° 30, 29 juillet 2014, 1318.

¹¹³⁵ CA Riom, 18 janv. 2011, n° 10/00658. (En l'espèce l'attestation est jugée suffisamment précise et détaillée pour être retenue à titre de preuve)

¹¹³⁶ CA, Toulouse, 5 janv. 2012 n° 10/03689 (En l'espèce, les attestations sont jugées détaillées et étoffées).

¹¹³⁷ CA Paris, 14 janv. 2009, n° 07-01777. Ainsi, dans un litige où l'employeur reprochait à un VRP de ne pas se présenter régulièrement à son bureau dans les locaux de la société pour rendre compte de ses activités, la cour d'appel relève que les attestations ne sont pas suffisamment précises et circonstanciées en ce qu'elles « ne mentionnent ni les périodes pendant lesquelles ces personnes ont vu (le salarié) ni les périodes où elles ne l'ont pas vu dans les locaux de la société » de sorte que « le grief ne sera pas retenu ».

¹¹³⁸ CA Versailles, 24 nov. 2010, n° 10-00445. Les juges indiquent que l'attestation « ne saurait emporter la conviction de la cour, le témoin ne fournissant aucun élément permettant de connaître les circonstances exactes dans lesquelles il a pu être témoin des faits attestés ».

d'huissier.¹¹³⁹ En somme, le récit des faits énoncés dans une attestation ou dans un constat d'huissier doit être aussi descriptif que possible.¹¹⁴⁰

En cas de pluralité d'attestations, une autre qualité est également nécessaire. Il s'agit de la concordance.¹¹⁴¹ Ainsi, aucun crédit ne peut être accordé aux attestations contradictoires.¹¹⁴² Cela ne signifie pas que les récits doivent être identiques. En effet, chaque récit doit demeurer singulier c'est-à-dire, de qualité unique. Plus précisément, le récit doit être spontané.¹¹⁴³ En ce sens, les juges se montrent très hostiles à l'égard des attestations dactylographiées rédigées sur un même modèle. Outre le fait qu'elles décrédibilisent leurs auteurs,¹¹⁴⁴ elles peuvent constituer un indice d'un manque de sincérité des témoins et plus encore, un indice d'éventuelles manœuvres exercées par l'employeur en vue d'obtenir des déclarations complaisantes ou mensongères.¹¹⁴⁵ Le récit des faits énoncés dans les attestations et parfois dans les constats d'huissier demeure donc déterminant dans la conviction des juges du fond. Invoquer le savoir fondé sur l'expérience personnelle n'est alors pas suffisant puisque sa crédibilité dépend d'un récit descriptif des faits.

414. Alors qu'il est plus aisé de contester les déclarations contenues dans les attestations et parfois, dans les constats d'huissier, pareille entreprise apparaît plus périlleuse s'agissant des expertises comptables et financières. En effet, l'expertise, et en particulier l'expertise comptable et financière au soutien du motif économique de licenciement, bénéficie d'un surplus de crédibilité en raison du recours à des professionnels reconnus et ce, alors même

¹¹³⁹ CA Toulouse 24 mai 2013 n°12/02375 (En l'espèce, les juges observent que les constatations sont précises.) ; CA Grenoble 1^{er} déc. 2015 n°13/04848 (En l'espèce, il est jugé que les constatations de l'huissier de justice et les témoignages produits par l'employeur sont précis, circonstanciés et accablants.)

¹¹⁴⁰ CA Toulouse, 26 oct. 2011, n° 10-02589 (En l'espèce, il est jugé que des attestations très circonstanciées et précises dans leur description du comportement et des propos de la salariée permettent d'établir un manquement certain de l'intéressée à ses obligations contractuelles.) Un parallèle pourrait être fait avec la motivation de la lettre de licenciement. V. supra n° 111 s. Toutefois, l'efficacité des éléments de preuve à l'instar des attestations et des constats c'est-à-dire, leur aptitude à convaincre les juges nécessite une description des faits plus rigoureuse que celle devant être effectuée dans la lettre de licenciement même si, l'employeur souhaitant préparer au mieux un éventuel conflit a intérêt à procéder à une motivation très circonstanciée et précise.

¹¹⁴¹ CA Toulouse 12 mai 2017, n°13/05455. En l'espèce, il est jugé que les témoignages sont circonstanciés, précis et concordants. D'où une valeur probante certaine.

¹¹⁴² CA Rouen, 19 juin 2012, n° 12-00319 ; CA Besançon, 8 févr. 2013, n° 12-00081.

¹¹⁴³ CA Versailles, 23 juin 2011, n° 09-04365. En l'espèce, la cour juge que « les attestations rédigées en des termes identiques [sont] dépourvues de toute spontanéité et ne rapportent aucun fait précis et circonstancié ».

¹¹⁴⁴ CA Pau, 7 févr. 2011, n° 10-00449.

¹¹⁴⁵ CA Rouen 24 janv. 2012, n°11/01134 déjà cité.

qu'en fonction du type de mission, ces derniers ne garantissent pas nécessairement de la fiabilité des comptes avec une assurance élevée.

Paragraphe 2 : *La fiabilité du savoir fondé sur l'expertise professionnelle : l'exemple de l'audit comptable et financier*

415. Les appréciations que le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable peuvent émettre sur la situation économique de l'entreprise ou du groupe sont formulées en général à l'occasion de prestations d'audit. Activité décrite et analysée dans la littérature de gestion, l'audit n'y est pourtant pas défini de manière précise dans ce domaine où il est surtout étudié dans une perspective d'amélioration de sa qualité.¹¹⁴⁶ Le choix est fait de se référer à une définition de l'audit posée par des juristes praticiens en matière environnementale qui, à notre sens, vaut également pour l'audit comptable et financier. Il y est en effet défini comme « un examen méthodique programmé dont l'objectif est de constater la conformité ou non d'une activité par rapport à un référentiel qu'il soit normatif ou lié à la réglementation en vigueur. »¹¹⁴⁷ En effet, l'audit comptable et financier consiste à opérer un contrôle à partir de certaines normes élaborées par les professionnels de la comptabilité. Or, cela contribue à conférer une apparence d'objectivité très élevée aux appréciations formulées sur la situation économique de l'entité auditée et ce, alors même que les normes de référence peuvent laisser à ces professionnels une marge d'interprétation unilatérale considérable et que ces derniers peuvent se trouver, pour certaines missions d'audit, sous la responsabilité de l'entité auditée. A cet égard, il convient de distinguer deux types d'audit.

416. D'un côté, l'audit externe des comptes, consiste à soumettre ces derniers à la vérification d'experts étrangers à l'entreprise. Ce type d'audit peut être obligatoire lorsque l'entreprise doit faire certifier ses comptes par un commissaire aux comptes. L'audit fait alors référence à un examen de conformité et de sincérité des divers états financiers et rapports publics de gestion émis par une entreprise. A l'issue de cet examen, le commissaire aux comptes doit émettre une opinion qualifiée sur l'authenticité globale des états financiers. La certification signifie qu'il prend un engagement personnel sous peine de voir sa responsabilité

¹¹⁴⁶ S. Thiéry-Dubuisson, *Audit, La découverte*, coll. Repères, 2009.

¹¹⁴⁷ V. définition de l'audit in Partie 7 « Savoir utiliser les bons outils » Thème 705 « Piloter un système de management. Comment profiter et organiser des audits internes et externes », *Guide du responsable HSE, Lamy Pratique*, Wolters Kluwer, mise à jour 03/18.

professionnelle engagée. Celle-ci peut être engagée, non seulement sur le terrain civil, mais également sur le terrain disciplinaire. En effet, le décret du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel du commissaire aux comptes met en place des structures professionnelles chargées du respect des obligations professionnelles et de la discipline. A titre contractuel, l'expert-comptable peut également être mandaté dans une lettre de mission pour réaliser un audit externe des comptes mais aussi pour assister le comité social et économique, ce qui l'oblige indirectement à procéder à pareil audit. Dans ce cas, il s'agit toutefois d'un audit facultatif.¹¹⁴⁸

417. De l'autre côté, l'audit interne est réalisé par le commissaire aux comptes ou un membre de son réseau qui peut être engagé pour cette mission, sous réserve de respecter les interdictions de non cumul posées par le code de déontologie.¹¹⁴⁹ Il en va de même pour l'expert-comptable.¹¹⁵⁰ L'audit interne est également susceptible d'être exercé par n'importe quel professionnel, y compris par un salarié de l'organisation auditée, tel un contrôleur de gestion. L'audit interne est décrit par les normes professionnelles de référence, comme une « fonction susceptible d'être assurée par un service, une division, une équipe de consultants ou tout autre praticien ». ¹¹⁵¹ Plus encore, l'audit interne est présenté par ces normes comme « une activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations, lui apporte ses conseils pour les améliorer, et contribue à créer de la valeur ajoutée. Il aide cette organisation à atteindre ses objectifs en évaluant, par une approche systématique et méthodique, ses processus de management des risques, de contrôle et de gouvernement d'entreprise, et en faisant des propositions pour renforcer leur efficacité. ». ¹¹⁵² Il ressort de cette définition qu'à la différence de l'audit externe des comptes, et en particulier de la certification, l'audit interne recouvre des missions

¹¹⁴⁸ Art. 2 ord. n° 45-2138 du 19 sept. 1945. L'expert-comptable a pour profession habituelle de réviser et d'apprécier les comptabilités des entreprises ou organismes auxquels il n'est pas lié par contrat de travail. L'expert-comptable est également habilité à attester la régularité et la sincérité des comptes de résultats.

¹¹⁴⁹ Art. 10-1 du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes.

¹¹⁵⁰ Art. 22 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 sept. 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre de la profession d'expert-comptable.

¹¹⁵¹ V° « Audit interne », « Glossaire », Cadre de référence internationale des pratiques professionnelles de l'audit interne, éd. 2017. Disponible sur le lien suivant : <https://docs.ifaci.com/wp-content/uploads/2018/03/CRIPP-2017-Normes-version-finale-amende-e-31052017.pdf>

¹¹⁵² Définition officielle édictée par l'Institute of Internal Auditors (IIA) et traduite en français par l'Institut Français de l'Audit et du Contrôle internes, (IFACI). Définition disponible sur le lien suivant : https://docs.ifaci.com/wp-content/uploads/2018/05/CRIPP_2017_Definition.pdf.

d'évaluation qui peuvent aller au-delà de l'examen de la situation comptable et financière de l'organisation auditée. En outre, l'audit interne se différencie de la certification par la mission de conseil qu'il recouvre. Or, parfois, les projets de réorganisation de l'employeur s'avèrent être en parfaite adéquation avec ces conseils. Il arrive également que l'employeur utilise les analyses effectuées dans les rapports d'audit interne à titre de preuve du motif économique de licenciement et en particulier, d'une menace pesant sur la compétitivité. A fortiori, un tel usage probatoire est également fait du rapport de certification du commissaire aux comptes dans lequel il doit justifier l'appréciation portée sur les comptes,¹¹⁵³ ainsi que du rapport d'audit de l'expert-comptable ayant été spécialement missionné pour cela.¹¹⁵⁴ A ces écrits s'ajoutent les notes et les courriers rédigés par ces professionnels dans l'exercice de leur mission.

418.A la différence des attestations émanant de témoins ou d'huissiers de justice au soutien du motif personnel de licenciement, la valeur probante des écrits des professionnels de la comptabilité au soutien de la preuve du motif économique de licenciement n'est pas interrogée. Il en ressort une certaine efficacité judiciaire des appréciations émises par ces professionnels **(A)** alors même que leurs opinions méritent d'être relativisées, compte tenu de certaines limites susceptibles de jeter le doute sur leur valeur probante. **(B)**

A. L'efficacité judiciaire des appréciations émises par les commissaires aux comptes et les experts-comptables

419.Entendue comme la capacité d'un élément de preuve à convaincre les juges, l'efficacité des écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables peut être observée dans deux types de discussions.

420.Pareille efficacité ressort d'abord du débat sur la sincérité des documents comptables utilisés soutien du motif économique de licenciement. Si cette qualité est remise en cause par la défense du salarié à des fins de contestation du motif économique de licenciement, à la

¹¹⁵³ L823-9 du c. de com. al.1 : « Les commissaires aux comptes certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité à la fin de cet exercice. » Il en est de même pour les comptes consolidés, cf. al. 2 du même article.

¹¹⁵⁴ Art. 2 de l'ord. préc. L'expert-comptable fait rapport de ses constatations, conclusions et suggestions.

lecture de certaines décisions de justice, il apparaît que la certification par le commissaire aux comptes ou la validation des comptes par l'expert-comptable constitue un gage de sincérité de ces derniers aux yeux des juges du fond. (1)

421.L'efficacité judiciaire des écrits des professionnels précités ressort ensuite du débat sur la réalité du motif économique de licenciement énoncé. A la lecture d'un échantillon d'arrêts de cours d'appel, il apparaît que l'autorité des opinions du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable émises dans leurs rapports ou dans leurs notes et courriers est telle que celles-ci ne sont pas véritablement discutées devant les juges, ni même remises en cause. (2)

- 1) La certification ou la validation des comptes comme gage de sincérité des documents comptables

422.Lorsque les documents comptables produits à titre de preuve du motif économique de licenciement ont été certifiés sans réserve par le commissaire aux comptes, toute contestation relative à la sincérité des comptes semble vouée à l'échec. En atteste une série d'arrêts rendus par la cour d'appel de Chambéry le 21 février 2012 concernant des demandes introduites par plusieurs salariés licenciés pour motif économique à l'encontre du même employeur¹¹⁵⁵. En l'espèce, les salariés remettaient en cause la sincérité des chiffres comptables invoqués par l'employeur au soutien de la réalité du licenciement pour motif économique prononcé pour sauvegarde de la compétitivité. Il est précisé dans l'arrêt que cette critique de sincérité émanait en réalité du rapport du cabinet d'expertise comptable assistant le comité social et économique dans le cadre de la procédure d'information-consultation. A la lecture de l'argumentation des salariés, la critique de sincérité visait à dénoncer le caractère artificiel des comptes de la filiale ayant prononcé les licenciements. Il est avancé que « son résultat s'avère (...) exclusivement décidé par la société mère aux Etats-Unis, dans le cadre de comptes intégralement soumis aux décisions de celle-ci, sans que les chiffres communiqués au comité d'entreprise puis opposés aux salariés licenciés ne puissent être considérés comme ayant une sincérité réelle ». A la lecture de la motivation de l'arrêt, se profile un lien de cause à effet entre la certification des comptes par un commissaire aux comptes et la sincérité de ces derniers. En effet, la critique de la sincérité des chiffres ne convainc pas les juges du fond compte tenu du fait que les comptes annuels faisant état d'une baisse du résultat net de

¹¹⁵⁵ CA Chambéry, 21 févr. 2012 n° 11/01174 ; n° 11/01173 ; n° 11/00973 ; n° 11/0128 et n° 11/01213.

l'entreprise sur une période d'un an, ont été certifiés par un commissaire aux comptes. Les juges décident ainsi que « (...), les comptes annuels de la [société] pour la période du 1^{er} juillet 2008 au 30 juin 2009, qui (...) confirment a posteriori, sous le contrôle de la (...) société de Commissaire aux Comptes, laquelle a certifié la régularité de ces comptes et leur sincérité quant à la situation financière et au patrimoine de [la société] en fin d'exercice (...) ». Par ailleurs, les juges observent en l'espèce « que la dégradation de la situation de cette entreprise, dans l'intervalle du 1^{er} juillet 2008 au 30 juin 2009, correspondait bien à une réalité traduite in fine par un résultat net comptable tout juste positif de 156 345 euros. » Il ressort de cet arrêt que la sincérité et partant, la fiabilité des données comptables sont garanties dès lors que les comptes ont fait l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes.¹¹⁵⁶

Pareil lien de cause à effet est également opéré lorsque les comptes ont fait l'objet d'une validation par un expert-comptable. En ce sens, il peut être cité un arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 22 mai 2012 dans lequel il est jugé que « les critiques du salarié à l'encontre de [la sincérité du compte de résultat simplifié] sont vaines : - il ne peut [être reproché au compte de résultat simplifié] de ne pas être validé par un expert-comptable, dès lors que l'association n'était pas obligée d'en avoir un (...) ». ¹¹⁵⁷ A l'inverse, l'absence de vérification des comptes par un expert-comptable peut priver les preuves comptables d'efficacité. C'est ainsi que des pièces comptables produites à l'appui du motif économique de licenciement n'ont pas convaincu les juges parce que leur « sincérité n'[a été] attestée par aucun expert-comptable. ». ¹¹⁵⁸

423. Si un lien de cause à effet est opéré par les juges entre l'intervention d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes et la sincérité des documents comptables, c'est

¹¹⁵⁶ En ce sens, v. également extrait motivation. CA Douai, 30 sept 2015, n° 14/02741 : « Si l'on peut émettre des doutes si ce n'est sur la sincérité de telles prévisions, à tout le moins sur leur fiabilité, en revanche les éléments comptables fournis par l'employeur ont fait l'objet d'une vérification par un commissaire aux comptes. » ; V. aussi extrait motivation de CA Orléans, 18 juin 2015, n° 14/02176 : « Cette remontée des bénéfices s'est accompagnée d'une dévalorisation des titres des sociétés du groupe du fait notamment de la baisse de leur activité et de leur résultat qui a donné lieu à une provision pour dépréciation de 500 000 euros dans les comptes des sociétés (...), qui a été validée par le commissaire aux comptes. Cette provision qui est conforme au principe de prudence et de sincérité des comptes n'avait pas pour objet de faire baisser artificiellement les résultats de la société holding mais correspond à la réalité de la situation économique et financière du groupe comme l'a certifié le commissaire aux comptes. » Souligné par nous.

¹¹⁵⁷ CA Orléans 22 mai 2012 n° 11/03332.

parce que l'intervention de ces professionnels est considérée comme un gage de fiabilité de l'information comptable.¹¹⁵⁹ En outre, ces derniers engagent leur responsabilité professionnelle en cas de faute. Même si les juges ne justifient pas toujours de manière explicite la sincérité et la fiabilité attachées aux écrits comptables par l'existence de la responsabilité qui pèse sur les professionnels de la comptabilité, il n'en demeure pas moins que celle-ci est parfois mentionnée dans le cadre de l'appréciation du caractère sincère des documents comptables. Tel est le cas dans un arrêt de la cour d'appel de Nancy en date du 15 février 2013. En l'espèce, une salariée faisait valoir que les données comptables invoquées par l'employeur au soutien des difficultés économiques étaient « en partie tronquées ou dénaturées ». Au soutien d'une telle allégation, la salariée précisait « que des anomalies ont été relevées lors de l'analyse du bilan de l'année 2008 : réduction sur charges patronales et avoir non comptabilisés, provisions sur charges non justifiées ». Or, cette argumentation n'emporte pas la conviction des juges. Ces derniers observent qu'« alors [que le commissaire aux comptes] engage sa responsabilité lorsqu'il certifie la sincérité des comptes qu'il est amené à vérifier, il n'est pas fait état dans son rapport des anomalies et irrégularités dénoncées par Madame X... ».¹¹⁶⁰ Toutefois, par une lecture a contrario de la motivation de l'espèce, il en ressort que les juges conditionnent l'absence de régularité et de sincérité des comptes à la mention d'éventuelles anomalies ou irrégularités figurant dans le rapport rédigé par le commissaire aux comptes qui certifie les résultats comptables. La même chose vaut en cas d'anomalies ou d'irrégularités mentionnées par l'expert-comptable comme cela est énoncé dans la motivation d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 17 avril 2015. En l'espèce, l'employeur avait produit aux débats le rapport établi par une société d'expert-comptable sur les comptes intermédiaires pour la période du 1^{er} janvier 2010 au 31 mai 2010. Pour décider que le licenciement n'est pas dépourvu de cause réelle et sérieuse, les juges se fondent alors sur ce rapport pour observer que l'employeur « a accusé une perte de 420 286 euros, aucune anomalie n'ayant été relevé sur la régularité et la sincérité desdits comptes. ».¹¹⁶¹ Ainsi, à moins qu'il existe des critiques sur la sincérité et la régularité des comptes émises par les professionnels les ayant validés ou certifiés en amont de tout litige, il semble difficile de voir prospérer de telles critiques en aval, lors d'un contentieux. Cela paraît

¹¹⁵⁸ CA Fort-de-France, 18 juin 2015, n° 13/00408.

¹¹⁵⁹ V. travaux préparatoires de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 et en particulier, Ph. Houillon, AN, 2^e séance, 29 avril 2003 et avis à l'AN n° 772, p. 22.

¹¹⁶⁰ CA Nancy 15 fév 2013 n° 12/00046.

¹¹⁶¹ CA Aix-en-Provence 17 avril 2015 n° 12/22604.

d'autant plus difficile lorsque l'expert-comptable qui valide les comptes est également amené à assister l'employeur dans la procédure de licenciement pour motif économique et, dans ce cadre, à rédiger la lettre de licenciement. En effet, n'est-il pas inconcevable dans cette hypothèse, de s'attendre à ce qu'il ait émis des critiques sur la régularité et la sincérité des comptes auxquels il est susceptible de se référer dans la lettre de licenciement ? La chose est d'autant plus inconcevable que la responsabilité contractuelle de l'expert-comptable est engagée vis-à-vis de son client, le chef d'entreprise, si ce dernier justifie le licenciement économique par un motif manifestement erroné pouvant conduire à une requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse par le juge.¹¹⁶²

424.Malgré ces réserves, les juges continuent d'accorder une autorité considérable aux écrits de ces experts. Allant plus loin en ce sens, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 28 février 2018 dit *Wolters Kluwer France* que le montant du bénéfice net servant au calcul de la réserve de participation ne peut être contesté, dès lors qu'il a été certifié par un commissaire aux comptes quand bien même l'action des syndicats est fondée sur l'abus de droit ou la fraude à l'encontre des actes de gestion de la société.¹¹⁶³ L'autorité conférée à cette certification prévue par l'article L3326-1 du Code du travail est telle, qu'il n'est pas possible de discuter des manipulations qui ont pu être effectuées sur les comptes de la société en question par la holding afin de « jouer » avec la disposition précitée pour éviter d'organiser la participation financière des salariés aux résultats de l'entreprise.¹¹⁶⁴ La certification devient ainsi un obstacle à tout débat sur la fiabilité des indicateurs comptables même en présence d'une fraude. Écartée par l'effet d'une attestation délivrée par le commissaire aux comptes, la fraude est également neutralisée par ses propres résultats et ce, en violation des principes traditionnels selon lesquels une fraude à la loi peut être poursuivie et sanctionnée.¹¹⁶⁵ La seule voie de contournement d'un tel écueil aurait été de contester la sincérité de l'attestation du commissaire aux comptes.¹¹⁶⁶ Or, il a déjà été souligné combien

¹¹⁶² CA Orléans, 23 oct. 2008, *Juris-Data* n° 376568.

¹¹⁶³ Cass. Soc. 28 fév. 2018, n° 16-50.015, *Bull. civ. V*, n° 308.

¹¹⁶⁴ Comme l'énonce un auteur commentant l'arrêt précité : « La fraude peut être définie comme le fait de 'jouer' en toute légalité avec une règle d'ordre public comme l'article L3226-1 du Code du travail afin de se procurer effectivement un résultat qu'elle n'était pas censée produire. », P.-E. Berthier, note sous arrêt précité, *RDT* 2018, p. 609.

¹¹⁶⁵ Cass. Soc. 28 fév. 2018, précité, *RDT* 2018, note P.-E. Berthier, p. 606.

¹¹⁶⁶ J. Kovac et G. Loiseau, « L'incorruptible attestation du commissaire aux comptes ? », *JCP S* 2018, 1145.

pareille qualité est difficile à remettre en cause.¹¹⁶⁷ De plus, un tel argument n'a pas de chance de prospérer étant donné qu'il n'entre pas dans la mission de l'auditeur des comptes de garantir l'absence de fraude.¹¹⁶⁸

- 2) L'autorité conférée aux écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables dans la preuve du motif économique de licenciement

425. Il ressort des motivations de certains arrêts rendus par les cours d'appel qu'une forte autorité est conférée aux écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables, y compris lorsque ces derniers ont été mandatés pour assister le comité social et économique de sorte qu'ils contribuent à établir le motif économique de licenciement. Dans la grande majorité de ces arrêts, aucune justification explicite n'est toutefois donnée par les magistrats sur les raisons de la crédibilité qu'ils accordent à pareils écrits. Seule la motivation d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles précise, à propos du courrier d'un commissaire aux comptes et d'un expert-comptable produit par l'employeur au soutien du motif économique de licenciement, que les analyses qui y figurent sont « précises et détaillées » sans plus d'explication. En l'espèce, le salarié licencié pour difficultés économiques contestait la politique managériale des dirigeants du groupe. Or, pour mettre en échec l'argumentation du salarié sur ce point, les juges se fondent, non seulement sur le bilan consolidé et sur celui de chacune des filiales mais également, sur les analyses du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable exposées dans un courrier. Les juges vont même jusqu'à s'approprier purement et simplement les analyses de ces professionnels puisqu'une partie de celles-ci est reproduite dans la motivation de l'arrêt.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁷ Cf. supra n° 394.

¹¹⁶⁸ Cf. infra n° 435 s.

¹¹⁶⁹ « Attendu qu'il en résulte que les affirmations de l'appelant, qui confinent à des accusations graves portées à l'encontre des dirigeants dans leur politique managériale, sans pour autant être sérieusement étayées, et qui ne tiennent pas suffisamment compte du bilan consolidé, ni même des résultats enregistrés par chacune des filiales du Groupe (...), ne sauraient résister à l'analyse précise et détaillée de l'expert-comptable et commissaire aux comptes des sociétés du Groupe (...) indiquant clairement, par courrier en date du 4 septembre 2012, que le Groupe (...) a été : 'durement affecté, d'une part, par l'augmentation des prix des matières premières sur un marché où les clauses de révision sont trop souvent inopérantes, et, d'autre part, par la crise économique dans sa globalité' avant de préciser également que les dirigeants du Groupe (...) ont été contraints d'adopter un plan de réorganisation passant par : 'l'abandon total ou partiel de certaines lignes de production, la diminution de sa politique d'investissement et enfin par une révision des procédures de production qui conduit à des licenciements pour raisons économiques d'un certain nombre de salariés de production' ainsi que par une révision du fonctionnement du secteur administratif et une : 'nouvelle répartition des tâches du fait de la diminution de l'activité des sociétés du Groupe, l'ensemble de ces mesures conduisant à une compression du personnel administratif et comptable', étant par ailleurs à noter que les résultats pour l'année 2012 ont encore continué à se

426.Le même phénomène d'appropriation du contenu d'un rapport d'expert-comptable ayant assisté le comité social et économique ressort également d'une affaire jugée par la cour d'appel de Riom. En l'espèce les juges concluent à l'existence de difficultés économiques en se fondant notamment sur ce qui a été énoncé dans le rapport de l'expert-comptable mandaté pour assister le comité social et économique dans le cadre de la procédure du droit d'alerte, à savoir que « [la société] a atteint son point mort dès l'exercice 2008. La décroissance de l'activité depuis 2007 et l'échec du lancement de Prizee Univers en 2008/2009 dégradent la situation financière » [et] « qu'un dangereux effet de ciseaux apparaît en 2008 : le chiffre d'affaires est alors en baisse de 2,2 M€ (-16,6 %) alors que le coût du travail est en hausse de 1,3 M€ (plus 35 %) car le développement de Prizee Univers nécessite des effectifs complémentaires ». Dans ce même arrêt, les juges concluent également à l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise en se fondant notamment sur ce même rapport. Selon ce dernier en effet, « d'une position de leader, [la société] est [devenue] un challenger sur un marché connaissant une progression de la concurrence avec l'arrivée des fabricants de consoles, d'éditeurs de jeux vidéo, de groupes médias, qui ont des surfaces financières sans commune mesure avec ladite société de telle sorte qu'il ne peut être contesté que sa compétitivité se trouvait menacée par sa situation économique fragile et rendait nécessaire une réorganisation à fin de la sauvegarder ». ¹¹⁷⁰

A fortiori une autorité aussi importante est conférée à l'égard du rapport de certification dont le contenu est réglementé par décret fixé en Conseil d'Etat.¹¹⁷¹ Pareille autorité ressort de manière implicite de certaines motivations dans lesquelles les juges relèvent que les pièces comptables à l'appui des difficultés économiques ont été auditées par le commissaire aux comptes. Il en est ainsi dans un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes dans lequel il a été jugé que « la société (...) a connu des difficultés constantes qui se sont caractérisées sur l'exercice 2009-2010 par un net recul du chiffre d'affaires qui a diminué de près de 13% (...)

dégrader, et ce, malgré de notables sacrifices librement consentis, tel l'abandon le 31 décembre 2011, (...); Qu'il convient en conséquence de considérer que les difficultés économiques étant parfaitement avérées, il est donc démontré que la rupture du contrat de travail de Monsieur Laurent A... repose sur motif économique réel et sérieux » CA Versailles, 15 mai 2014, n° 13/01860. Souligné par nous.

¹¹⁷⁰ CA Riom, 5 fév. 2013, n° 11/02639. Pour une autre illustration de l'usage par l'employeur du rapport de l'expert-comptable ayant assisté le comité social et économique et de sa contribution à la preuve de l'existence de difficultés économiques, v. aussi la motivation de CA Orléans, 12 avril 2013, n° 11/03188.

¹¹⁷¹ Art. L823-9 in fine du c. de com.

et l'établit en produisant le bilan au 31 décembre 2010 revêtu du visa de son commissaire aux comptes et du rapport de celui-ci. ».¹¹⁷² Plus explicite encore est la motivation d'un arrêt par laquelle la cour d'appel d'Aix-en-Provence juge que les difficultés économiques d'une association sont caractérisées notamment par le contenu du rapport de certification dans lequel le commissaire aux comptes énonçait « qu'à compter de l'année 2009 et particulièrement en 2011, elle a connu une baisse importante de ses subventions communales et départementales, constituant la majeure partie de ses ressources financières (...), dégradation très nette de l'équilibre financier de la structure associative ». En l'espèce, pareille dégradation est d'ailleurs confirmée par une note de l'expert-comptable qui « précise que le principal poste de dépenses est celui du personnel et que la consommation des fonds associatifs est susceptible de menacer la pérennité de l'association ».¹¹⁷³

427. Plus précisément, ce sont les éventuelles réserves énoncées dans le rapport de certification qui jouent un rôle considérable dans la preuve des difficultés économiques. Ainsi, il a été jugé que « [l'employeur] justifie de ce que le commissaire aux comptes a émis des réserves dans son rapport annuel 2009 quant à la continuité de l'entreprise compte tenu d'une perte d'exploitation (...) et de pertes cumulées et étant supérieures à la moitié du capital social ; que pour l'exercice du 1^{er} janvier 2010 au 31 août 2010 ce même commissaire aux comptes a formulé la même réserve, les pertes cumulées s'accroissant supérieures à la moitié du capital social et le fonds de roulement étant négatif ; que les difficultés économiques de la société depuis plusieurs années sont donc établies ». ¹¹⁷⁴ Il ressort de cet extrait de motivation que c'est surtout la réitération, dans plusieurs rapports de certification, de réserves quant à la continuité de l'entreprise qui a convaincu les juges de l'existence de la cause aussi bien réelle que sérieuse du licenciement.

Il en est de même des courriers et attestations dans lesquelles le commissaire aux comptes et l'expert-comptable alertent le dirigeant de l'entité contrôlée d'une dégradation de sa situation mettant en péril la pérennité de l'entreprise. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Montpellier à propos d'une proposition de modification d'un contrat de travail pour motif économique. En effet, les juges s'appuient sur l'attestation de l'expert-comptable

¹¹⁷² CA Rennes, 6 fév. 2015, n° 12/04369.

¹¹⁷³ CA Aix en Provence, 13 oct. 2015 n° 13/24833.

¹¹⁷⁴ CA Versailles 21 janvier 2015 n° 13/02211.

de l'entreprise qui avait « à la suite du bilan établi au 30/06/2009, alerté [les dirigeants] de la baisse importante du chiffre d'affaires, de la marge brute, et de la trésorerie depuis deux exercices, baisses qui mettaient en péril la pérennité de l'entreprise. » Effectivement les juges relèvent qu'« entre 2007 et 2009 le chiffre d'affaires a baissé de 18,26%, la marge brute de 19,40% et le résultat d'exploitation de 29,65%. » Puis, de juger que « les pièces versées aux débats établissent la persistance des difficultés économiques au second semestre 2009 et début 2010. ». Ils en tirent la conclusion que « la proposition faite [au salarié] d'une diminution de son horaire de travail avec suppression de ses gardes apparaît bien consécutive aux difficultés économiques de la société. ». ¹¹⁷⁵

428. A fortiori, une autorité considérable est conférée aux courriers du commissaire aux comptes dans lesquels celui-ci déclenche une procédure d'alerte. En atteste un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes. ¹¹⁷⁶ Si en l'espèce les difficultés économiques sont jugées établies, cela est notamment dû à une succession de deux courriers d'alerte envoyés, d'abord par l'expert-comptable, puis par le commissaire aux comptes ayant déclenché à cette occasion une procédure d'alerte.¹¹⁷⁷ Il s'agit là d'une obligation légale lorsque des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation sont constatés. A défaut de déclenchement, ce professionnel engage sa responsabilité civile. Pareille obligation lui impose d'informer le dirigeant, puis le cas échéant, le conseil d'administration. Si des mesures efficaces ne sont pas décidées pour améliorer la situation, il doit prévenir le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance, selon le cas. Enfin, un rapport spécial devra être communiqué à l'assemblée générale des actionnaires. La procédure d'alerte se déroule ainsi par phases successives et peut être interrompue par le commissaire aux comptes à chaque phase lorsqu'il

¹¹⁷⁵ CA Montpellier 6 fév. 2013 n° 11/06673.

¹¹⁷⁶ CA Rennes 7 déc. 2012, n° 11/02715.

¹¹⁷⁷ « Considérant que s'il est exact que le chiffre d'affaires 2008 était quasiment équivalent à celui de 2007, il est tout aussi constant : -que par courrier du 10 octobre 2008 l'expert-comptable de la société (...) a alerté la société (...) sur la dégradation importante de sa situation (importance des stocks, baisse d'activité significative, érosion des marges des ventes, fortes tensions sur la trésorerie) et sur la nécessité de prendre des décisions urgentes à court terme (mise en œuvre d'un plan social pour adapter l'effectif au niveau d'activité prévue, définition d'un plan d'action pour réduire les stocks qui généraient des frais financiers et prise de contact avec les créanciers pour mettre en place des échéanciers), -que par lettre du 14 octobre 2008 le commissaire aux comptes, à son tour, mettait en garde la société sur les risques d'une impasse de trésorerie, sur le fait que la continuité de l'exploitation de l'entreprise était compromise et déclenchait une procédure d'alerte. Considérant qu'il est ainsi établi que la situation de la société s'est très rapidement dégradée à partir de septembre 2008 et que des mesures de réorganisation s'imposaient quasi immédiatement ; (...) » Souligné par nous.

estime que des actions correctrices ont été prises ou que des solutions aux difficultés financières ont été trouvées.¹¹⁷⁸

La solution d'un autre cas jugé par la cour d'appel de Montpellier apparaît plus problématique. En l'espèce, les difficultés économiques sont jugées réelles et sérieuses du fait de la dégradation de la situation comptable d'une association, caractérisée par « le déficit d'exploitation s'élevant à 420 216, 30 en 2008, à 307 484,98 euros en 2009 et à 101 068,53 euros en 2010 », et qui est confirmée par « les courriers et rapports du commissaire aux comptes qui qualifient la situation financière de la Fédération (...) en 2009 d'inexorable dégradation de nature à compromettre l'exploitation de l'association dans le cas où le risque de cessation de paiement se réaliserait ». L'employeur s'était en effet prévalu de la procédure d'alerte phase 1, lancée par le commissaire aux comptes, alors que la phase 2 avait été stoppée.¹¹⁷⁹ Il ressort ainsi de cet arrêt que dès lors qu'elle a été déclenchée, la procédure d'alerte est susceptible d'être instrumentalisée pour justifier le licenciement pour motif économique des salariés et ce, indépendamment du fait qu'elle a été arrêtée par la suite. Il est pourtant permis de se demander si le déclenchement de la phase 1 est suffisant en lui-même pour justifier des difficultés économiques. Il existe en effet quatre phases et en l'espèce, l'alerte n'a pas été déclenchée une seconde fois. En outre, il ne peut être totalement occulté l'hypothèse d'un déclenchement injustifié de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes.¹¹⁸⁰

429.A l'inverse, si les écrits des professionnels de la comptabilité, à l'instar d'autres supports comme le rapport de gestion présenté annuellement aux actionnaires réunis en

¹¹⁷⁸ La procédure d'alerte a été créée par la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Elle comporte quatre phases. La première consiste à informer le président du conseil d'administration ou du directoire des faits de nature à affecter la continuité de l'exploitation. S'il y a une absence de réponse pendant 15 jours, la deuxième phase est déclenchée. Le président est invité à convoquer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance pour le faire délibérer sur les faits relevés. La phase trois n'est déclenchée que si le conseil d'administration ou le conseil de surveillance n'a pas été réuni pour délibérer sur les faits relevés ou lorsque le commissaire aux comptes n'a pas été convoqué à cette séance ou si ce dernier constate qu'en dépit des décisions prises, la continuité demeure compromise. Si après réunion de l'assemblée générale, il est constaté que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, la quatrième phase est lancée. Le commissaire aux comptes doit informer de ses démarches le président du tribunal de commerce et en lui communiquer le résultat desdites démarches.

¹¹⁷⁹ CA Montpellier 12 fév. 2014 n°12/08050.

¹¹⁸⁰ Même s'il n'existe pas de contentieux relatif à la responsabilité civile de ce professionnel sur cette question, la doctrine n'écarter pas cette hypothèse en cas de mauvaise foi et d'intention de nuire du commissaire aux

assemblée générale ordinaire, révèlent une bonne situation comptable et financière ou son amélioration, les juges peuvent conclure à l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement. Ainsi, l'autorité conférée aux écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables peut profiter aux salariés licenciés pour motif économique. C'est ce qui ressort de la motivation d'un arrêt de la cour d'appel d'Orléans dans lequel il est jugé que le licenciement est dénué de cause réelle et sérieuse du fait que « le rapport d'expert indépendant qui analyse les comptes de la société pour l'exercice clos (...) confirme [l'excellente santé économique et financière du groupe,] tendance qui avait été notée dans le rapport de gestion». ¹¹⁸¹ Il en va de même dans un arrêt de la cour d'appel de Grenoble ¹¹⁸² dans lequel les juges fondent l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé pour sauvegarde de la compétitivité sur le rapport de l'expert-comptable au comité social et économique qui relate notamment « qu'en 2008 malgré une diminution du chiffre d'affaires de 6 %, l'entreprise a dégagé un bénéfice comptable de 1 800 000 €, soit le plus important résultat dégagé durant ces dix dernières années ; qu'elle a pu rembourser ses dettes financières d'un montant de 3 600 000 € et finir l'année 2008 avec un excédent de trésorerie de 5 400 000 € ». Le document constate encore « que l'entreprise est en perte de vitesse en ce qui concerne son activité mais qu'elle dégagera tout de même fin 2009 un résultat d'exploitation comparable à 2007, une augmentation du flux de trésorerie ; que le manque à gagner est directement proportionnel à la perte de chiffre d'affaires mais ne place pas l'entreprise dans une zone dangereuse à court terme pour sa survie ». Les juges reprennent les observations de l'expert sur le fait que « la société était plus performante que ses rivales en termes de bénéfice net et de capacité d'autofinancement ». Et de conclure « que les difficultés au niveau du secteur d'activité du groupe ne sont donc pas établies ».

Du reste, il semble que même lorsque le rapport ne fait pas état d'une bonne situation comptable et financière mais simplement d'une éventuelle menace pesant sur la compétitivité de l'entreprise, cela ne permette pas de tirer des conclusions sur l'existence du motif

comptes. A. Robert, op. cit., p. 78.

¹¹⁸¹ CA Orléans 29 sept. 2015 n° 13/02304.

¹¹⁸² CA Grenoble, 26 sept. 2013, n° 12/03890. V. aussi motivation CA Orléans, 14 mai 2013, n° 11/03648 « La cour remarque que malgré une légère baisse et une perte au 31 mars 2009, il y a eu une très nette amélioration l'exercice suivant, déjà largement entamé au 14 août 2009. De plus, le rapport de l'expert-comptable conclut que le groupe a une structure financière solide et une trésorerie très confortable et que le PSE vise à accroître la profitabilité. La lettre de licenciement mentionne quant à elle une diminution de la profitabilité et non la nécessité de sauvegarder la compétitivité, ce qui est un quasi aveu. Il n'était donc pas nécessaire de sauvegarder la compétitivité de la SAS (...) au regard de l'ensemble des éléments produits. » Souligné par nous.

économique invoqué. Mérite d'être souligné en ce sens, un arrêt de la cour d'appel de Grenoble déjà cité dans lequel il est relevé par les juges que le rapport de l'expert-comptable « n'est pas aussi affirmatif que le soutient la société (...) puisqu'il évoque des situations qui 'constitueraient une menace pesant sur la compétitivité' et un licenciement économique qui 'serait a priori justifié ».¹¹⁸³

430. Qu'elle profite à l'employeur ou au salarié, une telle autorité des analyses et appréciations formulées par les commissaires aux comptes et les experts-comptables ne signifie pas, qu'elles suffisent à elles seules à convaincre les juges. En effet, il convient de souligner que leur efficacité dépend surtout de leur concordance avec les documents comptables – bilan, compte de résultats et annexe – qui demeurent essentiels dans la preuve du motif économique de licenciement. Exemple peut être pris d'un arrêt de la cour d'appel de Grenoble qui juge dénué de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé pour sauvegarde de la compétitivité en raison du défaut de production des documents comptables par l'employeur et de l'insuffisance des seules données chiffrées figurant dans le rapport de l'expert-comptable sur le projet de réorganisation.¹¹⁸⁴ Les juges semblent attentifs à ce que le rapport ne soit pas tronqué de façon à présenter les seules affirmations en rapport avec l'argumentaire de la partie qui s'en prévaut. C'est ce qui ressort de ce même arrêt de la cour d'appel de Grenoble dans lequel les juges remarquent également que seules sont exploitées par l'employeur les données allant dans le sens de son argumentation.¹¹⁸⁵

¹¹⁸³ CA Grenoble, 17 janv. 2013, n° 11/05160

¹¹⁸⁴ CA Grenoble 17 janv. 2013 n° 11/05160 : « Attendu qu'en l'absence des comptes annuels, aucune exploitation sérieuse ne peut être faite des données chiffrées figurant dans le rapport de l'expert-comptable » En outre, les juges relèvent également que ces « données (...) ont été extraites en fonction de l'intérêt qu'elles présentent dans le développement de l'argumentaire » ; v. aussi la motivation de CA Metz, 14 janv. 2013 n°11/00125 « La [société] ne produit aucun compte d'exploitation ni aucun justificatif de la baisse de chiffre d'affaire dont elle se prévaut, autre que l'attestation de son expert-comptable » ; En ce sens également, motivation de CA Montpellier 12 fév. 2014 n° 12/08050 déjà cité. (En l'espèce, la concordance entre le contenu du rapport et des courriers de l'auditeur avec les documents comptables est relevée par les juges.) ; motivation de CA Grenoble 26 sept. 2013 n° 12/03890 déjà cité. « Attendu que l'appelant [employeur] ne communique pas d'éléments comptables permettant de caractériser la menace sur la compétitivité au niveau du secteur d'activité du groupe ; que le rapport de l'expert-comptable au comité social et économique de décembre 2009 auquel se réfère amplement l'appelante n'est nullement significatif de la situation du secteur d'activité et ne permet aucune vérification quant à la réalité des difficultés du groupe ; »

¹¹⁸⁵ « Attendu qu'en l'absence des comptes annuels, aucune exploitation sérieuse ne peut être faite des données chiffrées figurant dans le rapport de l'expert-comptable, données qui ont été extraites en fonction de l'intérêt qu'elles présentent dans le développement de l'argumentaire. » CA Grenoble 17 janv. 2013 n° 11/05160 préc.

431. Hormis ces précautions, il ressort de l'analyse de la quasi-totalité des arrêts étudiés, que les juges confèrent sans discussion une certaine autorité au contenu des écrits dans la preuve du motif économique de licenciement et ce, qu'il s'agisse de se prononcer sur son existence ou bien sur son absence. Ses écrits sont pris en compte dans l'appréciation du motif économique de licenciement mais ils sont systématiquement confrontés aux documents comptables. Seule figure comme exception, un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans lequel les juges ne prennent pas en compte le courrier de l'expert-comptable constatant la « situation alarmante et la nécessité pour [la société] de solliciter une mesure de sauvegarde de justice et d'envisager une nouvelle réduction de sa masse salariale ». Cela est dû aux liens de sous-traitance qu'entretient la société qui a procédé aux licenciements avec une autre société. A partir d'une lecture des documents comptables, les juges relèvent « qu'entre 2007 et 2008, période au cours de laquelle le chiffre d'affaires de la société [A] a diminué de 14,6 %, les charges liées à la sous-traitance ont fortement augmenté, par suite d'un choix économique [pénalisant la salariée] et que toute l'activité de distribution de consommables a été transférée au profit de la société [B], laquelle existe toujours. Dans ces conditions, la société [A] ne rapporte pas la preuve des difficultés économiques étrangères à ses choix de gestion permettant de justifier le licenciement ». ¹¹⁸⁶ Même s'il apparaît marginal, un tel arrêt révèle néanmoins certaines limites de l'expertise comptable et financière. En effet, dans l'exercice de son jugement professionnel, l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes ne tient pas compte des liens économiques entre différentes sociétés susceptibles pourtant de donner une autre image de la situation de l'entité contrôlée. En effet, il convient de souligner que le périmètre de l'audit légal, et donc de la certification, est restreint à l'examen des comptes de l'entité contrôlée ou si elle appartient à un groupe, à l'examen des comptes consolidés. Or, sans qu'elles appartiennent à un groupe tenu de publier des comptes consolidés au sens de l'article L233-16 du code de commerce, ¹¹⁸⁷ certaines

¹¹⁸⁶ CA Aix-en-Provence 27 mars 2012, n° 11/06509.

¹¹⁸⁷ I.- Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises, dans les conditions ci-après définies. II.- Le contrôle exclusif par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;
2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

entreprises peuvent entretenir des liens très étroits susceptibles de conférer à celle qui exerce une influence sur l'autre, un pouvoir de nature à avoir une incidence sur les comptes de cette dernière et donc, sur sa situation comptable et financière.¹¹⁸⁸ Il peut en être ainsi entre une entreprise donneuse d'ordre et une entreprise sous-traitante comme cela était le cas dans l'arrêt précité. Autrement dit, la mission de certification est limitée par les frontières juridiques assignées au groupe et en particulier, à celles posées par le code du commerce. Quant à l'audit réalisé par l'expert-comptable, celui-ci est nécessairement limité par les engagements contractuels des parties dans la lettre de mission.

B. Les limites des appréciations émises par le commissaire aux comptes et l'expert-comptable

432.La relative autorité conférée aux appréciations du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable mérite toutefois d'être reconsidérée à la lumière des limites inhérentes à l'audit. Pareilles limites concernent aussi bien les opinions émises dans le cadre d'un audit externe (1) que dans le cadre d'un audit interne. (2)

1) Les limites des opinions émises dans le cadre d'un audit externe des comptes

433.Les limites ayant trait aux opinions sur les comptes sont identiques dans le cadre d'un audit externe légal – la certification par le commissaire aux comptes –, qu'à l'occasion d'un audit externe contractuel effectué par l'expert-comptable. Dans les deux cas, ces écueils résultent du caractère partiel du contrôle exercé sur les écritures comptables ainsi que de l'importance du jugement unilatéral de l'auditeur. Il en ressort que l'audit ne peut donner qu'une « assurance raisonnable »¹¹⁸⁹ et non absolue sur la situation comptable et financière de l'entité contrôlée.

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

III.- Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

¹¹⁸⁸ D'où la possibilité offerte par le II al. 1 de l'art. L2331-1 du code de commerce de considérer comme entreprise dominante pour la mise en place du comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

¹¹⁸⁹ Norme d'exercice professionnel 200, Principes applicables à l'audit des comptes, homologuée par arr. 19 juill. 2006 JO 1^{er} août, p. 11412.

434. Les opinions relatives aux écritures comptables méritent d'être comprises et relativisées d'une part, à la lumière des limites de la mission d'audit (a) et, d'autre part, à la lumière des limites de la méthode d'audit utilisée, à savoir la méthode des sondages. (b)

a) Les limites de la mission d'audit

435. La mission d'audit externe est limitée avant tout, par le fait, déjà remarqué, que la comptabilité est sujette à interprétation et en particulier, par les limites de la technique comptable.¹¹⁹⁰ L'absence d'assise méthodologique de cette technique et la permissivité de certaines normes comptables¹¹⁹¹ laisse aux responsables des comptes en interne une importante marge de manœuvre dans leur élaboration, ce qui leur permet également de mieux dissimuler les fraudes. En effet, les lacunes de la comptabilité rendent les fraudes plus sophistiquées et donc plus difficilement détectables par les auditeurs. Par exemple, les difficultés de la technique comptable à appréhender rationnellement les espaces multiples¹¹⁹² favorisent en particulier, « la comptabilité créative » lorsque l'entreprise appartient à un groupe c'est-à-dire, des fraudes ou des agissements proches de celles-ci. En effet, les dirigeants peuvent être tentés, par un simple jeu d'écriture, de transférer une partie de l'endettement du groupe à des filiales sans que leurs comptes soient consolidés par intégration globale,¹¹⁹³ et sans que les auditeurs voient nécessairement dans ce montage une opération frauduleuse. De même, les responsables des comptes en interne peuvent décider de placer un certain nombre d'engagements hors bilan¹¹⁹⁴ pour donner l'image qu'ils souhaitent de la situation comptable et financière de l'entreprise ou du groupe, nuisant ainsi à la transparence

¹¹⁹⁰ Cf. supra, n°

¹¹⁹¹ Cf. supra, n°

¹¹⁹² J-G Degos, art. cit. p. 194.

¹¹⁹³ Les comptes d'une filiale sont consolidés par intégration globale lorsque la société mère en détient le contrôle exclusif, c'est-à-dire en général la majorité du capital ou de droits de vote. L'intégration globale consiste à reprendre pour leur intégralité, au bilan de la société-mère, tous les éléments qui constituent l'actif et le passif de la filiale, et au compte de résultat, toutes les charges et tous les produits qui en déterminent le résultat net. V° « intégration globale » in « Lexique financier », Les Echos disponible sur : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition-integration-globale.html#xtor=SEC-3168>

¹¹⁹⁴ En comptabilité, le hors-bilan désigne habituellement un engagement, une garantie ou une activité de financement ne figurant pas au bilan de l'entreprise, que ce soit à l'actif ou au passif, parce qu'il ne répond pas aux principes de comptabilisation. Le bilan ne peut enregistrer que des droits et obligations susceptibles d'évaluation monétaire certaine, la limite étant constituée par les provisions, incertaines dans la mesure où elles concernent l'avenir. Mais l'environnement s'est transformé rapidement et parfois de manière désordonnée, de sorte que les règles comptables classiques ne parviennent pas à rendre compte de certaines nouveautés ; il en résulte un développement des transactions dites « hors bilan », atténué dans certains cas par l'inscription en

des comptes. En somme, l'appréciation des auditeurs est susceptible d'être orientée par des jeux d'écriture dont la bonne foi est difficile à remettre en cause.

436. De ces écueils de la technique comptable, il en résulte des limites légales et jurisprudentielles assignées à l'objet de la mission d'audit. Qu'il s'agisse de la certification par le commissaire aux comptes ou d'un audit effectué par l'expert-comptable, ces professionnels ne sont pas tenus de garantir l'exactitude des comptes.¹¹⁹⁵ Concernant la certification, l'article L823-9 du code de commerce dispose qu'elle a pour objet de garantir aux actionnaires et aux tiers qu'un professionnel qualifié, après s'être conformé aux règles de diligences fixées par la profession, a acquis la conviction que les comptes annuels ou consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle de la situation financière et du patrimoine de la société.¹¹⁹⁶ Il en va de même pour l'audit effectué par l'expert-comptable. Cela ne signifie pas pour autant que le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable soit garant de l'exactitude des opérations comptables¹¹⁹⁷. Cela signifie seulement qu'il a exercé un contrôle suffisant sur la régularité, la sincérité et l'image fidèle des comptes.¹¹⁹⁸ Seule l'exactitude de quelques éléments limitativement énumérés par la loi doit être garantie par le commissaire aux comptes. En application de l'article L832-10 du code de commerce, le commissaire aux comptes atteste « spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives aux rémunérations et aux avantages de toute nature, versés à chaque mandataire social ». Hormis pour ces données, l'exactitude n'est donc pas garantie. Certaines précisions ont été faites sur l'objet de la mission d'audit par les magistrats ayant eu à se prononcer sur la responsabilité civile des commissaires aux comptes et des experts comptables. Ainsi, il a été jugé que ces derniers ne sont pas obligés de refaire une comptabilité déjà tenue,¹¹⁹⁹ de contrôler toutes les écritures comptables¹²⁰⁰, de se livrer à un

annexe.

¹¹⁹⁵ A la différence du commissaire aux comptes, la mission de l'expert-comptable dépend d'un engagement contractuel.

¹¹⁹⁶ V° « Certification » Lamy Société commerciales

¹¹⁹⁷ Sur l'absence de correspondance entre la notion d'image fidèle et l'exactitude des comptes, v. S. Jubé, Droit social et normalisation comptable, LGDJ coll. « Droit et Economie », 2011.

¹¹⁹⁸ En ce sens, CA Bordeaux, 9 févr. 1976, Bull. CNCC 1976, n° 22, p. 169.

¹¹⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 19 mai 1987, n°85-16.753, BCNCC n° 67, p. 334 ; TGI Brest, 28 janv. 1988, BCNCC n° 69, p. 73 – Paris, 25 avr. 1989, BCNCC, n° 77, p. 94.

¹²⁰⁰ TGI Paris, 7 févr. 1983, BCNCC n° 50 p. 230 ; TGI Aurillac, 20 nov. 1990, BCNCC n° 82, p. 236 ; TGI Caen 24 oct. 2000, BCNCC n° 120, p. 552, obs. Merle.

examen systématique des documents comptables de base¹²⁰¹, ou même de mettre en doute systématiquement les pièces qui leur sont présentées.¹²⁰² Plus généralement, ni le commissaire aux comptes ni l'expert-comptable ne sont tenus de rechercher activement l'existence de fraudes¹²⁰³ qui demeurent difficiles à détecter en raison des possibilités de falsification des documents ou des soldes comptables¹²⁰⁴ ou, comme développé précédemment, de la faculté d'instrumentaliser les jeux d'écriture inhérents à la technique comptable à des fins de dissimulation de certains détournements.¹²⁰⁵

Plus avant, la certification ou la validation des comptes à l'issue d'un audit ne signifie pas que ces derniers soient exempts de toute anomalie, erreur ou irrégularité. En effet, la certification ou la validation des comptes peuvent être assorties de réserves lorsque l'auditeur a constaté des erreurs, des anomalies ou des irrégularités insuffisantes pour rejeter l'ensemble des comptes. La certification ou la validation ne seront refusées qu'en présence d'anomalies significatives et ce, en application d'une norme d'exercice professionnel à laquelle sont soumis le commissaire aux comptes¹²⁰⁶ et l'expert-comptable lorsqu'il est engagé pour une mission d'audit.¹²⁰⁷ Il s'agit de la norme d'exercice 320 relative aux anomalies significatives et au seuil de signification.¹²⁰⁸ En application de celle-ci, les auditeurs doivent uniquement

¹²⁰¹ Grenoble, 7 mars 1989, BCNCC n°75, p.356.

¹²⁰² TGI Albi, 19 mars 1986, BCNCC n°65, p.76, obs. du Pontavice.

¹²⁰³ A. Robert, op cit. p.12.

¹²⁰⁴ CA Rennes, 27 mai 1975, Rev. Sociétés 1976, p.121 obs. Guyon ; RTD com. 1976, 561, obs. Houin.

¹²⁰⁵ Ibid.

¹²⁰⁶ L'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 transposant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 relative au contrôle légal des comptes a inséré dans le code de commerce l'article L 821-13 qui prévoit qu'en l'absence de norme d'audit internationale adoptée par la Commission, les commissaires aux comptes doivent se conformer aux « normes d'exercice professionnel » (NEP) élaborées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes qui les transmet pour homologation au garde des sceaux après avis du Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C). Ces normes d'exercice professionnel sont à l'heure actuelle toujours applicables puisque les normes internationales d'audit dénommées « ISA » n'ont toujours pas été adoptées par la Commission européenne. En effet, dans le cadre de la réforme européenne de l'audit, la directive 2014/56/UE du 16 avril 2014, modifiant la directive précitée, la Commission européenne est habilitée à adopter les ISA par voie d'actes délégués, pour les rendre applicables à toute l'Union européenne. Toutefois, le contenu des normes d'exercice professionnel toujours applicables en droit interne, convergent avec les normes d'audit internationales. V. le site de la compagnie nationale des commissaires aux comptes : <https://www.cncc.fr/la-reglementation.html>

¹²⁰⁷ La mission d'audit demeure régie par les mêmes normes d'exercice professionnel qu'il soit mené par un commissaire aux comptes ou par un expert-comptable. A. Robert, op. cit. p.50.

¹²⁰⁸ La norme d'exercice professionnel 320 relative aux anomalies significatives et au seuil de signification a été homologuée par arrêté du 6 octobre 2006 publié au J.O. n°239 du 14 octobre 2006 puis révisée et à nouveau homologuée par arrêté du 19 juillet 2012 publié au J.O. n°172 du 26 juillet 2012. Elle est disponible au lien suivant : <https://doc.cncc.fr/docs/nep-320>.

fournir une assurance raisonnable, mais non absolue, que les informations objet de leur examen ne sont pas entachées d'anomalies significatives. Or, le point 2 de la norme d'exercice 320 définit l'anomalie significative comme « une information comptable ou financière inexacte, insuffisante ou omise, en raison d'erreurs ou de fraude d'une importance telle que, seule ou cumulée avec d'autres, elle peut influencer le jugement de l'utilisateur d'une information financière ou comptable. » Il ne ressort de cette définition aucune indication précise sur l'importance de l'inexactitude, de l'insuffisance ou de l'omission, ni sur la manière d'apprécier l'influence des destinataires de l'information comptable et financière. L'ensemble des points composant la norme d'exercice 320 ne fournit aucune méthode pour déterminer le caractère significatif d'une anomalie. A la lecture du point 3.10 de ladite norme, il est énoncé que pareille détermination relève du jugement professionnel de l'auditeur et qu'elle est « influencée par sa perception des besoins d'informations financières des utilisateurs des comptes ». Le point 3.12 de la norme précitée énonce seulement que pour évaluer le caractère significatif d'une anomalie à partir de son montant, le commissaire aux comptes détermine un ou des seuils de signification.¹²⁰⁹ Or, une fois de plus, cette norme d'exercice professionnel ne fait que renvoyer au jugement professionnel de l'auditeur dans la définition du seuil de signification puisque les critères qu'elle cite ne sont qu'indicatifs.¹²¹⁰ La reconnaissance étatique dont bénéficient les normes d'exercice professionnel du fait de leur homologation par arrêté du Garde des sceaux ne saurait donc présumer, ni de la présence d'une méthodologie d'audit rigoureuse, ni de l'absence de toute référence à l'appréciation unilatérale de l'auditeur.

b) Les limites de la méthode des sondages au soutien de l'audit

437. Si l'auditeur n'est tenu de fournir qu'une assurance raisonnable de l'absence d'anomalies significatives dans les comptes, c'est également en raison des limites de la méthode d'audit employée : la méthode des sondages. Mise en place d'abord en sciences sociales, la méthode des sondages est née de l'impossibilité pratique d'interroger individuellement toute la population à laquelle on s'intéresse puisque l'exhaustivité nécessite

¹²⁰⁹ Le seuil de signification est « le montant au-delà duquel les décisions économiques ou le jugement fondé sur les comptes sont susceptibles d'être influencés. » Norme 320 point 2.6.

¹²¹⁰ « Sur la base de son jugement professionnel, le commissaire aux comptes identifie des critères pertinents à partir desquels, par application de taux ou d'autres modalités de calcul, il détermine le seuil ou les seuils de signification. Ces critères peuvent être par exemple, le résultat courant, le résultat net, le chiffre d'affaires, les

une organisation matérielle et des frais exorbitants avec des résultats longs à exploiter et à publier.¹²¹¹ Cette impossibilité pratique vaut également pour le contrôle des comptes dont l'élaboration obéit à un processus complexe. Les comptes annuels sont en réalité la synthèse de plusieurs milliers voire millions d'écritures comptables devant, en prime, faire l'objet de retraitements spécifiques en cas d'établissement de comptes consolidés. Ainsi, même assisté de collaborateurs, le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable ne peuvent matériellement procéder au contrôle de toutes les écritures comptables. L'auditeur est donc nécessairement conduit à opérer par voie de sondages comme l'y autorise la loi. L'article L.823-16 du code de commerce énonce que « les commissaires aux comptes portent à la connaissance selon le cas, de l'organe collégial chargé de l'administration ou de l'organe chargé de la direction et de l'organe de surveillance, ainsi que, le cas échéant, du comité spécialisé mentionné à l'article L. 823-19 agissant sous la responsabilité de ces organes (...) les différents sondages auxquels ils ont procédé ». En outre, l'utilisation des sondages est prévue par la norme d'exercice professionnel 530 relative à la sélection des éléments à contrôler.¹²¹² Le point 2 de cette norme désigne les données comptables sous le vocable de « population » et précise bien que le commissaire aux comptes sélectionne un échantillon à partir de celle-ci. Le parallèle avec les sondages en sciences sociales n'est donc pas dénué de sens. Comme le chercheur dans cette discipline, l'auditeur qui opère par voie de sondages tire du contrôle des éléments échantillonnés une conclusion sur toute la « population ».¹²¹³ En effet, la technique des sondages est née de la possibilité statistique de décrire le tout par la partie.¹²¹⁴ Toutefois, l'aléa inhérent à la méthode des sondages permet de relativiser les résultats auxquels parvient l'auditeur à l'issue de l'audit.¹²¹⁵ Il s'en suit l'obligation pour celui-ci de fournir seulement une assurance raisonnable de la régularité, la sincérité et l'image fidèle des comptes. Cela explique également que le commissaire aux comptes et l'expert-comptable ne soient tenus qu'à une obligation de moyens et non à une obligation de résultat, l'aléa étant l'un des critères de démarcation entre ces deux types d'obligations. Par conséquent, c'est au créancier de l'obligation d'apporter la preuve que l'auditeur n'a pas mis

capitaux propres ou l'endettement net. » Norme 320 préc. point 4.17. Souligné par nous.

¹²¹¹ M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, coll. « Précis », 2001, 11^e éd., p. 533.

¹²¹² Norme 530 homologuée par arr. 18 juill. 2007, JO n° 174, 29 juill. V. en particulier le point 3 de norme précitée.

¹²¹³ Le point 4.9 de la norme 530 relatif à l'analyse des résultats des contrôles et conséquences sur l'audit.

¹²¹⁴ M. Grawitz, op. cit.

¹²¹⁵ F. Bon, *Les sondages peuvent-ils se tromper ?* Calmann-Lévy, 1974.

en œuvre avec une diligence suffisante les moyens promis.¹²¹⁶ Par exemple, a pu être engagée la responsabilité civile d'un commissaire aux comptes qui n'a effectué aucun sondage ou bien pour des sondages insuffisants.¹²¹⁷

De même, le caractère aléatoire des sondages explique que l'auditeur ne puisse voir sa responsabilité engagée s'il ne découvre pas de fraudes. En effet, l'utilisation des sondages augmente le risque de non-découverte de celles-ci.¹²¹⁸ Ainsi, l'absence de fraude ne saurait être déduite de la certification par le commissaire aux comptes. Cela est important à souligner étant donné que seul un débat sur la fraude peut faire échec à la justification comptable des difficultés économiques invoquées au soutien du licenciement.¹²¹⁹

438. Conclure à l'absence de toute rigueur scientifique du sondage serait néanmoins hâtif. En effet, l'aléa inhérent à cette technique n'est pas incompatible avec une certaine rigueur qui dépend surtout du choix de la méthode de prélèvement de l'échantillon.¹²²⁰ Or, même si cela peut sembler paradoxal, le sondage le plus rigoureux scientifiquement est celui qui obéit au hasard c'est-à-dire, celui qui utilise la méthode de prélèvement aléatoire. En effet, l'étude des grands nombres montre que le hasard lui-même présente des régularités.¹²²¹ Plus encore, la technique du sondage aléatoire ou probabiliste signifie qu'on accorde à chacune des unités de la population – l'ensemble des données comptables – une chance connue, non nulle, d'appartenir à l'échantillon. La norme d'exercice 530 fait d'ailleurs écho à cela lorsqu'elle précise dans son point 3.3 que « le sondage donne à tous les éléments d'une population une chance d'être sélectionnés ». En effet, le sondage aléatoire a pour mérite de soustraire l'échantillon à un choix arbitraire ou personnel et de procéder à un véritable tirage au sort. Toutefois, la méthode de prélèvement aléatoire suppose de disposer d'une base de sondage énumérant sans omission et sans répétition la totalité des individus qui composent la population. Or, il n'est pas toujours possible de disposer d'une base exhaustive. De plus, une

¹²¹⁶ La responsabilité civile du commissaire aux comptes, CNCC, « Etudes juridiques », mars 2007, n°13, JCL Sociétés, Lange, fasc. 134-25, n°17 ; A-C Maddoli-Restoux, *Responsabilité de l'expert-comptable*, Litec, 2003, n°276 ; De Lauzainghein, Navarro, Nechelis, *Droit comptable*, 3^e éd., Dalloz, 2004, n° 172.

¹²¹⁷ CA Poitiers 24 mars 2009, juris-data n° 017936 ; CA Paris 19 oct. 2010, Bull. Joly sociétés, janv. 2011, p.26, obs. Barbière.

¹²¹⁸ A. Robert, op. cit., p. 70

¹²¹⁹ Art. L1233-3 al.12 du C. du trav.

¹²²⁰ M. Grawitz, op. cit., p. 535.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 537.

telle base présente l'inconvénient de rendre l'enquête plus longue et plus onéreuse. Pour cette raison, il existe d'autres méthodes de prélèvement d'échantillons qui permettent de parvenir à une base plus réduite. A titre d'exemple, peuvent être cités les sondages par grappes, les sondages à plusieurs degrés ou à plusieurs phases.¹²²² L'inconvénient de ces méthodes, pourtant reconnues par les statisticiens, est d'augmenter le risque d'erreur d'échantillonnage et par là même, les incertitudes sur la valeur des conclusions tirées. En somme, les risques d'erreur liés à l'utilisation de méthodes de prélèvement reconnues sont d'autant plus graves qu'ils sont moins apparents.

439. A la lumière de ces précisions sur ce qui rend le sondage rigoureux, il est étonnant d'observer que la norme d'exercice 530 laisse l'auditeur libre de choisir sa méthode de sélection des échantillons. En effet, le point 3.3 se contente simplement d'énoncer que « les techniques de sélection d'échantillons dans le cadre des sondages peuvent être statistiques ou non statistiques ». Autrement dit, l'auditeur est seul juge des méthodes de sélection des données comptables. En ce sens, certaines décisions de justice relatives à la responsabilité civile du commissaire aux comptes confirment que ce dernier peut procéder par voie de sondages selon les méthodes de son choix.¹²²³ En somme, celui-ci est maître du processus d'audit de bout en bout.

Finalement, si les limites inhérentes à la technique comptable, auxquelles s'ajoute l'aléa inhérent aux sondages, sont prises en compte au même titre que l'importance du jugement personnel du commissaire aux comptes, il est aisé de comprendre que l'auditeur ne puisse obtenir, au terme de ses travaux qu'une assurance raisonnable que les comptes, pris dans leur ensemble, ne comportent pas d'anomalies significatives.¹²²⁴

440. Au regard de ce qui précède, il ne s'agit pas de dénier toute autorité aux écrits des auditeurs au soutien de la preuve du motif économique de licenciement mais, de souligner la valeur de présomptions simples et non de certitudes que revêtent leurs appréciations sur la

¹²²² Ibid., p. 543.

¹²²³ CA Rennes, 27 mai 1975, Rev. Sociétés 1976, p. 121 obs. Guyon ; RTD com. 1976, p. 561, obs. Houin ; TGI Paris, 13 déc. 1982, BCNCC n° 49, p. 81 ; TGI Paris 7 fév. 1983, BCNCC, n° 50, p. 230 ; TGI Albi, 19 mars 1986, BCNCC n° 65, p. 76, obs. du Pontavice.

¹²²⁴ Norme d'exercice professionnel 200, Principes applicables à l'audit des comptes, homologuée par arr. 19 juill. 2006 JO 1^{er} août, p. 11412.

situation comptable et financière de l'entreprise ou du groupe. La mise en exergue des limites relatives aux opinions sur les écritures comptables doit surtout conduire les juges à relativiser leur valeur et portée dans l'appréciation des éléments de preuve produits au soutien du motif économique de licenciement. Néanmoins, cela suppose de la part des plaideurs de mettre ces opinions davantage en débat. A fortiori, il doit en aller de même pour les opinions émises sur la situation économique de l'organisation auditée dans le cadre d'un audit interne.

2) Les limites des opinions émises dans le cadre d'un audit interne de l'organisation

441. Si l'audit interne ne bénéficie pas de la reconnaissance étatique dont dispose la certification, il n'en demeure pas moins que l'employeur peut également utiliser les opinions émises dans ce cadre à titre de preuve au soutien du motif économique de licenciement et en particulier, à l'appui d'un licenciement pour sauvegarde de la compétitivité. Certaines décisions de justice montrent que les juges du fond attachent une certaine importance au rapport d'audit interne dans l'appréciation du motif économique de licenciement. En effet, si son contenu énonce de manière affirmative l'existence de difficultés économiques ou fait explicitement part de menaces sur la compétitivité, celui-ci peut être un élément de preuve du motif économique de licenciement.¹²²⁵ Toutefois, même en présence d'un rapport d'audit interne rédigé de manière adéquate, il convient d'étudier la valeur des opinions émises sur la situation économique de l'entreprise et en particulier, sur son environnement concurrentiel.¹²²⁶ Pareille interrogation conduit à se demander quel est le cadre de référence de l'auditeur interne et quelle est la méthodologie qui le guide pour formuler une appréciation.

442. A la lumière des normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne,¹²²⁷ il convient de relativiser les opinions émises par les auditeurs internes et ce, pour plusieurs raisons. Avant toute référence à la méthodologie employée, il faut d'emblée préciser que même si l'auditeur interne doit en principe exercer sa mission en conformité avec ces normes, il peut également choisir de ne pas s'y conformer. En effet, la norme 2431 précise que l'auditeur interne doit, le cas échéant, préciser la non-conformité aux normes dans son

¹²²⁵ CA Lyon 10 sept. 2009 n°08/05196.

¹²²⁶ La question se pose moins pour les difficultés économiques qui obéissent à une justification strictement comptable faisant appel aux indicateurs comptables dont la régularité, la sincérité et l'image fidèle sont vérifiées en application de normes d'exercice professionnel reconnues par l'Etat et ce, conformément à des méthodes reconnues comme les sondages. Cf supra, n°

¹²²⁷ Disponibles sur le site de l'IFACI à partir du lien suivant : <https://docs.ifaci.com/wp->

rapport. Cela implique juste de préciser les normes avec lesquelles la mission n'a pas été en conformité, la ou les raisons de cette non-conformité ainsi que son incidence sur la mission et sur les résultats communiqués. Nulle référence à une absence ou à une moindre de valeur probante ni à une sanction disciplinaire. En effet, contrairement à la certification ou à la validation, aucun engagement de la responsabilité disciplinaire du professionnel qui procède à un audit interne n'est possible.

443. En outre, la lecture des normes internationales invite à distinguer les exigences impératives par l'emploi du terme « doit » et les exigences indicatives par l'emploi de « devrait ». En effet, ce dernier terme indique que le respect de la disposition est requis sauf si, en faisant preuve de jugement professionnel, des adaptations peuvent être justifiées par les circonstances.¹²²⁸ Dans ce cas, l'auditeur interne est seul juge de la décision de se conformer ou pas à l'exigence posée. Il en va ainsi tout particulièrement dans le cadre de la mission de conseil pour laquelle il est indiqué que l'auditeur interne « devrait » faire preuve d'objectivité.¹²²⁹ Compte tenu du fait qu'au sens de ces normes, l'objectivité est interprétée comme « un état d'esprit non biaisé qui permet aux auditeurs internes d'accomplir leurs missions de telle sorte qu'ils soient confiants en la qualité de leurs travaux menés sans compromis, »¹²³⁰ il est permis de douter légitimement de la fiabilité des appréciations émises sur la situation économique de l'entreprise dans le cadre de l'audit interne.

444. De surcroît, les incertitudes sur la valeur probante des opinions de l'auditeur interne sont renforcées par l'absence de référence à toute méthode d'évaluation. Pourtant, dans sa partie introductive le cadre de référence internationale des pratiques professionnelles de l'audit interne indique que les normes internationales ont pour objet d'établir les critères d'évaluation de l'audit interne.¹²³¹ La norme 2040 sur les règles et procédures énonce bien que seul « le responsable de l'audit interne doit établir les règles et procédures pour guider l'audit interne. » La norme d'interprétation venant expliquer la norme précitée ne fait que

content/uploads/2018/03/CRIPP-2017-Normes-version-finale-amende-e-31052017.pdf.

¹²²⁸ V. « Introduction aux Normes » des Normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne (les normes). Disponible sur le lien suivant :<https://docs.ifaci.com/wp-content/uploads/2018/03/CRIPP-2017-Normes-version-finale-amende-e-31052017.pdf>.

¹²²⁹ Ibid.

¹²³⁰ Norme d'interprétation sous norme 1100- Indépendance et objectivité.

¹²³¹ Cf. « Introduction aux Normes » des Normes internationales pour la pratique professionnelle de l'audit interne, précitée.

préciser que « la forme et le contenu des règles et procédures dépendent de la taille, de la manière dont est structuré l'audit interne et de la complexité de ses travaux. » Une indication vague est donnée par la norme 2100 sur la nature du travail puisqu'elle indique que l'évaluation de l'auditeur interne doit être « fondée sur une approche par les risques. » D'autres éléments du langage gestionnaire affleurent sans donner plus de précision sur les méthodes et techniques d'audit employées. A titre d'exemple, la norme précitée énonce que « la crédibilité et la valeur de l'audit interne sont renforcées lorsque les auditeurs internes sont proactifs, que leurs évaluations offrent de nouveaux points de vue et prennent en considération les impacts futurs ». De plus, il convient de souligner que la norme 2140 relative au contenu de la communication sur les résultats de l'audit ne mentionne nullement l'obligation d'informer les instances dirigeantes sur les méthodes et techniques d'évaluation.

445. Les incertitudes relatives à la fiabilité des appréciations sur la situation économique de l'entité auditée ne sauraient être levées par le caractère formalisé de l'audit que donnent pourtant à voir les normes internationales. En effet, plusieurs dispositions font état de documents écrits que l'auditeur doit rédiger au cours du processus d'audit. Ainsi, celui-ci doit commencer par élaborer un plan d'audit dans lequel il doit définir des priorités cohérentes avec les objectifs de l'organisation. D'après la norme 2010 sur la planification celui-ci doit « s'appuyer sur une évaluation des risques documentée et réalisée au moins une fois par an ». Cette norme énonce que pareille évaluation doit prendre en compte le point de vue de la direction. A la lumière du défaut de précision sur la méthode d'évaluation, une telle prise en compte ne contribue pas à lever le doute sur la fiabilité des opinions émises par l'auditeur interne. En outre, le plan d'audit interne doit notamment prendre en compte la stratégie et les objectifs de l'organisation.¹²³² Il paraît d'autant plus difficile, dans ces conditions, de concevoir que l'auditeur formule une appréciation sur la situation économique de l'organisation auditée qui soit différente de celle des instances dirigeantes de ladite organisation. Compte tenu du fait que le responsable de l'audit interne peut être un salarié de l'organisation auditée, un contrôleur de gestion par exemple, l'absence de point de vue indépendant par rapport à son employeur ne saurait étonner.

¹²³² Norme 2200 – Planification de la mission.

446. Il est prévu par les normes internationales que l'auditeur interne rédige encore d'autres documents. Il doit « élaborer et documenter un programme de travail permettant d'atteindre les objectifs de la mission ». ¹²³³ Certes il est précisé que dans ce document de travail les auditeurs « doivent faire référence aux procédures à appliquer pour identifier, analyser, évaluer et documenter les informations lors de la mission » mais, il est énoncé également que ce même document doit « être approuvé avant sa mise en œuvre » ¹²³⁴ par les instances dirigeantes. Or, une telle recherche de l'adhésion des instances dirigeantes dans le processus d'audit ne contribue pas non plus à lever le doute sur le caractère rigoureux des appréciations émises. La fiabilité est simplement énoncée sans que référence soit faite à une quelconque méthode d'appréciation. En effet, l'auditeur interne doit « documenter les informations suffisantes, fiables, pertinentes et utiles pour étayer les résultats et les conclusions de la mission » ¹²³⁵ mais, il demeure sous la responsabilité voire, sous l'autorité de l'organisation auditée et conseillée. De plus comme indiqué précédemment, l'auditeur n'est pas tenu de faire référence à ces informations dans son rapport final. Il ressort de ce qui précède que les appréciations dans le cadre de l'audit interne reposent surtout sur une formalisation qui ne vise qu'à donner l'image d'une entreprise sous contrôle, par le biais d'un certain nombre de documents écrits. En somme, ce n'est que sur une formalisation dénuée de substance méthodologique et approuvée par l'organisation évaluée que repose l'audit interne.

447. De prime abord, le recours à l'expertise comptable et financière dans le cadre d'un audit interne ou d'un audit externe peut laisser croire que l'employeur s'appuie sur les appréciations de tiers ayant adopté une démarche nécessairement rigoureuse qui ne saurait prêter à discussion. Le récit fait par les auditeurs de la situation économique de l'organisation auditée apparaît alors moins sujet à la critique que celui d'une attestation rédigée par un simple témoin ou contenue dans un constat d'huissier. Pire, pareil récit apparaît à l'abri de toute critique alors même que des limites affectent les missions d'audit interne et externe et que des incertitudes existent sur les méthodes d'évaluation employées. Ainsi, les apparences de fiabilité de l'audit comptable et financier dues à la reconnaissance étatique des professions de commissaire aux comptes et d'expert-comptable ainsi qu'à leur soumission à des normes d'exercice professionnel, ne doit pas occulter le fait que les descriptions de la situation

¹²³³ Norme 2240 – Programme de travail de la mission.

¹²³⁴ Norme 2240.A1 – Programme de travail de la mission.

¹²³⁵ Norme 2330 – Documentation des informations.

économique de l'organisation audité n'ont pas la valeur de certitudes mais d'opinions dont la crédibilité peut prêter à débat. En matière de certification des comptes, il est même reconnu par les normes internationales d'audit que pareilles opinions sont fournies avec un degré d'assurance raisonnable qui ne saurait être absolu en raison de l'aléa inhérent à la méthode des sondages. A la lumière des limites de l'audit, il convient en définitive de se garder contre toute confiance excessive à l'égard de l'expertise comptable et financière.

Conclusion de chapitre

448. La mise en exergue des limites des savoirs détenus par les tiers auxquels l'employeur peut se référer à titre de preuve, invite à relativiser leurs déclarations ou écrits. Il en va ainsi non seulement lorsque les éléments de preuve reposent sur une connaissance issue de leur expérience personnelle mais aussi, lorsque ceux-ci sont fondés sur leur expertise professionnelle. Plus encore, les écueils relatifs au manque de sincérité et de fiabilité auxquels peuvent se heurter ces deux modes de connaissances doivent conduire à se garder de toute tentation d'accorder davantage foi à l'expertise professionnelle qu'à l'expérience personnelle du tiers. Une conception plus rigoureuse de l'exigence d'objectivité implique donc de faire preuve de prudence aussi bien à l'égard des éléments de preuve émanant du témoin, simple observateur, que de l'expert.

Toutefois, s'agissant des écrits des professionnels de la comptabilité au soutien du motif économique de licenciement, il ressort de l'étude de certains arrêts que leur autorité est considérable. Ainsi, leur crédibilité est rarement remise en cause comme si ces professionnels étaient par principe, à l'abri de la critique. Les scandales financiers ayant éclaboussé les professionnels de l'audit comptable et financier au début des années 2000 aux Etats-Unis ne paraissent pas entamer la force probante de leurs écrits.

Conclusion de titre

449. Que l'objectivité soit attachée à un savoir reconnu ou à un savoir détenu par un tiers, le droit du travail adopte à l'heure actuelle une vision peu rigoureuse de pareille qualité. Plusieurs raisons expliquent cela. Une conception peu exigeante de l'objectivité peut être liée à l'insuffisance du contrôle judiciaire de la fiabilité des procédés probatoires mobilisés par l'employeur comme à l'absence de discussion sur l'existence de cette qualité par les plaideurs. Dans une certaine mesure, cela peut être dû à la difficulté d'avoir accès à des éléments de preuve permettant de faire douter de ladite fiabilité dès lors que l'employeur maîtrise le contenu des procédés en cause.

En outre, l'interprétation peu rigoureuse de l'objectivité en droit du travail est une conséquence de la reconnaissance étatique de savoirs dont on ne devrait pas se fier telle la comptabilité. Il en va également ainsi, de la reconnaissance de certaines normes d'audit alors même que ces dernières demeurent floues à propos de la méthode d'évaluation utilisée. A toutes ces raisons s'ajoute enfin, la rareté des critiques doctrinales en droit du travail sur le manque de fiabilité des méthodes et techniques de preuve utilisées par l'employeur. Or, pareilles critiques sont fondamentales pour conférer du sens à l'exigence d'objectivité.

Titre 2 : L'objectivité attachée aux supports de contrôle des salariés

450. Satisfaire l'exigence d'objectivité, c'est également interroger les supports convoqués par le détenteur du pouvoir de décision. En effet, quel que soit le savoir mobilisé par l'employeur, la preuve de l'existence d'éléments objectifs nécessite concrètement de se référer à des données inscrites sur des supports.

451. Il existe plusieurs types de supports d'information. Le plus traditionnel est le support écrit ou imprimé. Avec l'évolution de la technologie d'autres supports sont apparus tels les supports magnétiques (cassette audio, vidéo), les supports chimiques photosensibles (photographies, films), les supports optiques (CD-audio, CD-Roms) ou encore, les supports numériques (clés USB, cartes mémoires, ordinateurs) dont la spécificité est de quantifier l'information par une suite de 0 et de 1 « bits ». ¹²³⁶ Cette liste n'étant pas exhaustive, il convient de préciser que toute forme permettant de stocker durablement des données est un support.

452. A l'exception des supports écrits ou imprimés, les supports précités procèdent à un traitement ¹²³⁷ technologique des informations. Plus encore, les supports technologiques se distinguent des supports « papier » par un traitement de l'information au moyen de procédés techniques qui fonctionnent de manière mécanique sans intervention humaine directe. Par exemple, lorsqu'elle est intégrée à un support numérique, l'information est analysée et codée par des algorithmes ou des procédés de calcul automatiques. ¹²³⁸ Compte tenu d'un tel traitement, il devient plus difficile de dissocier l'information de son support technologique. Il

¹²³⁶ Le bit est l'unité la plus simple dans un système de numération ne pouvant prendre que deux valeurs, désignées le plus souvent par les chiffres 0 et 1. V° « bit », Commission électrotechnique internationale, à partir du lien suivant : <http://www.electropedia.org/iev/iev.nsf/display?openform&ievref=721-02-08>.

¹²³⁷ Est un traitement toute opération ou ensemble d'opération portant sur des données à caractère personnel quel que soit le procédé utilisé (collecte, enregistrement, organisation, conservation, adaptation, modification, extraction, consultation, utilisation, communication par transmission diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, rapprochement ou interconnexion, verrouillage, effacement ou destruction.) V. « traitement de données à caractère personnel », <https://www.cnil.fr/fr/definition/traitement-de-donnees-caractere-personnel>.

¹²³⁸ V. « Introduction », Une introduction à la science informatique ss. la dir. de G. Dowek, CNDP-CRDP de Paris, 2011. Disponible sur le lien suivant : https://wiki.inria.fr/wikis/sciencinfolycee/images/d/df/LSI0De_but.pdf

en résulte que la fiabilité de la première dépend de certaines qualités attachées au second. Toutefois, il en ressort également que la forte croyance dans la fiabilité de ces supports bénéficie par ricochet aux données qui y figurent et ce, alors même que les technologies ou appareils auxquelles lesdits supports font appel sont potentiellement objets de manipulations malveillantes plus subtiles. La présente analyse invite alors à mettre en lumière leurs faiblesses et donc, à identifier des voies de contestation de la fiabilité de ces supports. L'enjeu est de taille étant donné que les données traitées par les supports technologiques sont susceptibles d'être utilisées comme éléments de preuve à l'encontre du salarié. En effet, dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives, l'employeur peut être amené à utiliser pareils supports pour contrôler et surveiller les salariés et si besoin est, se servir des données qui y sont stockées comme éléments de preuve d'une faute disciplinaire. Par exemple, l'employeur peut utiliser l'information sauvegardée sur des supports numériques en provenance des ordinateurs mis à la disposition du salarié. En outre, il peut également se servir des données numérisées émanant d'autres dispositifs de contrôle des salariés comme la vidéosurveillance, les écoutes téléphoniques ou la géolocalisation.¹²³⁹ De même, le détenteur du pouvoir peut prendre appui sur les résultats inscrits dans des appareils chimiques ou électroniques de dépistage de la consommation de certaines substances, à savoir les éthylotests et les tests salivaires. Compte tenu de la technicité de ces supports dont l'effet est de conférer une apparence de rigueur aux données qui y sont traitées, il est nécessaire d'examiner leur fiabilité.

453. Qu'il s'agisse de supports écrits ou de supports technologiques, il reste que leur mise en œuvre pour recueillir des données à caractère personnel peut s'avérer problématique. Tel est le cas lorsque la collecte des données a été mise en œuvre en violant l'article L1121-1 du Code du travail c'est-à-dire, en ne respectant pas les exigences de justification et de proportionnalité nécessaires pour légitimer l'atteinte portée aux droits et libertés de la personne. En effet, l'exigence d'objectivité a eu pour corollaire d'ouvrir la voie à une immixtion plus grande de l'employeur dans le for interne du salarié. Autrement dit, pareille exigence renforce son pouvoir de contrôle. Tel est non seulement l'effet des supports technologiques de contrôle et de surveillance des salariés mais également, des supports de

¹²³⁹ En effet, avec la montée en puissance de l'informatique, ces dispositifs sont la plupart du temps reliées à des ordinateurs ce qui signifie que les données symboliques (paroles, images et sons) enregistrées sont numérisées c'est-à-dire, que les informations sont converties en une suite de 0 et de 1 bits.

leur évaluation. Il en résulte la nécessité d'encadrer le pouvoir de contrôle par le respect de l'article L1121-1 du Code du travail. Ainsi, le propos permet de mettre en garde contre une sacralisation de l'exigence d'objectivité qui ne doit pas être érigée au rang d'impératif absolu. Autrement dit, les données objectives ne doivent pas être recherchées à n'importe quel prix surtout lorsqu'il s'agit de données à caractère personnel.

454. De ce qui précède, il ressort que les données à caractère personnel utilisées comme preuve à l'encontre du salarié peuvent être contestées en deux temps. Le premier temps de la contestation porte sur la fiabilité des procédés de collecte de ces données. Celle des procédés d'évaluation ayant été examinée à la lumière du savoir mobilisé,¹²⁴⁰ il ne sera question que de la fiabilité des supports technologiques. **(Chapitre 1)** Le second temps permet quant à lui, de contester la mise en œuvre de la collecte des données en raison des atteintes portées à certains droits et libertés des salariés.¹²⁴¹ **(Chapitre 2)**

¹²⁴⁰ Cf. supra, n°

¹²⁴¹ Ces deux temps peuvent être mis en parallèle avec la contestation d'une clause de mobilité dont la remise en cause passe d'abord par un débat sur sa validité et le cas échéant, sur la régularité de sa mise en œuvre au regard de l'article L1121-1 du Code du travail.

Chapitre 1 : La fiabilité des supports technologiques

455. Deux critiques peuvent remettre en cause la fiabilité des supports technologiques. La première est relative à leur absence d'intégrité. Pareille critique concerne en particulier les supports numériques plus malléables à des manipulations malveillantes ce qui aura pour effet de jeter le doute sur la véracité des données qui y sont inscrites en cas de preuve de ce type d'agissement. Partant, l'élément de preuve ne sera pas recevable en justice. Ainsi, l'absence ou un doute sur l'intégrité d'un support auquel se réfère l'employeur à l'appui d'un licenciement ou d'une sanction disciplinaire dans ses écritures, aura comme conséquence de priver ces mesures de tout caractère réel et sérieux.¹²⁴² L'intégrité constitue donc une qualité des supports technologiques et en particulier, des supports numériques, qui détermine la fiabilité des éléments de preuve. **(Section 1)**

456. La seconde critique concerne quant à elle, la qualité des données incorporées aux supports et partant, la qualité des technologies de traitement de celles-ci. En effet, l'intégrité du support d'information ne garantit pas que l'on puisse, à partir de son contenu, élaborer des inférences avec un degré d'exactitude suffisant. Par exemple, un enregistrement de mauvaise qualité peut poser des problèmes d'identification du salarié auquel une faute est pourtant imputée par l'employeur. Dans ce cas c'est la performance de la technologie d'enregistrement des données qui peut être remise en cause. De même, les résultats de certains actes de biologie que l'employeur est autorisé à pratiquer sous certaines conditions pour vérifier si le salarié n'a pas consommé des substances interdites en entreprise, peuvent être faux en raison de l'absence de validité des appareils de dépistage utilisés. En somme, l'exactitude des griefs énoncés à l'encontre du salarié dépend de la qualité des données incorporées aux supports. **(Section 2)**

¹²⁴² C. Béguin, « La problématique juridique de la preuve », Cahiers du DRH, n°90, 2003, supplément.

Section 1 : L'intégrité des supports numériques

457.L'intégrité des supports numériques peut être entamée de deux manières différentes. En rendre compte nécessite de se référer à la définition de cette qualité dans le langage courant.

458.Tout d'abord, l'intégrité désigne « l'état d'une chose, d'un tout qui est entier, qui a toutes ses parties ». ¹²⁴³ Attribuée à un support, une telle qualité implique de ne pas porter atteinte à son caractère entier. Ainsi, lorsque les données qui y sont intégrées sont utilisées à titre de preuve, leur communication doit être intégrale. L'intégrité exclue donc le montage des supports qui n'aboutirait qu'à une communication partielle du contenu de ceux-ci. En effet, ce type de manipulation est susceptible de jeter un doute, par exemple, sur l'identification du salarié auquel une faute est imputée. De même, le sens de certains propos pourrait être déformé en cas de diffusion partielle de ceux-ci. Or, il est techniquement possible d'opérer pareille manipulation sur les supports technologiques et en particulier des supports numériques, sans que cela soit visible. Révéler une telle manœuvre permettrait ainsi de remettre en cause la fiabilité de l'identification du salarié. Il s'en suit que l'intégrité de ces supports repose sur l'absence de montage de ceux-ci afin de préserver l'intégralité de leur contenu, à savoir les informations qui y sont traitées. (**Paragraphe 2nd**)

459.L'intégrité d'un support d'information peut être remise en cause sous un autre angle également. Outre une communication intégrale du contenu, il convient de s'assurer que le support n'a pas fait l'objet d'*altérations*. En effet, l'intégrité se définit aussi comme « l'état de ce qui est sain, intact, qui n'a subi aucune altération, aucune atteinte ». ¹²⁴⁴ Or, les sources susceptibles d'altérer un support quel qu'il soit, sont multiples. Ainsi, ce dernier peut être altéré voire, détérioré à cause d'un accident tel qu'un incendie ou tout simplement en raison de son usure. Il va alors de soi qu'il ne sera pas utilisé comme élément de preuve. S'agissant des supports numériques en particulier, l'intégrité dont il peut être question en vue de démontrer des agissements fautifs imputables au salarié porte sur l'existence d'altérations frauduleuses. Tel pourrait être le cas par exemple, des courriels issus de la messagerie

¹²⁴³ V° « Intégrité », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, [http : //www.atilf.fr/tlfi](http://www.atilf.fr/tlfi), ATILF – CNRS & Université de Lorraine, 1^{er} sens.

¹²⁴⁴ V° « Intégrité », TLFi : Trésor de la langue Française informatisé, [http : //www.atilf.fr/tlfi](http://www.atilf.fr/tlfi), ATILF – CNRS & Université de Lorraine, 2^e sens.

professionnelle du salarié ou des fichiers informatiques présents sur l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur. En effet, ces supports sont davantage exposés à des altérations malveillantes. (**Paragraphe 1^{er}**)

Paragraphe 1 : Des supports exposés à des altérations malveillantes

460. En présence de ce type d'agissements, c'est à un tiers cherchant à pirater le système informatique de l'entreprise que l'on songe d'abord. Toutefois, rien n'empêche que pareilles actions émanent d'un collègue malveillant voire même, de l'employeur à travers son responsable informatique ou de son administrateur réseau qui lui est subordonné. Maître des dispositifs informatiques au sein de l'entreprise, un employeur malveillant pourrait plus facilement porter atteinte à l'intégrité d'un courrier électronique ou d'un fichier informatique sur l'ordinateur mis à la disposition du salarié. L'obligation d'assurer la sécurité des données à caractère personnel qui incombe à l'employeur en sa qualité de responsable du traitement a de surcroît, renforcé le contrôle qu'il exerce sur les supports numériques. En effet, pareille qualité l'oblige à prendre toutes mesures utiles au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement pour préserver la sécurité des données et notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès.¹²⁴⁵ Le règlement général de protection des données (dit RGPD) en vigueur depuis le 25 mai 2018 recommande par exemple de recourir à un code de conduite¹²⁴⁶ ou bien à un mécanisme de certification approuvé¹²⁴⁷ pour démontrer le respect des exigences de sécurité.¹²⁴⁸ Pour certaines hypothèses, celui-ci oblige même les responsables du traitement à mener une « analyse d'impact relative à la protection des données »¹²⁴⁹ au terme de laquelle

¹²⁴⁵ Art. 34 Loi informatique et libertés. Voir aussi l'article 32 §1 1 b) du règlement général sur la protection des données (dit RGPD) entré en vigueur depuis le 25 mai 2018. En effet, celui-ci oblige le responsable du traitement à mettre en place des moyens permettant de garantir l'intégrité des systèmes et des services de traitement

¹²⁴⁶ Art. 40 du RGPD.

¹²⁴⁷ Art. 42 du RGPD.

¹²⁴⁸ Art. 32 § 3 du RGPD.

¹²⁴⁹ Pareille évaluation doit être menée par exemple en cas de profilage c'est-à-dire, lors d'une évaluation systématique et approfondie, de manière automatisée d'aspects personnels des salariés produisant des effets juridiques à leur égard ou les affectant de manière significative. Il en va de même lorsque l'employeur traite à grande échelle des données sensibles ou perçues comme telles, à savoir les données de santé, celles relatives à l'appartenance syndicale ou les données biométriques. Enfin, pareille obligation peut s'appliquer aussi en cas de surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public. Art. 35 §3 du RGPD D'après les recommandations de la CNIL, l'analyse d'impact consiste à élaborer une cartographie des données personnelles collectées et traitées dans l'entreprise puis à repérer leurs sources de vulnérabilité et enfin à déterminer les mesures de sécurité adéquates.

des mesures de sécurité adéquates sont définies, y compris celles visant à empêcher leur altération. S'agissant en particulier des données enregistrées par des dispositifs licites de contrôle des salariés, la CNIL recommande de prendre plusieurs types de mesures de sécurité parmi lesquelles la mise en place d'habilitations pour les accès informatiques aux enregistrements de même qu'une journalisation des accès aux données et des opérations effectuées à des fins de traçabilité des actions sur le système informatique.

461. Toutefois, si ce type de mesures de protection des données à caractère personnel est susceptible de permettre aux responsables des traitements de prouver devant les CNIL nationales leur conformité aux exigences de sécurité prévues par le règlement européen, de telles mesures ne préjugent pas de l'absence d'altérations frauduleuses portées aux supports en aval du traitement des informations. Autrement dit, quelles que soient les mesures de sécurité prises en amont de la collecte des données à caractère personnel, rien n'empêche qu'en aval du traitement, les supports numériques fassent l'objet d'actions frauduleuses portant atteinte à leur intégrité. Plus avant, les exigences de sécurité recommandées par la CNIL ou prévues par le règlement européen n'instaurent pas de garde-fous contre les altérations émanant d'un employeur malveillant en sa qualité de responsable du traitement. Ainsi, le respect des différentes exigences de sécurité ne fait obstacle ni à de potentielles usurpations de l'identité du salarié (**A**) ni à d'autres procédés d'altération des supports numériques. (**B**)

A. L'usurpation de l'identité numérique du salarié

462. L'usurpation de l'identité peut se définir comme « une pratique par laquelle une personne utilise ou exploite sciemment les informations personnelles d'une autre personne à des fins illégales »¹²⁵⁰ Elle expose ainsi son auteur à des poursuites pénales ce qui est également le cas pour l'usurpation de l'identité numérique.¹²⁵¹ Par exemple, pareille

¹²⁵⁰ G. Hass, « L'identité usurpée sur internet : vide juridique », in Données personnelles : des données personnelles à l'identité numérique in colloque « Les rencontres annuelles du droit de l'internet 2008 », RLDI, mars 2009 cité par M. Teller « Les difficultés de l'identité numérique : quelle qualification juridique pour l'adresse IP ? », Dalloz, 2009, p. 1988.

¹²⁵¹ La loi dite « Loppsi 2 » du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure est venue consacrer l'infraction d'usurpation d'identité numérique en introduisant dans le Code pénal un nouvel article 226-4-1. Aux termes de l'alinéa premier de cet article, « le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an

usurpation de l'identité numérique du salarié peut prendre place dès lors qu'il est possible d'accéder à ses courriers électroniques.

463.Dès lors que le courriel produit à titre de preuve n'est pas signé à l'aide d'un procédé fiable d'identification c'est-à-dire, à l'aide d'un procédé soumis lui-même à des contraintes d'intégrité,¹²⁵² sa fiabilité peut prêter à discussion. Tel est le cas des courriels produits par l'employeur à titre de preuve de l'imputabilité d'une faute à un salarié. Ainsi face à ce type de preuve dont l'intégrité ne peut être présumée en l'absence de signature électronique sécurisée, le salarié peut contester plus aisément sa recevabilité. Cela ne veut pas dire que le courrier électronique n'est pas un mode de preuve valable. En effet, la Cour de cassation considère que dans un système de preuve libre les dispositions du code civil sur les écrits électroniques ne sont pas applicables au courrier électronique.¹²⁵³ En matière prud'homale où prévaut un tel système, le courrier électronique est donc valable mais il ne constitue qu'un indice laissé à l'appréciation du juge qui peut l'écarter si la partie adverse parvient à contester son authenticité ou son origine. A cet égard, le salarié destinataire d'une sanction en raison du contenu litigieux d'un courriel,¹²⁵⁴ pourrait invoquer l'usurpation de son identité numérique. Les sources de celle-ci peuvent être multiples. Par exemple, une telle usurpation peut provenir

d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ». L'alinéa second précise que « cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ».

¹²⁵² L'article 1367 al.2 du code civil précise que la fiabilité d'un tel procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. A cet égard, l'article 1^{er} du décret du 28 septembre 2017 exige que la signature électronique soit qualifiée. Pour ce faire, une telle signature doit être une signature avancée conforme aux exigences techniques posées par les articles 26 et 29 du règlement européen n°910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur. A la lecture des dispositions dudit règlement et en particulier de l'article 26, il en ressort qu'une signature électronique avancée doit satisfaire notamment à l'exigence d'être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable. Cela a encore été rappelé dans l'annexe II du règlement précité parmi les exigences applicables aux dispositifs de création de signature électronique qualifiés. Ainsi, ces derniers ne doivent pas modifier les données à signer. Or, de telles caractéristiques constituent bel et bien des contraintes d'intégrité.

¹²⁵³ Cass. Soc. 25 sept. 2013, n°11-25.884.

¹²⁵⁴ Par exemple, le fait pour un salarié d'utiliser la messagerie électronique que l'employeur met à sa disposition pour émettre, dans des conditions permettant d'identifier l'employeur, un courriel contenant des propos antisémites est nécessairement constitutif d'une faute grave. Cass. Soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269, Bull. civ., V n° 152. De même, l'utilisation de sa messagerie professionnelle pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique peut constituer une faute justifiant le licenciement du salarié. Cass. soc., 15 déc. 2010, 2 arrêts, n° 09-42.691 et 08-42.486 ; Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.654. Toutefois, la simple réception d'images à caractère érotique ou pornographique, sans qu'il soit démontré que le salarié les ait enregistrées sur son ordinateur professionnel, ne suffit pas à constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284 ; Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 08-43.258.

d'un collègue malveillant qui peut avoir utilisé le poste informatique du salarié à son insu alors qu'il était resté sous tension et qu'il ne s'était pas déconnecté de sa messagerie professionnelle. Cela étant dit, même dans l'hypothèse où son poste serait verrouillé par un mot de passe, il existe des techniques de forçage de celui-ci notamment par le biais d'un logiciel de « crack » facilement accessible.¹²⁵⁵ Ainsi, il n'est pas exclu que l'usurpation de l'identité numérique du salarié résulte d'une manipulation technique voire même qu'elle provienne d'un piratage. Compte tenu du fait que l'employeur a la mainmise sur les supports numériques et notamment, sur les dispositifs de cybersurveillance au sein de l'entreprise, il n'est pas inconcevable que le piratage émane de lui-même assisté de son responsable informatique. Indépendamment toutefois d'une telle hypothèse, il convient de souligner que l'usurpation de l'identité numérique du salarié par le piratage de sa messagerie professionnelle se trouve facilitée par l'altérabilité d'un certain nombre de procédés de cybersurveillance mis en place pour assurer la sécurité informatique. En effet, un intrus disposant de connaissances techniques avancées peut prendre le contrôle d'un procédé tel que le pare-feu dit encore « firewall »¹²⁵⁶ en utilisant par exemple « un cheval de Troie ».¹²⁵⁷ Le pirate aura alors la possibilité d'envoyer directement un courrier électronique où apparaîtrait sur l'en-tête, l'adresse IP du réseau local concerné, à savoir l'identifiant de l'ordinateur professionnel du salarié victime de l'attaque.¹²⁵⁸ Même si cette technique implique

¹²⁵⁵ E. Charton, *Hacker's guide* : éd. CampusPress, 2003, p. 175. L'auteur affirme qu'« absolument tous les mots de passe créés par des logiciels fonctionnant sous Windows mais aussi sur Mac et sur des ordinateurs sous Linux peuvent être décodés par un contre-logiciel de décryptage spécialisé : il suffit de le trouver sur Internet, et il est souvent gratuit ».

¹²⁵⁶ Il s'agit d'un ensemble de matériels et de logiciels qui sépare un réseau sécurisé ou interne d'un réseau public externe ou non sécurisé. Les firewall fonctionnent soit en filtrant le trafic, soit en servant de sas entre deux réseaux et peuvent être utilisés pour prévenir des accès extérieurs non sécurisés et pour protéger les systèmes internes d'accès indésirables. V. « Les routeurs coupe-feu/ « firewall », *Le Lamy droit du numérique (Guide)* 2005, p. 3650.

¹²⁵⁷ Ce type de virus, comme son nom l'indique, est introduit incidemment à l'insu de l'utilisateur. Il se présente sous la forme d'un fichier le plus souvent exécutable (.exe) ; fichier qui vient s'installer sur le disque dur et qui est programmé pour déterminer une configuration pour permettre au pirate de prendre le contrôle de la machine à distance. Le PC victime ouvre alors une porte vers l'internet, laquelle permet au pirate qui a programmé le « cheval de Troie » de se connecter vers ladite machine et d'y effectuer une multitude de transactions. V. « Le cas des chevaux de Troie », *Le Lamy droit du numérique (Guide)*, 2005, p. 3662.

¹²⁵⁸ L'adresse IP est l'identifiant d'une machine lorsque celle-ci se connecte sur internet. En effet, un numéro IP associé à un fournisseur d'accès correspond nécessairement à la connexion d'un ordinateur pour lequel une personne déterminée a souscrit un abonnement auprès de ce fournisseur d'accès. L'adresse IP constitue donc un élément permettant d'identifier l'auteur d'un email. Toutefois, en raison de son caractère altérable, pareil élément ne suffit pas à lui seul à prouver l'imputabilité d'un courriel électronique. M. Teller, art. cit., p. 1988 ; V. aussi J. Lasserre-Capdeville, « La présence d'une adresse IP n'est pas une preuve suffisante en matière de virement », *Daloz IP/IT* 2017, p. 661-662 ; du même auteur « Les problèmes liés à l'adresse IP en matière bancaire », *Daloz IP/IT* 2017, p. 219-221.

l'identification et l'exploitation d'une faille de sécurité dans le logiciel du pare-feu, cela ne constitue pas une difficulté insurmontable pour un cheval de Troie de dernière génération.¹²⁵⁹ Outre l'usage d'un tel virus, notons qu'un pirate peut également utiliser la technique du "spoofing" qui consiste « à simuler au moyen d'un logiciel une connexion depuis une adresse IP qui ne correspond pas réellement à celle depuis laquelle on émet un message électronique ». ¹²⁶⁰ En d'autres termes, une telle technique permet « d'usurper l'apparence de l'adresse IP d'autrui sans avoir à pénétrer son réseau mais simplement en modifiant l'apparence de son propre identifiant ». ¹²⁶¹

464. Néanmoins, en cas de soupçons de piratage de la messagerie professionnelle du salarié, la preuve de pareille attaque s'avère délicate à opérer sans l'intervention d'un expert. En effet, eu égard à la complexité des manipulations techniques qu'implique le piratage d'un ordinateur, invoquer un tel acte en justice nécessite de recourir à une expertise informatique. Pareille assistance peut s'avérer d'autant plus nécessaire qu'en raison des techniques de piratages de plus en plus performantes, certaines intrusions dans un système informatique pourraient ne pas être traçables.¹²⁶² Devant un potentiel camouflage du piratage, il appartient alors au juge assisté d'un expert judiciaire en informatique de vérifier si techniquement un pirate s'est introduit dans le système informatique de l'émetteur supposé du courriel et dans la négative, si un pirate aurait pu, en toute vraisemblance, prendre le contrôle de ce poste sans laisser de trace informatique.¹²⁶³ L'enjeu pour le salarié est de convaincre le juge d'une potentielle usurpation. L'expertise technique étant indispensable dans un tel cas de figure, cela pourrait expliquer que pour l'heure, il n'y ait pas de contentieux sur ce sujet en matière prud'homale.

B. Les autres procédés d'altération

465. En dehors de toute usurpation d'identité numérique, les éléments collectés grâce aux technologies de communication et d'information peuvent aussi faire l'objet d'autres procédés

¹²⁵⁹ En ce sens, v. F. Bitan, JCL Communication Fasc 4740 « Courrier électronique ».

¹²⁶⁰ Ibid.

¹²⁶¹ E. Netter, « Réflexions sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 89, 1^{er} janv. 2013.

¹²⁶² E. Charton, op. cit., n° 143, chap. 11, « La dissimulation de ses propres traces », p. 209. L'auteur décrit « certaines techniques de camouflage » permettant à un pirate de commettre des méfaits sur l'Internet de façon anonyme.

d'altérations.¹²⁶⁴ Cela peut concerner à la fois les données numériques formant le contenu d'un message comme les données de connexion c'est-à-dire, les données techniques telles que l'adresse IP qui permettent également d'identifier l'internaute et de retracer ses actions sur la Toile. De même, des manipulations peuvent être également effectuées sur le disque dur du salarié.

466. S'agissant des données numériques dans un courriel, celles-ci peuvent être facilement modifiées. Ainsi, elles peuvent être manipulées par le destinataire d'un courriel émis par le salarié. Puis, ce même destinataire peut simplement le transférer à l'employeur après en avoir modifié le contenu afin de nuire à son émetteur. Cependant, il convient là encore pour le salarié victime de convaincre les juges du fond qu'il existe un doute sur l'intégrité des données contenues dans le courriel et partant, qu'il existe un doute sur le fait qu'elles lui sont imputables. S'il y parvient, la preuve d'une faute grave invoquée à son encontre sera rejetée et in fine c'est la sanction disciplinaire qui sera remise en cause. En effet, il a déjà été jugé que si l'utilisation d'une messagerie électronique laisse certaines traces fiables, les faits reprochés au salarié « ne sont pas établis dès lors qu'un doute subsiste sur l'imputabilité de l'envoi du courriel électronique. »¹²⁶⁵ En ce sens, l'auteur présumé du courriel peut faire valoir que celui-ci ne peut être retrouvé dans sa boîte d'envoi. C'est ainsi que la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt rendu le 23 septembre 2009 par la cour d'appel de Montpellier aux termes duquel les courriels n'étaient pas probants dans la mesure où ils n'apparaissaient pas dans la boîte aux lettres de l'émetteur supposé (le supérieur hiérarchique), que le salarié ne s'expliquait pas sur les conditions dans lesquelles ils les avait obtenus et qu'il était possible de « modifier un mail existant ou de créer de toutes pièces un mail antidaté ».¹²⁶⁶ De même, un doute sur l'altération d'un courriel peut naître lorsque son cheminement informatique n'est pas clairement explicité. C'est ce qui ressort d'un arrêt de rejet rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 24 juin 2009. En l'espèce, l'employeur, auteur du pourvoi, contestait l'absence de valeur probante accordée par les juges du fond à un courriel produit au soutien d'un licenciement pour faute. Or, toute en rappelant le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond de la valeur probante d'un élément, la Haute juridiction relève que le courriel a été « recueilli dans des circonstances

¹²⁶³ F. Bitan, JCL Communication Fasc 4740 « Courrier électronique ».

¹²⁶⁴ H. Croze, « Informatique, preuve et sécurité », D. 1987, chron. p. 165.

¹²⁶⁵ CA Paris, 9 nov. 2005, n° 04-36.631.

impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'est pas clairement explicité [ce qui ne permettait pas] l'identification de son auteur. »¹²⁶⁷

467. Ces observations valent également pour les données de connexion enregistrées par des procédés de cybersurveillance¹²⁶⁸ parmi lesquels figurent le firewall,¹²⁶⁹ les serveurs « proxy »¹²⁷⁰ ou la mémoire cache.¹²⁷¹ Ce sont des systèmes de journalisation destinés à identifier et enregistrer toutes les connexions ou tentatives de connexion à un système automatisé d'informations. En principe ces procédés ne sont pas présentés comme des moyens de contrôle individuel ou nominatif sauf quand ils sont associés à des logiciels d'analyse permettant de collecter des informations individuelles poste par poste.¹²⁷² Toutefois même lorsqu'ils ne sont pas associés à des logiciels d'analyse, rien n'interdit au responsable du traitement automatisé d'opposer les informations enregistrées via ces procédés à un salarié qui n'aurait pas, d'après lui, respecté les conditions d'accès et d'usage du réseau ou de l'ordinateur professionnel. En effet, les données de connexion peuvent être utilisées pour prouver qu'un salarié abuse de la liberté qui lui est laissée d'utiliser l'outil informatique à titre personnel.¹²⁷³ La condition en est que les procédés de cybersurveillance précités soient

¹²⁶⁶ Cass. Soc., 22 mars 2011, n° 09-43.307, inédit.

¹²⁶⁷ Cass. Soc., 24 juin 2009, n° 08-41.087, inédit.

¹²⁶⁸ La cybersurveillance désigne l'ensemble des contrôles effectués avec les ordinateurs, logiciels, messageries et lors des connexions ou des transferts de données. Elle assure un traçage complet et permanent des actions du salarié sur la Toile, à savoir un traçage de toutes les données diffusées, reçues et consultées par le salarié sur Internet. Il s'agit même là de la caractéristique principale de la cybersurveillance puisque chacune des actions du salarié sur l'ordinateur telle que l'ouverture ou la fermeture d'une session, l'utilisation de la messagerie, la saisie, la connexion et la navigation sur un réseau, laisse des indications relatives à la chronologie, à la nature et à la durée des opérations effectuées, de même que des informations relatives aux données traitées et échangées, aux sites et adresses visitées. « Cyberpreuve et consultation du CE : l'e-preuve à l'épreuve », Les cahiers du DRH, n°23, 1^{er} janv. 2004.

¹²⁶⁹ V. supra, n°. Le pare-feu ou firewall peut également analyser la fréquence et la taille des fichiers joints. De même, il peut archiver et conserver les courriers électroniques. P. Sirinelli et C. Gavaldà, ss. la dir Lamy Droit des médias et de la communication, Classeur Lamy, édition 2000, lexique V° « firewall », p.23.

¹²⁷⁰ Les serveurs « Proxy » permettent de retracer les connexions à Internet de l'ensemble des utilisateurs. Ils mémorisent les pages consultées sur Internet afin de permettre un accès plus rapide au site lors de la recherche d'une page déjà visitée. C. Béguin, art. cit.

¹²⁷¹ Une mémoire cache ou antémémoire est, en informatique une mémoire qui enregistre temporairement des copies de données provenant d'une source, afin de diminuer le temps d'un accès ultérieur (en lecture) d'un matériel informatique (en général, un processeur) à ces données. V° « Antémémoire », « Lexique relatif au vocabulaire informatique et à la terminologie des télécommunications et du réseau internet », Le Lamy droit du numérique.

¹²⁷² La cybersurveillance sur les lieux de travail, rapport présenté par H. Bouchet, adopté par la CNIL 5 fév. 2002, p. 11 et p. 18.

¹²⁷³ En revanche, si c'est l'exercice d'une activité concurrente qu'il entend démontrer, la seule production en

fiables. Or, la fiabilité de ces dispositifs dépend en grande partie de leur intégrité et plus précisément, d'une absence de manipulation de ceux-ci.¹²⁷⁴ Toutefois, il s'avère que pareille intégrité est loin d'être acquise pour ces procédés qui sont susceptibles d'être aisément altérés par des actes de malveillance ou de piratage. Par exemple, un employeur malveillant pourrait à travers son administrateur réseau qui lui est subordonné, altérer ces données de connexion sans laisser de traces. Cependant de telles manipulations demeurent difficiles à prouver pour le salarié, ce qui peut contribuer à expliquer là encore l'absence de contentieux en matière prud'homale sur cette problématique.

468. Enfin, il convient de souligner que le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié est particulièrement vulnérable à des altérations malveillantes de la part de l'employeur qui en a la maîtrise. Là encore, le salarié souhaitant remettre en cause l'intégrité du support de la preuve doit apporter des éléments permettant de faire naître le doute dans l'esprit des juges. Ainsi, a été rejetée une preuve obtenue sur un disque dur car « la société qui s'en prévalait n'avait pas fait placer [ce dernier] sous scellés alors que celui-ci pouvait être manipulé sans difficulté entre la date des faits et celle des débats. »¹²⁷⁵ En l'espèce, un salarié avait été licencié pour faute grave parce que, selon son employeur, il utilisait fréquemment les moyens de communication informatiques mis à disposition par l'entreprise à des fins inacceptables à savoir, pour télécharger des fichiers, des textes et des images couvrant des pratiques pornographiques. A titre de preuve, l'employeur avait produit un disque présenté comme étant celui sur lequel travaillait le salarié. Compte tenu du fait que le disque n'avait pas été placé sous scellés et que les photos également présentées comme des preuves, étaient soit non datées, soit postdatées, les juges ont décidé que ces éléments n'étaient pas fiables et que par conséquent, le licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse.

469. Compte tenu de l'altérabilité des supports numériques et en particulier du courrier électronique, il en ressort que leur force probante dépend d'un faisceau d'indices.¹²⁷⁶ Ainsi par exemple, l'identité de l'émetteur d'un courrier électronique peut être prouvée de manière

justice des données de connexion s'avère insuffisante. Dans ce cas, c'est le contenu des informations échangées entre le salarié et les tiers qui paraît plus pertinent à produire en justice.

¹²⁷⁴ CA Rouen, 14 mai 1996, LPA 1998, n° 90, p. 24 et Cons Prud'hommes Nanterre 16 juill. 1999, GP 21 et 23 janv. 2000, p. 29.

¹²⁷⁵ Cons. prud'h. Nanterre, 16 juill. 1999, M.R. c/ SA Compagnie IBM France : GP 2001, 1, jurispr. p. 31, note J. Bérenguer-Guillon et L. Guignot.

plus fiable par des indices collectés à plusieurs niveaux. Ceux-ci peuvent être recueillis dans le poste informatique de l'émetteur supposé, tel le réseau local dans lequel s'inscrit celui-ci via les données de connexion enregistrées, dans le pare-feu ou bien dans le poste informatique du destinataire voire encore, auprès de l'hébergeur du courrier électronique ou du fournisseur d'accès à Internet de l'émetteur supposé. De telles investigations techniques impliquent toutefois de faire appel à des tiers de confiance. Une ordonnance sur requête délivrée par le président du tribunal de grande instance compétent en vertu des articles 493 à 498 du code de procédure civile ainsi que la présence d'un huissier assisté, le cas échéant, par un expert en informatique lors des investigations seront autant de garanties de la fiabilité technique des éléments collectés et de leur recevabilité juridique.¹²⁷⁷ Par ailleurs, outre ces indices techniques, d'autres éléments notamment des attestations, pourront être également produits. Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel "répondant aux conclusions et analysant l'ensemble des éléments de preuve soumis à son appréciation, et notamment l'historique des envois électroniques de la société et plusieurs attestations, a constaté qu'il était établi que M. X (le salarié) était bien l'auteur du courriel incriminé".¹²⁷⁸ A défaut de pouvoir démontrer aisément l'absence d'intégrité ou l'altérabilité d'un support numérique, le salarié peut donc toujours remettre en cause le caractère suffisamment probant d'un tel mode de preuve qui ne serait pas corroboré par d'autres éléments.

Cela étant dit, un autre débat sur l'intégrité peut naître compte tenu du fait que les supports technologiques se prêtent techniquement à des opérations de montage. L'intégrité impliquant en effet l'intégralité, les informations produites à titre de preuve ne sauraient être partielles.

Paragraphe 2 : *Des supports propices à des montages portant atteinte à l'intégralité des informations*

470. La fiabilité d'un élément de preuve peut être également remise en cause en cas de montage de son support puisque dans cette hypothèse il y a un risque que les informations ne soient pas complètes. Or, lorsque les informations sont traitées par des supports technologiques, pareil risque n'est pas à écarter. En effet, de tels supports se prêtent plus aisément que d'autres à des montages et à des trucages de nature à altérer le jugement sur la

¹²⁷⁶ F. Bitan, JCL Communication Fasc 4740 « Courrier électronique ».

¹²⁷⁷ P.-Y. Gautier, « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la "vie privée" des salariés » D. 2001, p. 3148.

réalité d'un fait allégué. Il en est ainsi du courriel dont le contenu peut être non seulement modifié, mais également supprimé. C'est pour cette raison que dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles, les juges ont rejeté le courriel d'une cliente produit à titre de preuve justifiant le licenciement d'une conseillère commerciale. Reprenant les observations du Conseil de Prud'hommes, les juges d'appel relèvent en l'espèce que le courriel sur lequel se fondait l'employeur était tronqué. A défaut donc de communication de l'intégralité du courriel de la cliente, celui-ci n'est pas suffisamment probant pour établir le grief allégué en l'espèce, à savoir le recours à une technique de vente forcée.¹²⁷⁹

Outre le courriel, les supports vidéo se prêtent également à des manipulations de ce genre. Les montages ainsi que le choix de l'angle de prise de vue sont de nature à véhiculer une image à la fois partielle et partielle de la réalité.¹²⁸⁰ C'est ce qui ressort d'un arrêt commenté de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui considère que « compte tenu des possibilités de montage et de trucage qu'offre l'évolution des techniques, ce document ne présente pas des garanties suffisantes d'authenticité, concernant tant sa date que son contenu, pour qu'il puisse être considéré comme probant. »¹²⁸¹ Plus récemment, la cour d'appel de Lyon a rejeté une bande de vidéosurveillance censée prouver qu'un salarié employé comme barman volait dans la caisse. Communiquée d'abord à un huissier de justice pour établir un procès-verbal puis aux juges, ladite bande vidéo a été rejetée au motif notamment que l'huissier n'avait consulté que « de très courts extraits » fournis par l'employeur. Or, ces extraits ne permettaient pas « de connaître chronologiquement le déroulé intégral de la soirée, des périodes allant de plusieurs secondes à plusieurs minutes séparant les séquences qui n'ont ainsi pu être visionnées par l'huissier. » Les juges d'appel en ont conclu que la bande vidéo avait été manipulée par l'employeur¹²⁸² et que le constat d'huissier était donc dénué de force probante, avant de déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, il convient de souligner que l'absence de communication intégrale d'une bande vidéo permet d'innocenter

¹²⁷⁸ Cass. Soc., 2 juin 2004, n° 03-45.269.

¹²⁷⁹ CA Versailles, 31 mai 2016 n° 15/02352.

¹²⁸⁰ M. Grévy, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? » Dr. soc. 1995, p.329.

¹²⁸¹ CA Aix-en-Provence, 4 janv. 1994, *Bulletin d'Aix*, extraits 1993-1994, p. 118 note J. Colonna ; M. Grévy, art. cit.

¹²⁸² CA Lyon 16 juin 2017, n° 15/02387. Par ailleurs le dispositif de vidéosurveillance n'avait pas été déclaré à la CNIL. D'où un manque de loyauté de la preuve qui ne saurait être opposable au salarié.

un salarié devant le juge pénal.¹²⁸³

471.L'appréciation de la fiabilité des supports technologiques à la lumière de leur intégrité a permis de rendre compte de leur vulnérabilité. Perméables à des usurpations et à d'autres modes d'altérations tels des montages, les supports technologiques, en particulier numériques, ne sont pas des modes de preuve parfaits. C'est ce qui explique que les juges se montrent en général circonspects face aux éléments de preuve incorporés à ce type de supports. Partant, les informations qui y sont inscrites ne suffisent pas en elles-mêmes à emporter leur conviction. Les supports numériques ne constituent donc que des indices de l'existence d'une faute imputable au salarié qui en tant que tels, nécessitent d'être corroborés par d'autres éléments c'est-à-dire, par un faisceau d'indices.

Même si l'intégrité des supports technologiques était garantie, cela ne signifierait pas pour autant que leur contenu soit exact. En effet, les données consignées sur un support a priori intègre doivent aussi permettre à l'employeur d'énoncer des inférences avec un degré suffisant d'exactitude. Or, cela dépend de la validité des données. Pareille validité peut dépendre de plusieurs facteurs déjà étudiés. Par exemple, elle peut provenir de l'usage d'un savoir reconnu ou bien du recours à des tiers dont les déclarations ou les écrits sont revêtus d'une autorité suffisante.¹²⁸⁴ S'agissant de la validité des données incorporées aux supports technologiques, celle-ci ne dépend pas tant des savoirs utilisés que de la qualité des technologies de traitement de celles-ci.

Section 2 : La qualité des données incorporées aux supports technologiques

472.Parmi les technologies de contrôle et de surveillance des salariés à l'origine d'informations susceptibles d'être utilisées pour leur imputer des faits fautifs, deux types de dispositifs méritent d'être nettement distingués.

Le premier type de dispositifs regroupe les technologies de l'information et de la communication. (TIC) Il s'agit des systèmes de vidéosurveillance, de géolocalisation ou

¹²⁸³ CA Paris, 13^e ch. Corr. B, 12 mai 1999, Dr. ouvr. 1999, p. 461, note M. Richevaux. En l'espèce, une salariée accusée de vol devant le juge pénal a été innocentée compte tenu du fait qu'il manquait 10 minutes dans la bande de vidéosurveillance.

¹²⁸⁴ Cf. supra n° 276 s. et n° 379 s.

encore des dispositifs d'écoutes téléphoniques. Contribuant à identifier les salariés individuellement, ces technologies doivent être suffisamment performantes pour réaliser un enregistrement de qualité. **(Paragraphe 1^{er})**

Outre ces dispositifs, l'employeur peut également utiliser un second type de technologies pour contrôler les salariés. Il s'agit des tests de dépistage de la consommation de certaines substances prohibées en entreprise à savoir l'alcool et certaines drogues comme le cannabis. Les données inscrites sur ces supports se différencient de celles traitées par les technologies de l'information et de la communication puisqu'il s'agit, à tout le moins, de données à caractère personnel sensibles.¹²⁸⁵ Plus intrusifs que les technologies de l'information et de la communication, les tests de dépistage tels les éthylotests et les tests salivaires, sont des actes de biologie que l'employeur est pourtant autorisé à pratiquer sous certaines conditions.¹²⁸⁶ Même si le caractère non médical de ces tests a été affirmé par la jurisprudence, il n'en demeure pas moins que leur réalisation par l'employeur est discutable dès lors que la bonne compréhension des résultats du dépistage requiert une interprétation médicale.¹²⁸⁷ Compte tenu du fait que l'employeur peut également sanctionner immédiatement le salarié en cas de résultat positif, la question de la fiabilité des résultats du dépistage est essentielle. Or, celle-ci dépend de la validité scientifique des tests utilisés, validité qui peut être sujette à caution. **(Paragraphe 2nd)**

¹²⁸⁵ Pour rappel, une donnée à caractère personnel correspond à « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. » Art. 2 de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. Il résulte de cette définition une grande diversité de données à caractère personnel susceptibles d'être collectées par l'employeur. Dans un guide destiné à aider les responsables du traitement des données à respecter les exigences légales et réglementaires, la CNIL propose de distinguer trois types de données à caractère personnel. Il s'agit des données courantes, des données perçues comme sensibles et des données sensibles au sens de la loi du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés. Les données courantes recouvrent les données relatives à la vie professionnelle (CV, comptes-rendus d'évaluation), les données de connexions (adresse IP, journaux d'événements) ou encore les données de localisation (déplacements, données GPS, GSM...). Parmi les données perçues comme sensibles figurent les données biométriques. Quant aux données sensibles au sens de la loi informatique et libertés de 1978, celles-ci correspondent à certains critères de discrimination prohibés sur lesquelles l'employeur ne peut fonder un acte de pouvoir comme par exemple, les données de santé, les opinions religieuses, politiques et syndicales, la vie sexuelle, les origines raciales ou ethniques. V. CNIL, *Analyse d'impact relative à la protection des données. Les bases de connaissances. Privacy Impact Assessment (PIA)*, éd. fév. 2018

¹²⁸⁶ V. infra, n°

¹²⁸⁷ V. infra, n°

Paragraphe 1 : La qualité des enregistrements

473. Les technologies d'enregistrement peuvent être regroupées en trois catégories, à savoir celles qui enregistrent l'image, la voix et la trace du salarié.¹²⁸⁸ Si ces technologies sont mises en place par l'employeur à des fins disciplinaires, celui-ci doit s'assurer que les enregistrements réalisés sont de bonne qualité de telle sorte que l'identification du salarié soit fiable. Dans le cas contraire, il peut être engagé devant les juges du fond un débat sur la qualité des enregistrements. Une telle discussion peut porter par exemple, sur la qualité des images issues de la vidéosurveillance, (A) comme sur celle de l'enregistrement vocal issu des écoutes téléphoniques (B) ou encore sur la qualité de l'enregistrement de la trace issue de la géolocalisation.¹²⁸⁹ (C)

A. La qualité des images issues de la vidéosurveillance

474. L'employeur qui souhaite prouver un agissement fautif du salarié par les images issues d'un système de vidéosurveillance licite, a tout intérêt à ce que celles-ci soient de bonne qualité.¹²⁹⁰ Si cette dernière dépend de leur horodatage permettant de confirmer les données temporelles auxquelles l'employeur se réfère pour situer les agissements fautifs du salarié,¹²⁹¹ la bonne qualité des images ressort surtout d'une identification fiable de celui-ci. A l'instar de la preuve pénale où la preuve vidéo doit également permettre d'identifier les prévenus,¹²⁹² une telle identification du salarié dont les agissements sont qualifiés de fautifs, apparaît fondamentale. Comme le rappelle un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 16 juin 2017 concernant un licenciement pour faute grave « c'est à l'employeur qu'il appartient de démontrer le bien-fondé de chacun des reproches, en précisant pour chacun d'eux suffisamment d'éléments pour pouvoir en permettre l'identification et la discussion contradictoire par les parties. ».¹²⁹³ A défaut, si l'image est de mauvaise qualité, la preuve

¹²⁸⁸ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, op. cit. p. 634 s.

¹²⁸⁹ La question de la fiabilité de ces technologies suppose néanmoins que ces procédés de surveillance et de contrôle des salariés soient licites. Sur cette question, v. infra,

¹²⁹⁰ Sur les conditions de licéité du système de vidéosurveillance, v. infra,

¹²⁹¹ Pour une illustration, v. CA Reims 2 déc. 2009 n°08/02883. En l'espèce il est jugé que « les clichés photographiques produits ne sont pas horodatés et ne peuvent suffire à établir que [le salarié] a dépassé pour la journée (...) le temps global de pause réglementaire. »

¹²⁹² La question de l'identification des prévenus par la preuve vidéo a été soulevée dans une affaire ayant donné lieu à Cass. Crim 26 juin 2013, n° 12-82.860. (Cassation) En l'espèce, la Haute juridiction reproche aux juges de la cour d'appel d'avoir conclu à la mauvaise qualité de la preuve vidéo sans s'être expliquée sur l'identification des prévenus.

¹²⁹³ CA Lyon 16 juin 2017, n° 15/02387.

issue de la vidéosurveillance ne sera pas jugée fiable.¹²⁹⁴ En effet, si la liberté de la preuve en matière prud'homale rend la preuve vidéo recevable, il appartient au juge d'en apprécier la fiabilité. Or, une image sera considérée de médiocre qualité si par exemple, elle offre une vision en noir et blanc ou que la lecture de la bande vidéo est saccadée.¹²⁹⁵

475. Toutefois, il apparaît qu'une image vidéo même de bonne qualité, n'est pas suffisante en soi pour emporter la conviction des juges sur la caractérisation d'une faute imputable au salarié. En effet, certains arrêts font ressortir une confrontation de la preuve vidéo avec d'autres éléments de preuve comme les attestations émanant de témoins visuels. Il en est ainsi dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Douai du 29 avril 2016. En l'espèce, les juges observent que la vidéosurveillance est de bonne qualité mais que l'identification du salarié accusé d'avoir lancé des projectiles dans l'atelier en direction de ses collègues avant de se dissimuler, résulte de « témoignages concordants circonstanciés et conformes à l'extrait de vidéosurveillance » émanant de plusieurs salariés de l'entreprise, lesquels témoignages « corroborent les déclarations recueillies par l'huissier de justice sur place. »¹²⁹⁶

476. L'insuffisance de la capture d'images ou des extraits de vidéosurveillance pour emporter la conviction des juges pourrait s'expliquer par deux facteurs. Tout d'abord, cela peut s'expliquer par la grande sensibilité de l'instrument dont la performance nécessite de prendre un certain nombre de précautions. En effet, la performance de la caméra dépend de son environnement comme de ses capacités de transmission et d'enregistrement des images qui peuvent être limitées. Or une image de qualité est lourde et requiert de ce fait, des caméras particulièrement performantes dotées d'une grande capacité de transmission et d'enregistrement.¹²⁹⁷ Un arrêté du 3 août 2007 pose ainsi un certain nombre d'exigences techniques permettant de rendre plus fiable la vidéosurveillance.¹²⁹⁸ Toutefois, cet arrêté est

¹²⁹⁴ « Seules sont produites devant la Cour quelques captures d'images issues de cette vidéosurveillance. Toutefois leur mauvaise qualité ne permet d'identifier ni les personnes filmées, ni ce qu'elles transportent. » CA Besançon 27 mai 2016 n° 15/00385 ; v. aussi CA Aix-en-Provence 1^{er} mars 2018 n°16/00075. En l'espèce, les juges observent que l'identification du sujet de la vidéo est impossible.

¹²⁹⁵ Cass. crim. 6 avril 2004, n° 03-82.800.

¹²⁹⁶ CA Douai 29 avril 2016, n° 15/01009. V. aussi CA Nancy 20 déc. 2017 n° 16/02348.

¹²⁹⁷ « De la surveillance vidéo à la vidéo protection », Sécurité et stratégie 2009/1 (1), p. 20-24.

¹²⁹⁸ Arrêté du 3 août 2007 portant définition des normes techniques des systèmes de vidéosurveillance (rectificatif) NOR : IOCD0762353Z.

destiné uniquement aux équipements de vidéosurveillance installés dans les lieux publics.¹²⁹⁹ Par conséquent, l'employeur souhaitant installer un dispositif de vidéosurveillance n'est pas tenu de s'y conformer sauf si le lieu de travail est ouvert au public. Ensuite, l'insuffisance des images enregistrées à convaincre, à elles seules, de la réalité d'un fait allégué peut s'expliquer par les possibilités techniques de montage. En effet, un tel montage peut être présumé en l'absence de contrôle extérieur dans la réalisation de la vidéo. Or, cela peut jeter le doute sur l'existence d'une manipulation des images produites à titre de preuve et in fine sur leur fiabilité.¹³⁰⁰

B. La qualité de l'enregistrement vocal

477. Sous réserve d'être licites, les dispositifs d'écoute téléphonique du salarié peuvent également constituer des supports probatoires à même d'établir que la faute alléguée par l'employeur a un fondement objectif. De même, elles peuvent donner lieu à la rédaction de comptes rendus ou de grilles d'analyse, recevables en justice, à des fins d'évaluation du salarié. Dans l'hypothèse où ce type de preuve est recevable car licite, c'est encore la question de sa fiabilité qui se pose. A l'instar des images enregistrées par la vidéosurveillance, l'un des enjeux est d'identifier de manière fiable le salarié auquel un agissement fautif est imputé. En l'occurrence, il s'agit d'identifier sa voix. Si l'employeur présente un enregistrement sonore comme preuve au soutien d'une sanction disciplinaire, il importe alors de justifier du procédé d'identification de la voix du salarié. Pareille identification ne peut toutefois résulter d'une simple description d'un fichier audio faite par un huissier de justice dans son constat.¹³⁰¹ Il convient de produire devant les juges les moyens techniques d'identification du salarié. Or, justifier de l'identification d'une personne par sa voix peut s'avérer complexe et nécessiter de recourir à des experts, comme en matière pénale afin d'identifier l'auteur d'un crime ou d'un délit. En effet, contrairement à une empreinte digitale ou à un profil génétique qui présentent des caractéristiques fixes, la voix d'une personne est sujette à une immense

¹²⁹⁹ Il s'agit des systèmes de vidéosurveillance soumis au régime juridique de la loi du 21 janvier 1995. Sont en particulier concernés les dispositifs mis en place par une personne morale de droit privé dans les lieux ouverts au public particulièrement exposés aux risques d'agression et de vol ou lorsqu'ils sont susceptibles d'être exposés à un risque terroriste. Aux termes de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995, les systèmes doivent être conformes aux prescriptions de l'arrêté technique dans un délai de deux ans après sa publication. L'arrêté du 3 août 2007 ayant été publié du 21 au 25 août 2007, les dispositifs doivent s'y conformer depuis le 26 août 2009.

¹³⁰⁰ Pour une illustration en matière civile, v. CA Colmar 12 novembre 2012, n° 11/04139. Cet aspect-là du défaut de fiabilité se rattache plutôt à un manque d'intégrité du support. V. supra, p.

¹³⁰¹ CA Paris 13 décembre 2016 n° 16/04233.

gamme de variations. Elle peut varier en fonction de nombreux facteurs inhérents au locuteur. Par exemple, la voix change avec la fatigue, la maladie, la rapidité et la force du discours ou encore par la volonté du locuteur de déguiser sa voix. A ces facteurs internes, s'ajoutent des facteurs externes liés aux conditions d'enregistrement de la voix qui rendent l'identification vocale encore plus difficile même pour des experts. Par exemple, la voix peut être plus ou moins perturbée par les bruits de fond, par le type mais surtout par la qualité des enregistrements. Tout cela fait que malgré des progrès techniques considérables en modélisation de la parole, il demeure encore impossible à l'heure actuelle d'identifier avec certitude une voix.¹³⁰² C'est ce qui explique d'ailleurs que dans la plupart des cas étudiés, les preuves par enregistrement de la voix ne suffisent pas à elles seules à convaincre les juges en matière prud'homale comme en matière pénale. C'est ainsi qu'une salariée employée d'une banque et accusée d'avoir commis un vol par son employeur a été disculpée par le juge pénal notamment en raison de « la qualité médiocre des enregistrements [sonores] rendant difficile leur exploitation par les deux experts successifs » ainsi qu'en raison de « la brièveté et la rareté des échanges verbaux en définitive extraits et retranscrits ».¹³⁰³ Comme en l'espèce aucun élément matériel autre que ces enregistrements sonores n'avait été avancé au soutien de la culpabilité de la salariée, les juges n'étaient pas en mesure d'avoir une « conviction quant à la culpabilité de [la salariée] sur sa participation volontaire ou forcée au vol (...)».

478. Toutefois, il est des cas dans lesquels l'identification vocale du salarié pose moins de difficultés. Il en est ainsi en particulier, lorsque l'employeur a installé un système d'identification du salarié qui utilise le téléphone pour répondre aux appels des clients. C'est ainsi que l'identification vocale d'une téléconseillère n'a pas posé de problèmes compte tenu du fait que l'employeur avait installé un « système dit « Login » permettant aux téléconseillers de se connecter sur le système de la société (...), et qui permet également leur identification ».¹³⁰⁴ En outre, la preuve par l'enregistrement vocal et la fiche de suivi des appels a été corroborée en l'espèce, par une attestation émanant d'une autre salariée. C'est donc en vain que la salariée licenciée pour faute grave prétendait en l'espèce ne pas être à l'origine de la plainte d'une cliente.

¹³⁰² www.inria.fr

¹³⁰³ CA Montpellier 6 mai 2010, n° 09/01352.

¹³⁰⁴ CA Paris 13 nov. 2007 n° 06/06746.

C. La qualité de l'enregistrement de la trace issue de la géolocalisation

479.La géolocalisation est une technique permettant de connaître, à un instant donné ou de manière continue, la position géographique d'une personne. Deux techniques de géolocalisation coexistent. La première utilise le GPS (Global Positioning System), système permettant de repérer par satellite une balise émettrice qui peut être placée sur un véhicule, dans un téléphone portable, une tablette tactile ou même dans un badge. L'autre technique consiste à croiser les informations fournies par plusieurs antennes de téléphonie mobile pour identifier la position d'un téléphone portable. Cette procédure, également appelée « bornage » ou « triangulation » nécessite d'avoir recours à l'opérateur de téléphonie mobile de l'abonné, pour qu'il transmette les données géographiques.¹³⁰⁵ La géolocalisation permet ainsi de recueillir des données sur les déplacements effectués par le salarié mais pas seulement. Elle permet également de traiter d'autres données à caractère personnel telles que celles relatives à l'identification du salarié (nom, prénom, coordonnées professionnelles, matricule interne, numéro de plaque d'immatriculation du véhicule), à l'utilisation du véhicule (vitesse de circulation du véhicule, nombre de kilomètres parcourus, durées d'utilisation du véhicule, temps de conduite, nombre d'arrêts) ainsi qu'à la date et à l'heure d'activation et de désactivation du dispositif de géolocalisation pendant le temps de travail.¹³⁰⁶

480.Compte tenu des atteintes portées par un tel système de surveillance à la liberté d'aller et venir ainsi qu'au droit au respect de la vie privée, son usage est soumis à des conditions de licéité très strictes.¹³⁰⁷ Si toutefois la géolocalisation y satisfait, l'employeur peut recourir à ce système pour contrôler les déplacements du salarié. Eu égard au caractère intrusif de la géolocalisation, son usage pour le décompte du temps de travail accompli demeure néanmoins accessoire si l'employeur ne peut mettre en œuvre d'autres moyens de contrôle. Ainsi, dès lors qu'il n'existe pas d'autres dispositifs de décompte du temps de travail accompli, la mise en œuvre d'un contrôle par la géolocalisation est susceptible d'aboutir à des sanctions disciplinaires. En effet, ce système donne lieu à des relevés susceptibles d'être utilisés par l'employeur à titre de preuve d'une faute imputable au salarié comme des retards, des absences ou un usage abusif du véhicule professionnel. D'où l'importance accrue de s'assurer

¹³⁰⁵ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, op. cit, p. 663.

¹³⁰⁶ Article 3 de la délibération CNIL n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51).

¹³⁰⁷ V. infra

de la fiabilité des données issues de la géolocalisation dont doit par ailleurs, justifier tout système d'enregistrement automatique de décompte des heures de travail en vertu de l'article L3171-4 al. 3 du code du travail. En effet, il convient de rappeler ici que ladite disposition oblige à justifier du caractère fiable et infalsifiable d'un tel système.

481.Le contentieux sur la qualité des données enregistrées par la géolocalisation demeure toutefois rare. Les discussions devant les juridictions prud'homales portent surtout sur la loyauté de pareil mode de preuve et plus généralement, sur sa licéité. Cela pourrait s'expliquer par le fait que la fiabilité a pu être déjà discutée en amont, dans le cadre de l'information-consultation des représentants du personnel qui peuvent faire appel à un expert afin de rendre un avis éclairé sur ce système.¹³⁰⁸ En dehors toutefois des juridictions prud'homales, il apparaît que la fiabilité de la géolocalisation est davantage discutée devant les juridictions civiles et commerciales c'est-à-dire, dans des litiges opposant l'employeur et le fournisseur ou le vendeur du matériel de géolocalisation. L'analyse des motifs de certaines décisions rendues par ces juridictions éclaire alors sur la manière dont la fiabilité de ces technologies d'enregistrement peut être discutée. Cela étant dit, même en dehors des juridictions prud'homales, la question de la fiabilité est peu soulevée par la doctrine.¹³⁰⁹ Pourtant, la fiabilité de la géolocalisation n'est pas toujours acquise. Comme le notent des études sur la géolocalisation par GPS, il existe une confiance excessive dans cette technologie alors même que sa fiabilité n'est pas parfaite et que dans certains cas, ce système peut même s'avérer défaillant.¹³¹⁰ En effet, la validité de ce dispositif dépend de la sensibilité du GPS, c'est à dire de son aptitude à recevoir les signaux des satellites rapidement et en toutes circonstances ainsi que de la fiabilité de sa batterie.¹³¹¹ Or, pareilles sensibilité et fiabilité peuvent être variables en fonction des modèles de GPS. Par ailleurs, la précision du GPS ou la continuité du positionnement, autres qualités contribuant à la validité de cette technologie, peuvent être mises en défaut ou perturbées par plusieurs facteurs liés notamment à de mauvaises conditions climatiques, aux caractéristiques de l'environnement que l'on cherche à

¹³⁰⁸ Art. L2312-38 du Code du travail.

¹³⁰⁹ J. Pradel, « De la géolocalisation en procédure pénale. A la recherche d'un statut. » JCP G n° 3 20 janv. 2014, doct. 77.

¹³¹⁰ P. Correia, Guide pratique du GPS, Eyrolles, 2012, 6^e éd.

¹³¹¹ CA Rennes 1er avril 2016, n° 15/00516. En l'espèce plusieurs défaillances liées à la batterie et à la sensibilité du GPS ont été relevées par les juges à la suite d'une expertise judiciaire.

géolocaliser voire, à l'existence d'incidents dans un satellite.¹³¹² De façon générale, la valeur des données sur les déplacements du salarié peut être remise en cause par la preuve d'un dysfonctionnement ou d'une anomalie technique ayant touché à un moment donné le système de géolocalisation. Par exemple, le matériel de géolocalisation a pu être utilisé à un moment où il y avait une mauvaise couverture réseau. De même, une anomalie peut être la conséquence d'une mauvaise utilisation du dispositif de géolocalisation.¹³¹³ Compte tenu de la complexité de ce système, son utilisation correcte implique le bon fonctionnement d'un certain nombre d'éléments comme le matériel lui-même à savoir, les balises et écrans tactiles mais pas seulement. Il convient également de vérifier s'il n'y a pas eu des défaillances au niveau des interfaces de collecte des données de la géolocalisation. En effet, lorsque l'employeur acquiert un tel dispositif, il est également obligé de conclure des abonnements nécessaires à l'exploitation des balises. Ainsi les données de la géolocalisation sont recueillies sur une plate-forme accessible via internet et gérées par une autre entreprise.¹³¹⁴ Or, il peut arriver que ces plates-formes soient défaillantes et rendent compte de données erronées.

482. Développer ce type de critiques nécessite toutefois de justifier de connaissances techniques sur les systèmes de géolocalisations. Ainsi, il peut être utile au salarié souhaitant contester les données de la géolocalisation produites par l'employeur à titre de preuve, de demander une expertise judiciaire sur la fiabilité de ce dispositif. Il en est de même pour l'employeur qui souhaiterait engager la responsabilité contractuelle du vendeur ou du loueur du dispositif de géolocalisation. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'étude du contentieux relatif à la responsabilité contractuelle du vendeur ou du bailleur de matériel de géolocalisation. Par exemple, dans un arrêt de la cour d'appel d'Orléans en date du 30 juin 2011, les juges retiennent que le matériel de géolocalisation n'est pas fiable compte tenu notamment, des conclusions de l'expertise judiciaire en ce sens. En l'espèce, « l'expertise [des matériels de géolocalisation] ordonnée en référé a établi sans réfutation qu'il s'agissait d'un système prototype dépourvu de fiabilité, qui avait présenté de multiples dysfonctionnements sans procurer le service minimum attendu ; (...) ». ¹³¹⁵

¹³¹² « Le GPS une précision toute relativiste », <http://irma.math.unistra.fr/~baumann/explicis.pdf>; V. aussi Guide pratique du GPS de P. Correia, Eyrolles, 2012, 6^e éd.

¹³¹³ Exemple cité dans CA Lyon 16 sept. 2010, n° 08/08634.

¹³¹⁴ Voir faits ayant donné lieu à CA Paris 21 octobre 2011, n° 10/05340.

¹³¹⁵ CA Orléans, 30 juin 2011, n° 10/03847. V. aussi CA Rennes 1^{er} avril 2016, n° 15/00516.

Toutefois, si le recours à l'expertise judiciaire peut s'avérer utile, elle n'est pas toujours suffisante en tant que telle. En effet, les motifs de certains arrêts statuant sur la fiabilité de la géolocalisation révèlent que les juges croisent les conclusions de ladite expertise avec d'autres éléments de preuve. Outre l'expertise, la fausseté des données de la géolocalisation peut être ainsi caractérisée par des attestations sur l'existence de défaillances techniques voire même, par des courriers du bailleur ou de l'acheteur reconnaissant des dysfonctionnements.¹³¹⁶ Le recours à l'expertise judiciaire n'est pas non plus indispensable. En effet, dans un litige devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence relatif à la preuve du temps de travail effectué par un chauffeur remorqueur, l'absence de fiabilité des données de la géolocalisation produites par l'employeur en raison des défaillances du dispositif a été établie par le témoignage d'un salarié. Sur ce point, les juges relèvent en l'espèce que dans le témoignage d' « d'Hervé M., employé de la ville de Marseille au service de la fourrière, [il est déclaré] que [le] système GPS mis en place en 2005 et destiné à pouvoir faire envoyer les chauffeurs au plus près du lieu d'enlèvement des véhicules en stationnement irrégulier n'a fonctionné pour le compte de la fourrière que sur une durée de six mois en raison de problèmes ». ¹³¹⁷ Outre le fait que ce système a été utilisé par l'employeur pour suivre le travail des salariés sans qu'il soit démontré que l'utilisation à cette fin était réellement connue des chauffeurs, les juges pointent l'absence de fiabilité de la géolocalisation. Ils en concluent alors qu'un tel support n'est pas suffisant à l'appui de l'argumentation de l'employeur qui ne produit en l'espèce aucun élément probant sur des retards ou sur le non-respect des horaires de travail imputés au salarié.

483. Aussi performantes qu'elles puissent paraître, les technologies d'enregistrement de l'image, de la voix ou de la trace du salarié ne sont pas exemptes de défaillances. L'étude du contentieux révèle que les juges sont prudents à l'égard de ce type de preuves y compris en dehors des litiges aux prud'hommes. En effet, il en ressort que ces derniers croisent les preuves technologiques avec d'autres éléments de preuve comme les attestations émanant de témoins visuels et ce, malgré la valeur présomptive de ces dernières. Ainsi, la conviction des juges sur le caractère fiable de ces technologies résulte du fait que ce qu'elles donnent à voir ou à entendre est corroboré par d'autres éléments de preuve.

¹³¹⁶ CA Lyon 16 sept. 2010, n° 08/08634 ; CA Orléans, 30 juin 2011, n° 10/03847 : « que [la société X] a expressément reconnu dans divers courriers à [la société B] que le matériel ne fonctionnait pas correctement, avant de venir en reprendre possession ». Toutefois, il paraît improbable pour le salarié souhaitant contester la valeur des données enregistrées d'avoir accès à ce type de documents.

¹³¹⁷ CA Aix-en-Provence 21 oct. 2011, n° 09/22079.

A présent, il convient d'étudier la manière dont les juges apprécient les résultats issus d'appareils de dépistage de la consommation de certaines substances non autorisées sur le lieu de travail.

Paragraphe 2 : La validité scientifique des tests de dépistage

484.Le salarié peut dans certaines hypothèses être soumis à des tests de dépistage sur son lieu de travail.¹³¹⁸ En l'occurrence, au dépistage de l'alcool dont la consommation est, à quelques exceptions près, interdite sur le lieu de travail¹³¹⁹ et au dépistage de substances toxiques notamment illicites.¹³²⁰ Des éthylotests sont mis en œuvre pour le premier dépistage, un test salivaire pour le second. Ces dispositifs de dépistage sont des instruments de détection. Partant, ceux-ci changent d'état en présence de l'élément pour lequel ils ont été spécifiquement conçus au-delà d'un certain taux ou seuil. Par exemple, l'alcootest chimique est composé d'un réactif changeant de couleur selon le taux d'alcool expiré dans l'air. Quant au test salivaire, ce dernier permet de détecter la consommation plus ou moins récente d'un produit illicite dans la salive. Même s'il existe sous forme de boîtier électronique, en général le test salivaire se présente sous la forme d'un bâtonnet. L'extrémité est frottée sur la joue puis trempée dans une solution chimique qui réagit en présence de la drogue détectée.

485.A l'inverse des tests urinaires et de la prise de sang, il est important de souligner que ces tests ne constituent pas des actes de biologie médicale. Les éthylotests comme le test salivaire peuvent donc être pratiqués par un non-médecin, à savoir par l'employeur ou bien par le supérieur hiérarchique du salarié, c'est-à-dire par un autre salarié. La pratique des éthylotests par l'employeur est celle qui a été autorisée en premier¹³²¹ sous réserve « d'une

¹³¹⁸V. infra, n°

¹³¹⁹ En vertu de l'article R4228-20 du code du travail « aucune boisson alcoolisée autre que le vin, la bière, le cidre et le poiré n'est autorisée sur le lieu de travail. »

¹³²⁰ Les produits illicites constituent des substances toxiques tout comme certains produits qui sont licites. D'après les experts médicaux, les substances toxiques notamment pour le système nerveux central peuvent être regroupées en cinq catégories : les hallucinogènes (LSD, cannabis etc...) ; les opiacés et leurs dérivés (opium, morphine, héroïne) ; les excitants (cocaïne, amphétamines ou anorexigènes) ; les enivrants (éther, solvants, colles) ; les somnifères (barbituriques) et les tranquillisants (benzodiazépines). V. Circulaire 90/13 du 9 juillet 1990 relative au dépistage de la toxicomanie en entreprise, p. 3.

¹³²¹ CE, 1^{er} févr. 1980, n° 06361, Min. du Travail c/ S^{se} Peintures Corona, Lebon ; Dr. soc. 1980, p. 310, concl. A. Bacquet – Cass. Soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, Bull. civ. V, n° 176 ; D. 2002, p. 1806 ; Dr. soc. 2002, p.781, obs. F. Duquesne ; JCP 2002. II. 10132, note D. Corrignan-Carsin.

part, que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation, d'autre part, qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger ». ¹³²² Autrement dit, la pratique des éthylotests doit être conforme à l'article L1121-1 du code du travail qui exige que toute atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Cela vaut également pour le test salivaire. S'agissant de ce dernier, c'est par une décision du 5 décembre 2016 que le Conseil d'Etat a retenu que n'étant pas un acte de biologie médicale, le test salivaire pouvait être pratiqué par l'employeur lui-même. Opérant un revirement de jurisprudence radical, la Haute juridiction administrative aligne désormais le régime du dépistage des produits illicites sur celui de l'alcool. Elle précise toutefois que les dispositions litigieuses du règlement intérieur étaient destinées aux salariés occupant des postes dits « hypersensibles drogue et alcool ». ¹³²³

486. Autoriser l'employeur à pratiquer lui-même ces deux tests n'est pas anodin compte tenu de la finalité répressive du dépistage et non plus simplement préventive. En effet, le salarié dépisté positif à l'un ou l'autre de ces tests, peut être sanctionné y compris par un licenciement. ¹³²⁴ L'essor considérable de l'obligation de sécurité de l'employeur n'y est pas pour rien puisque celle-ci implique pour ce dernier de faire cesser immédiatement le danger encouru par les salariés et les tiers sur le lieu de travail, le cas échéant. ¹³²⁵ Ainsi, l'usage des

¹³²² Cass. Soc., 22 mai 2002, n° 99-45.878, Bull. civ. V, n° 176 ; D. 2002. 1806.

¹³²³ CE, 5 déc. 2016, n° 394178, S^{té} Sud Travaux c/Min. du Travail. Sur la manière de définir ces postes v. infra p.

¹³²⁴ Arrêt Air Tahiti, Cass. Soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, Bull. civ. V, n° 106 ; D. 2012, p. 1065 ; ibid, 2013, p. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2012, p. 525, obs. J. Mouly ; Sem. Soc. Lamy 2012, n° 1535, p. 11, note A. Marcon.

¹³²⁵ Une partie de la doctrine s'interroge néanmoins sur la nature de cette obligation de sécurité, pourtant qualifiée par la Cour de cassation en 2002 comme une obligation de résultat, dès lors que l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir pris toutes les mesures de prévention nécessaires, au regard des articles L... du code du travail. Les arrêts Areva, Air France et tous ceux qui sont venus confirmer ces jurisprudences ultérieurement comme par exemple l'arrêt Finimétal alimentent ainsi le doute entre une obligation de résultat ou de moyen. A tout le moins, il peut être conclu que ces jurisprudences ont contribué à atténuer l'intensité de l'obligation de sécurité de résultat, tout en mettant l'accent sur une obligation de prévention V. Cass. Soc., 22 oct. 2015, Areva, n° 14-20.173, publié au Bulletin ; D. 2015, p. 2324 ; ibid. p. 2496, entretien H. Seillan ; JCP S 2016, 1046, note F. Dumont ; JCP E 2015, 1621, note J.-B. Cottin - Soc., 25 nov. 2015, Air France, n° 14-24.444, publié au Bulletin, D. 2015, p. 2507 ; ibid. 2016. 144, chron. P. Flores, S. Mariette, E. Wurtz et N. Sabotier ; ibid. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2016, p. 457, étude P.-H. Antonmattei ; JCP S 2016, 1011, note M. Babin ; JS Lamy 7 janv. 2016, p. 4, obs. A. Dejean de la Batie ; F. Héas, « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », Dr. ouvrier janv. 2016, p. 10 ; G. et L.-F. Pignarre, « La prévention : pierre angulaire ou/et maillon faible de l'obligation de santé et de sécurité au travail de l'employeur ? », RDT 2016, p. 151 ; Soc., 1er juin 2016, Finimétal, n° 14-19.702, publié au Bulletin

tests de dépistage revêt un enjeu probatoire conséquent. Afin de prouver qu'il aura satisfait à son obligation de sécurité et dès lors, être exonéré de toute responsabilité, l'employeur est incité à prendre une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié qui aura été dépisté positif ce qui a pour effet d'accroître la sphère du pouvoir disciplinaire.¹³²⁶ Il devient alors d'autant plus essentiel pour le salarié que la connaissance sur laquelle se fonde l'employeur, à savoir le résultat du dépistage, soit suffisamment fiable. Réciproquement, l'exigence d'objectivité oblige l'employeur souhaitant se prémunir de toute contestation ultérieure, d'être également certain de l'exactitude du résultat affiché. En effet, la mesure disciplinaire ne peut être justifiée objectivement que si la validité scientifique des dispositifs de dépistage est garantie, validité qui « implique [pour les instruments de mesure] l'exactitude du résultat par rapport à l'objectif cherché, la correspondance avec la réalité choisie. »¹³²⁷ Une telle recherche nécessite toutefois de prendre en compte le particularisme du dépistage des substances toxiques et des produits illicites en particulier, par rapport au dépistage de l'alcool. A cet égard, il convient de distinguer la question de la fiabilité des résultats des éthylotests, **(A)** de celle qui est relative aux résultats du test salivaire. **(B)**

A. La validité des éthylotests

487.La constatation de l'état d'ivresse du salarié sur le lieu de travail est susceptible de constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement et qui plus est, une faute grave.¹³²⁸ Il en va ainsi notamment lorsque cet état a des répercussions sur l'accomplissement de ses tâches le conduisant à exposer les personnes et les biens à un danger ou à engager la responsabilité de l'employeur. La fiabilité des instruments de contrôle de l'alcoolémie revêt donc un enjeu probatoire essentiel.

; D. 2016, p. 1681, note J. Icard et Y. Pagnerre ; RDT 2016, p. 709, obs. B. Géniaut ; RTD civ. 2016, p. 869, obs. P. Jourdain ; JCP S 2016, 1410, note J. Mouly.

¹³²⁶ L'employeur est même incité à mettre en place ce type de tests sous réserve de satisfaire aux exigences de justification et de proportionnalité en vertu de l'article L1121-1 du Code du travail. En effet, si l'employeur peut désormais s'exonérer de toute responsabilité, c'est sous réserve de faire la démonstration d'avoir pris toutes les mesures de prévention nécessaires au regard de la loi. Or, la prévention ne se limite pas à faire cesser le danger le cas échéant. Elle consiste d'abord et surtout à évaluer et identifier le danger. En clair, la portée conférée par les juges à l'obligation de sécurité depuis les arrêts précités de 2015 renforce l'enjeu probatoire de l'exécution de pareille obligation.

¹³²⁷ M. Grawitz, op. cit., p. 368-369.

¹³²⁸ Cass. Soc. 22 mai 2002, n° 99-45.878, Bull. civ. V n° 176 ; JSL, n° 104, 27 juin 2002 obs. M. Hautefort.

488. Avant d'aller plus loin, il convient toutefois d'opérer certaines distinctions entre les différents tests d'alcoolémie. Tout d'abord, les éthylotests ou alcootests ne doivent pas être confondus avec les éthylomètres. Tandis que les premiers détectent le taux d'alcool dans l'air expiré sans mesure précise, les seconds déterminent précisément la concentration d'alcool dans les voies respiratoires. Les éthylomètres qui sont donc plus fiables, peuvent être pratiqués dans un second temps par l'employeur, pour confirmer les estimations de l'éthylotest.¹³²⁹ Cela ne veut pas dire pour autant que l'éthylotest est dénué de toute force probante a priori. C'est ce que rappelle un arrêt de la cour d'appel de Riom dans lequel les juges décident que même si « les appareils utilisés par les services de police ou de gendarmerie permettent (...) de mesurer avec précision le taux d'alcoolémie (...) la moindre précision de l'appareil utilisé par l'employeur [en l'espèce l'éthylotest] ne peut avoir pour effet de lui retirer toute valeur probante dès lors qu'il permet de déterminer si la personne contrôlée est ou non sous l'empire d'un état alcoolique. »¹³³⁰

Il convient également de distinguer les éthylotests classiques des éthylotests anti-démarrage.¹³³¹ En effet depuis le 1^{er} septembre 2015, l'ensemble des autocars affectés à un transport en commun de personnes doivent être équipés d'un tel dispositif.¹³³² Toutefois, à l'inverse des éthylotest classiques, la CNIL a précisé qu'aucune procédure disciplinaire ne pouvait être engagée sur le seul fondement des résultats issus d'un tel dispositif.¹³³³ L'employeur ne peut donc l'utiliser qu'à des fins de prévention routière. C'est ainsi que par un arrêt du 14 janvier 2015, la Cour d'appel de Rennes en a déduit que l'état d'ébriété reproché à un salarié chauffeur poids lourd à l'appui de son licenciement pour faute grave ne pouvait être établi par l'éthylotest anti-démarrage du véhicule conduit par ce dernier. En effet, d'après les juges d'appel un tel système ne permet pas un contrôle de l'alcoolémie et ne

¹³²⁹ A la différence des éthylotests, les éthylomètres sont des instruments de mesure soumis à une métrologie légale. A cet égard, les éthylomètres doivent, entres autres exigences, être conformes à une certification de type (homologation), être vérifiés une fois par an et après chaque réparation au retour du fabricant. V. Arrêté du 31 décembre 2001 fixant les modalités d'application de certaines dispositions du décret n° 2001-387 du 3 mai 2001 relatif au contrôle des instruments de mesure ; Arrêté du 8 juillet 2003 relatif au contrôle des éthylomètres, JO, 20 juillet.

¹³³⁰ CA Riom 24 fév. 2015 n° 14/00055.

¹³³¹ L'éthylotest antidémarrage (EAD) est un dispositif autorisant le démarrage du véhicule uniquement après analyse d'un échantillon d'haleine présentant une concentration d'alcool inférieure à une valeur limite fixée.

¹³³² Arr. min. 2 juill. 1982, art. 70 bis mod. par arr. 24 juill. 2015, art. 1, JO 7 août.

¹³³³ Al. 2 Art.1^{er}, délibération CNIL n° 2010-005 du 28 janvier 2010 portant autorisation unique de mise en place d'éthylotests anti-démarrage dans les véhicules affectés au transport de personnes (décision d'autorisation unique n°AU-026)

présente pas de garantie de fiabilité.¹³³⁴

489. S'agissant des éthylotests classiques, il en va différemment. A condition qu'ils soient bien pratiqués, que leur date de validité ne soit pas dépassée et qu'ils soient conservés à bonne température, l'avis rendu en 2011 par le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé suggère qu'ils seraient fiables.¹³³⁵ Par ailleurs, il doit être ajouté à cela que la fiabilité des éthylotests découle de leur conformité à des normes de certification. En effet, seule la conformité des éthylotests à des normes AFNOR garantit un degré de fiabilité plus important. Il s'agit de la norme NF X 20 702 pour les éthylotests chimiques et la norme NF X 20 704 pour les éthylotests électroniques.¹³³⁶ Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel de Reims du 20 mai 2015, les juges décident contrairement aux allégations du salarié, que l'éthylotest utilisé par l'employeur est fiable parce qu'il répond aux normes de certification adéquates.¹³³⁷

490. Toutefois, des études ultérieures menées ont montré que les éthylotests y compris certifiés par les normes NF, étaient susceptibles de présenter des défaillances.¹³³⁸ Ces études ont surtout révélé une sous-évaluation de l'alcoolémie c'est-à-dire, des faux négatifs. En l'occurrence, le salarié dépisté pour vérifier son alcoolémie risque plus d'échapper à tort à un résultat positif qu'à un résultat négatif. Cependant, cette circonstance-là ne permet pas non plus de dénier, par principe, toute force probante aux éthylotests. Comme le précisent les juges dans l'arrêt précité de la cour d'appel de Reims, « le manque de fiabilité de certains des appareils mis sur le marché en raison surtout de leur incapacité à détecter une alcoolémie

¹³³⁴ CA Rennes, 14 janv. 2015, n° 14/00618. L'absence de fiabilité de l'éthylotest anti-démarrage résultait en l'espèce, des attestations produites par le salarié émanant de ses collègues de travail.

¹³³⁵ Avis n°114 sur l'usage de l'alcool, des drogues et toxicomanie en milieu de travail rendu le 27 avril 2011 par le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, p. 8.

¹³³⁶ Il convient toutefois de noter que les dispositions du décret du 29 juin 2015 fixant les exigences de fiabilité et de sécurité relatives aux éthylotests chimiques destinés à un usage préalable à la conduite routière se substituent à la norme NF X 20 702, étant précisé que les éthylotests chimiques certifiés conformes à ladite norme sont valables jusqu'à leur date limite d'utilisation. (Art.7 du décret)

¹³³⁷ CA Reims 20 mai 2015 n° 14/02216 : « S'agissant de la fiabilité du dispositif de dépistage, contrairement à ce qu'allègue le salarié, l'employeur justifie par la production des photographies et des justificatifs de vérification et calibrage annuel de 2011 2012 et 2013 de l'éthylotest utilisé que ce dernier répondait aux normes de certification requises. »

¹³³⁸ Ashdown HF, Fleming S, Spencer EA, et al, « Diagnostic accuracy study of three alcohol breathalysers marketed for sale to the public, » BMJ Open 2014 ; 4:e005811. Doi : 10.1136/bmjopen-2014-005811 ; v. aussi Laurenceau T, Thuin (de) C. « Essais de 11 éthylotests », 60 millions de Consommateurs (2006) n° 402, p. 50.

positive ou leur tendance à la sous-évaluer [ne permet pas d'en déduire] que toute valeur probante doit être déniée à l'utilisation d'un éthylotest ». ¹³³⁹ D'ailleurs, pareil risque s'avère uniquement problématique pour l'employeur dans le cadre du respect de son obligation de sécurité et plus généralement, pour la sécurité des personnes sur le lieu de travail. Tel est moins le cas s'agissant du dépistage de substances toxiques. A la différence des éthylotests, une fiabilité douteuse du test salivaire peut avoir des incidences préjudiciables pour le salarié dépisté. ¹³⁴⁰ Malgré cette éventuelle différence, il n'en demeure pas moins que le salarié ayant un résultat positif à l'alcooltest dispose du droit de demander une contre-expertise à la charge de l'employeur en vue de contester la validité du dépistage. ¹³⁴¹ En effet, il est toujours possible de remettre en cause la crédibilité d'un éthylotest par une appréciation in concreto même lorsqu'il présente les garanties de fiabilité précitées. Un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence illustre la manière dont pareille appréciation peut être menée par les juges. ¹³⁴² En l'espèce, pour juger que l'éthylotest utilisé par l'employeur n'était pas fiable, les magistrats ont relevé plusieurs éléments à partir du seul document de nature à les éclairer, à savoir le compte-rendu rédigé par les témoins ayant assisté au dépistage. Plus précisément, c'est à partir d'une comparaison entre le contenu de ce compte rendu et la fiche technique de l'appareil que l'employeur affirme avoir utilisé, qu'ils concluent à son manque de fiabilité en l'espèce. Ainsi, les juges observent après lecture de ladite fiche technique que l'éthylotest n'affiche que les mesures en dessous de 0,25 mg par litre d'air expiré. Au-delà, l'appareil n'affiche plus aucun taux d'alcoolémie mais le mot « HOT », déclenchant alors le clignotement d'un voyant rouge et une alarme. Or, « aux termes du compte rendu, les témoins indiquent que 'le test s'est révélé positif au-delà du taux légal' sans pour autant confirmer l'affichage du mot HOT sur l'appareil, la présence d'un voyant rouge clignotant et le déclenchement d'un bip sonore. » En outre, les juges observent que l'éthylotest utilisé devait être contrôlé en novembre 2011 ou avant cette date si plus de 300 mesures avaient été effectuées. Or, les juges observent encore en l'espèce, qu'aucun élément n'est communiqué par l'employeur permettant de s'assurer que l'appareil n'a pas été utilisé sur l'année pour plus de 300 mesures. Comme le contrôle de l'alcoolémie du salarié a été réalisé dans le mois au cours duquel l'appareil devait être vérifié, cette absence de vérification pendant une année de l'appareil remet également en cause sa fiabilité et partant, celle du contrôle. De surcroît, pareil

¹³³⁹ CA Riom 24 fév. 2015 n° 14/00055.

¹³⁴⁰ V. infra n° 491.

¹³⁴¹ Circ. DRT n° 91-17 du 10 sept. 1991.

¹³⁴² CA Aix-en-Provence 2 déc. 2016 n° 15/03482.

manque de fiabilité est encore corroboré par le fait que le salarié dépisté n'a été soumis qu'à un seul contrôle de son alcoolémie et ce, « au moyen d'un éthylotest dont le dépistage n'est qu'indicatif d'une éventuelle alcoolémie, dépourvu de force probante, laquelle ne peut résulter que d'un contrôle par éthylomètre ou par prélèvement sanguin. » Il en ressort que la réputation de fiabilité des éthylotests n'empêche pas de discuter de leur valeur dans un cas concret. En effet, l'étude de certains arrêts rendus en appel démontre que l'appréciation des juges se fait à partir de la méthode du faisceau d'indices.

B. La validité des tests salivaires

491. A titre liminaire, il convient d'emblée de rendre compte de la tension qui existe entre l'objectivité de la preuve au soutien des raisons d'agir et l'obligation de sécurité de l'employeur. C'est à une telle lecture qu'invite en effet, la décision du Conseil d'Etat du 5 décembre 2016 qui opère un revirement de jurisprudence sur la pratique des tests salivaires par l'employeur. En effet, la Haute juridiction administrative a décidé qu'eu égard notamment à la responsabilité de l'employeur en matière de sécurité sur le lieu de travail, des mesures disciplinaires pouvaient être prises en présence d'un résultat positif au test salivaire, quand bien même ce dernier comporterait une *marge d'erreur* et ne serait pas à 100% fiable.¹³⁴³ Ainsi, une fiabilité incertaine du test salivaire ne suffit pas à remettre en cause les dispositions d'un règlement intérieur relatives aux conséquences disciplinaires d'un résultat positif. En l'espèce, le Conseil d'Etat valide le point 6 du règlement intérieur litigieux d'une société spécialisée dans le bâtiment dont les dispositions « permettent à l'employeur [...] de sanctionner ceux des contrôles qui se révéleraient positifs ». Pourtant une telle solution constitue un revirement de jurisprudence radical du Conseil d'Etat qui jugeait jusqu'alors que « la soumission à l'épreuve de l'alcootest prévue par le règlement intérieur ne [pouvait] avoir pour objet que de prévenir ou de faire cesser immédiatement une situation dangereuse, et non de permettre à l'employeur de faire constater par ce moyen une éventuelle faute disciplinaire. »¹³⁴⁴ La finalité préventive est reléguée au second plan au profit de la finalité répressive du dépistage. Or, cela accentue l'attention sur le caractère purement individuel du problème de consommation de produits illicites et dispense d'examiner l'incidence que peuvent avoir les conditions de travail sur pareille consommation. De même, comme pour le dépistage de

¹³⁴³ CE, 5 déc. 2016, n° 394178, S^{te} Sud Travaux c/Min. du Travail.

¹³⁴⁴ CE, 9 oct. 1987, n° 72220, Régie nationale des usines Renault c/ Min. des Affaires sociales et de l'Emploi, Lebon 1987 ; CE, 11 juill. 1990, n° 86022, Min. des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Syndicat CGT de la

l'alcool, le dépistage de produits illicites ne fait pas de distinction entre les consommateurs occasionnels et ceux qui ont une véritable addiction. Or, comme l'énonce un auteur « une telle forme de consommation caractérise davantage une authentique pathologie qu'une faute disciplinaire justiciable d'une sanction ». ¹³⁴⁵

492. S'agissant d'une controverse sur la validité du test salivaire, la seule possibilité reconnue par le Conseil d'Etat au salarié souhaitant remettre en cause son dépistage, est celle de demander une contre-expertise à la charge de l'employeur. Une telle garantie procédurale n'est pas négligeable puisqu'elle permet de concilier dans une certaine mesure l'obligation de sécurité de l'employeur avec le droit pour le salarié de se défendre et partant, de contester la fiabilité du test salivaire. Simplement, pareille contre-expertise ne peut avoir lieu qu'en aval alors qu'une mesure disciplinaire a pu être déjà prise. Encore faut-il que le salarié ait pris le soin de la demander et que celle-ci ait eu lieu. Compte tenu d'une fiabilité non encore acquise des tests salivaires, demander pareille contre-expertise n'est pas à négliger. Or, il n'est pas certain que le salarié en fasse systématiquement la demande, dès lors que l'employeur ne semble pas être obligé de lui rappeler ce droit au moment du dépistage. ¹³⁴⁶ Même en aval d'une mesure disciplinaire, il existe potentiellement des obstacles à une discussion sur la fiabilité des résultats du test salivaire à moins que le salarié ait connaissance de ce droit qui doit impérativement figurer dans le règlement intérieur.

493. Bien que le test salivaire soit jugé globalement fiable par le comité consultatif d'éthique, ¹³⁴⁷ ce type de dépistage comporte d'importantes limites qu'il convient de rappeler ici. Afin de les comprendre, il convient de décrire brièvement les spécificités techniques du test

Société Griffine-Maréchal, Lebon 1990.

¹³⁴⁵ J. Mouly, « Le dépistage des produits stupéfiants par l'employeur : le triomphe de la tentation sécuritaire ? », Dr. Soc. 2017, p. 244 ; En ce sens, v. aussi S. Fantoni-Quinton et P.-Y. Verkindt, « Drogue(s) et travail : des liaisons dangereuses », Dr. soc. 2011, p. 674.

¹³⁴⁶ L'employeur n'est pas tenu de rappeler au salarié son droit à une contre-expertise au moment d'un contrôle d'alcoolémie. V CE, 9 oct.1987, n° 72.220 ; CE 12 nov.1990, n° 96.721. En raisonnant par analogie, on pourrait se demander si ces décisions ne s'appliqueraient pas également au dépistage des drogues. Il n'en demeure pas moins que l'information sur le droit à une contre-expertise dont est redevable l'employeur doit figurer dans le règlement intérieur. CE, 8 juill. 1988, n° 71.484 ; Cass. Soc. 22 mai 2002, n° 99-45.878.

¹³⁴⁷ Le comité recommande de le privilégier en premier lieu parce qu'il révèle la consommation de produits illicites au cours des dernières 24h : « Un produit illicite ingéré puis absorbé se dégrade dans l'organisme et laisse des traces qui disparaîtront en premier lieu de la salive, puis du sang, des urines et enfin des cheveux. », v. Avis n°114 sur l'usage de l'alcool, des drogues et toxicomanie en milieu de travail rendu le 27 avril 2011 par le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, p. 11.

salivaire. En effet, le procédé de détection des traces des produits illicites mis en œuvre par le test salivaire est une immuno-chromatographie. Ce procédé consiste à reconnaître un antigène, à savoir le produit illicite, par un anticorps le plus spécifique possible. Cependant, la difficulté naît du fait que beaucoup d'anticorps reconnaissent non seulement le produit illicite mais aussi des molécules apparentées présentes notamment dans des médicaments psychoactifs licites voire dans des condiments alimentaires comme les graines de pavot. Il en ressort des résultats faussement positifs dont la proportion varie entre 11% et 16%, susceptibles donc d'être gravement préjudiciables au salarié dépisté positif. Au premier abord, ces taux peuvent paraître faibles mais en réalité ils sont considérables si on raisonne en termes de probabilités.¹³⁴⁸ En raisonnant de cette façon, cela signifie que sur 100 personnes qui n'ont pas consommé de substances illicites mais qui seraient dépistées par des tests salivaires, entre 89 et 84 personnes auront effectivement un résultat négatif (vrais négatifs) mais, il y aura toujours entre 11 et 16 personnes avec un résultat positif alors qu'elles n'ont pas consommé de substances illicites (faux positif). En d'autres termes, le test salivaire affiche par erreur un résultat positif 11 fois sur 100 dans le meilleur des cas et jusqu'à 16 fois sur 100 dans le pire des cas ! Compte tenu de ces résultats, cela signifie qu'un salarié qui n'aura pas consommé de substances illicites mais qui serait dépisté par test salivaire a entre 12 % (11/89) et 19 % (16/84) de chances d'obtenir un résultat faussement positif.

494. Toujours dans l'avis précité de 2011, le comité conclut ainsi que « devant les limites des tests de détection et la complexité du catabolisme de ces produits illicites, il est important que la mise en œuvre de ces tests et leur lecture soient réservées à un personnel de santé, et leur interprétation comme les conduites à tenir laissées au médecin du travail. »¹³⁴⁹ Ainsi, le comité recommandait que le dépistage des produits illicites soit pratiqué en milieu de travail uniquement par le médecin du travail, sous la responsabilité exclusive des services de santé au travail, seuls à disposer des compétences techniques nécessaires. Pareille recommandation n'était pas dénuée de fondement juridique : les services de santé au travail ont légalement pour « mission exclusive d'éviter toute altération de la santé des travailleurs du fait de leur travail. A cette fin, ils : (...) 2° Conseillent les employeurs, les travailleurs et leurs représentants sur les dispositions et mesures nécessaires afin d'éviter ou de diminuer les

¹³⁴⁸ Pour une application du calcul de probabilité au dépistage d'une maladie cf. M. Nendaz et A. Perrier, « Théorème de Bayes et rapport de vraisemblance », *Rev Mal Respir*, 2004 ; 21 : 394-7.

¹³⁴⁹ Avis n°114 sur l'usage de l'alcool, des drogues et toxicomanie en milieu de travail rendu le 27 avril 2011 par

risques professionnels, d'améliorer les conditions de travail, de prévenir la consommation d'alcool et de drogue sur le lieu de travail (...) »¹³⁵⁰ Pourtant dans sa décision du 5 décembre 2016, le Conseil d'Etat a adopté une position diamétralement opposée à cette recommandation. Selon la Haute juridiction administrative, le test salivaire de dépistage ayant « pour seul objet de révéler, par une lecture instantanée, l'existence d'une consommation récente de substance stupéfiante, il ne revêt pas, par suite, le caractère d'un examen de biologie médicale au sens des dispositions de l'article L. 6211-1 du code de la santé publique et n'est donc pas au nombre des actes qui, en vertu des dispositions de son article L. 6211-7, doivent être réalisés par un biologiste médical ou sous sa responsabilité ». Il est vrai qu'une telle solution a été retenue dans un contexte de pénurie des médecins du travail et d'essor considérable de l'obligation de sécurité de l'employeur. Cela justifie-t-il pour autant d'accueillir juridiquement le risque d'une mauvaise interprétation des résultats du test salivaire sachant que, le cas échéant, les conséquences disciplinaires d'un résultat positif peuvent être immédiates pour le salarié dépisté positif ?

495. Cette question revêt encore plus d'acuité au regard du particularisme du dépistage des substances toxiques par rapport à celui de l'alcoolémie. Dans les milieux scientifiques, le dépistage des substances toxiques soulève une autre interrogation relative cette fois à la fiabilité de l'évaluation des capacités d'un sujet à effectuer certaines tâches en raison de la présence de telles substances.¹³⁵¹ Contrairement à une consommation d'alcool pouvant donner lieu à des symptômes et à des troubles comportementaux visibles de tous notamment de l'employeur, les signes comportementaux et cliniques de l'usage des produits illicites, de l'abus de médicaments à visée neurotrope ou du simple dopage au travail, peuvent être discrets voire, absents chez des consommateurs habituels. En effet, à la différence de l'alcootest dont les résultats expriment un niveau d'imprégnation alcoolique actuel dont il est plus aisé de déduire un lien de causalité avec la capacité d'un individu à exercer certaines tâches, ceux issus des tests urinaires et salivaires indiquent la trace d'une consommation passée ce qui peut rendre l'évaluation de l'aptitude du salarié plus délicate. Il s'en suit une autre limite du dépistage des substances toxiques illicites liée cette fois à la validité de

le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, p. 11.

¹³⁵⁰ Art. L4622-2 C. trav.

¹³⁵¹ R. Crespin, « De quoi le dépistage des drogues au travail est-il le nom ? », *Prospective Jeunesse*, 2011, n° 60, p. 18 ; Du même auteur toujours en ce sens, « Réduire les risques en ignorant le travail » in *Se doper pour travailler* ss la dir R. Crespin et alii, Erès, coll. « Clinique du travail », 2017, p. 352.

l'inférence entre un résultat positif lors du dépistage et l'aptitude du salarié à son poste de travail. Une telle évaluation apparaît encore plus délicate alors que le test salivaire ne permet pas de distinguer un consommateur habituel d'un consommateur occasionnel risquant d'être plus sensible à la présence de substances toxiques.

A la lumière des limites du dépistage des substances toxiques, c'est avec beaucoup de prudence que l'employeur devrait utiliser son pouvoir disciplinaire en présence d'un résultat positif au test salivaire. Un autre type de mesure, non disciplinaire par exemple, ne serait-il pas envisageable ? Un licenciement pour inaptitude médicale après l'échec des traitements, ne pourrait-il pas constituer une voie moyenne ?¹³⁵² Ainsi, la finalité préventive du dépistage retrouverait-elle à nouveau sa place.

496.L'examen des différentes technologies de contrôle et de surveillance des salariés a permis de déceler l'existence de failles susceptibles d'entamer leur fiabilité et donc, celle des données qui y sont incorporées. Ainsi, le caractère sophistiqué des dispositifs étudiés ne doit pas occulter les controverses dont ils peuvent faire l'objet et encore moins, le fait que ces dispositifs permettent à l'employeur de stocker une quantité importante de données qu'il peut exploiter au besoin comme éléments de preuve d'une faute imputable au salarié.

Quand bien même la question de la fiabilité des technologies de contrôle et de surveillance des salariés serait résolue, il reste que chacun des dispositifs étudiés est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés individuelles des salariés et notamment, au droit au respect de leur vie personnelle. S'agissant en particulier des tests de dépistage, ces derniers ne sont pas des actes anodins car ils touchent également à l'intégrité du corps humain. De plus, ils peuvent être source de discriminations en raison de l'état de santé du salarié.¹³⁵³ C'est pour cela que le dépistage doit être justifié ¹³⁵⁴ et qu'il ne peut être systématiquement pratiqué sur l'ensemble des salariés sauf pour certaines catégories d'entre eux exerçant des fonctions en lien avec la sécurité des personnes¹³⁵⁵ et sous réserve que le caractère systématique ou inopiné d'un tel dépistage soit prévu par le règlement intérieur.

¹³⁵² J. Mouly, « Le dépistage des produits stupéfiants par l'employeur : le triomphe de la tentation sécuritaire ? », Dr. Soc. 2017, p. 244.

¹³⁵³ Cf. infra n° 512.

¹³⁵⁴ Art. L1121-1 du code du travail.

¹³⁵⁵ V. circulaire 90/13 relative au dépistage de la toxicomanie en entreprise, p. 5-6.

Conclusion de chapitre

497. Confronté à l'usage de supports technologiques au soutien d'une mesure disciplinaire, le salarié peut se trouver vite démuné c'est-à-dire, à court d'arguments. Même si la valeur probante de ce type de supports est sujette à la critique, il reste que la complexité technique de procédés telles que les technologies de l'information et de la communication ou les tests de dépistage rend en pratique, la contestation des données qui y sont incorporées plus difficile pour le salarié. Il en va en particulier ainsi pour les tests de dépistage. Certes le salarié dispose d'un droit à une contre-expertise mais, il s'avère que l'employeur n'est pas obligé de l'informer de l'existence de ce droit au moment où il pratique le test. Plus encore, la mobilisation de supports technologiques révèle avec plus d'acuité le caractère ambivalent de l'exigence d'objectivité dans la mesure où le recours à des procédés technologiques de contrôle des salariés contribue à renforcer sensiblement le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Il en va ainsi alors même que la fiabilité de ces procédés, et en particulier des tests de dépistage, n'est pas garantie de manière très élevée. Or, conférer des conséquences disciplinaires, donc des effets immédiats sur l'emploi du salarié, aux résultats de certains procédés aurait dû être au moins conditionné à une fiabilité quasi-assurée de ces derniers.

Chapitre 2 : La collecte des données à l'épreuve des droits et libertés des salariés

498.L'intuition voudrait que le recueil de données personnelles à partir de procédés jugés fiables ne souffre d'aucune contestation. Les données ainsi collectées devraient pouvoir fonder sans difficultés les décisions de l'employeur. Cependant, l'intuition ne résiste pas à l'étude du droit positif. En effet, comme l'indique l'article L1121-1 du Code du travail, le recueil de ces données ne peut porter une atteinte aux droits et libertés des salariés qui ne soit ni justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché. Dès lors, peu importe le caractère fiable ou scientifiquement valable du procédé de contrôle et des données personnelles qu'il permet de récolter, sa mise en œuvre peut être contestée. Il est de même indifférent que ledit procédé ne soit pas clandestin et respecte le principe de loyauté de la preuve.

499.L'enjeu de la contestation du recueil des données à caractère personnel est considérable si l'on se place sur le terrain de l'article L1121-1 du Code du travail compte tenu du fait que la violation de ses exigences entraîne la nullité de la mesure prise par l'employeur à l'encontre du salarié.¹³⁵⁶ A tout le moins, le procédé probatoire utilisé à l'appui des allégations patronales sera déclaré irrecevable en raison de son illicéité. Plus encore, les débats qui s'en suivent révèlent les limites de l'exigence d'objectivité et au-delà, celles de la recherche des éléments de preuve pertinents. En effet, la règle générale de proportionnalité

¹³⁵⁶ Une précision d'ordre terminologique doit être apportée à ce stade. La nullité de la mesure prise par l'employeur est susceptible d'être prononcée qu'en cas d'atteinte à un droit ou à une liberté qualifiée de fondamentale. C'est l'un des rares cas de nullité sans texte (Sur les limites du principe « pas de nullité sans texte », G. Couturier, « Les nullités du licenciement », *Dr. Soc.*, 1977, p. 227). En effet, la Cour de cassation a admis dans un arrêt célèbre qu'un licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié à qui il était seulement reproché d'avoir usé, sans abus de sa part, de sa liberté d'expression était nul (Cass. Soc., 28 avr. 1988, n° 87-41.804, *Bull. civ.*, V n° 257, *Dr. Soc.*, 1988, p. 428, cl. Ecoutin, obs. G. Couturier). Il importe de souligner que l'article L. 1121-1 du Code du travail protège les droits et libertés de la personne sans précision sur la nature fondamentale ou non de ces droits. Autrement dit, les droits et libertés qui sont protégés par la disposition précitée ne sont pas nécessairement fondamentaux et les restrictions qui leur sont apportées doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. A titre d'illustration, il a été décidé par la Cour de cassation dans l'arrêt dit du bermuda que la liberté du salarié de se vêtir à sa guise n'est pas un droit fondamental (Cass. Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, *Bull. civ.*, V n° 178 ; D. 2003, p. 2718, note F. Guiomard ; *Dr. Soc.* 2004, p. 132, note P. Lokiec ; D. 2004, p. 176 note A. Pousson) Sur l'inutilité d'une telle qualification, cf. Ph. Waquet, « Le bermuda ou l'emploi », *Dr. Soc.* 2003, p. 808.

posée par la disposition précitée suggère que la « vérité » peut être ternie par la démarche utilisée pour y parvenir. Autrement dit, le respect de ladite disposition porte en elle l'idée que la fin ne justifie pas les moyens. C'est du reste la même idée qu'expriment Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca en prévenant que : « s'il est vrai que la fin valorise les moyens, elle ne les justifie pas toujours, car l'usage de ceux-ci peut être condamnable en soi, ou avoir des conséquences désastreuses, dont l'importance peut dépasser celle de la fin recherchée. »¹³⁵⁷ En somme, la collecte des données à caractère personnel par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, se trouve limitée par la nécessité de prendre en compte les atteintes susceptibles d'être portées aux droits et libertés des personnes.

500. Cela implique de vérifier en amont de toute collecte des données sur le salarié, le respect d'une exigence de proportionnalité. En encadrant ainsi le recueil des données, le droit façonne la connaissance que l'employeur peut avoir du salarié.¹³⁵⁸ **(Section 2)** Avant de rendre compte du contrôle auquel est soumise la collecte des données à caractère personnel, il faut d'abord expliquer ce qui justifie pareil modelage juridique de la connaissance du salarié par l'employeur. A cet égard, il convient de mettre l'accent sur les atteintes à la personne du salarié que peut générer la collecte des données à caractère personnel, étape préalable pour satisfaire l'exigence d'objectivité. **(Section 1)**

Section 1 : Les atteintes à la personne du salarié

501. Tout en encadrant l'exercice du pouvoir de contrôle, l'exigence d'objectivité peut être attentatoire aux droits et libertés de la personne du salarié et qui plus est aux droits et libertés fondamentales.¹³⁵⁹ En effet, la collecte de données à caractère personnel qu'implique le respect de pareille exigence est susceptible de heurter l'intime, le for interne. En d'autres

¹³⁵⁷ Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, 1958, 1^{ère} éd., p. 372.

¹³⁵⁸ En ce sens, v. M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2016, n°610 s.

¹³⁵⁹ Il est traditionnellement affirmé que le Conseil constitutionnel serait à l'origine de la création de la catégorie des droits fondamentaux. (DC n° 89-259 du 22 janvier 1990 ; DC n° 92-325 du 13 août 1993). Mais cela dit peu des droits et libertés concernés. A minima il est possible de considérer qu'est fondamental tout droit ou liberté issue du bloc de constitutionnalité ou de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Le même raisonnement peut être tenu au sujet des droits résultant des traités internationaux tels que la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce qui est certain, c'est qu'il est particulièrement difficile de dresser un tableau exhaustif des droits et libertés fondamentaux. On peut même se demander dans quelle mesure une telle opération ne présente pas des risques compte tenu du fait qu'elle suppose une hiérarchisation de ces droits et libertés. Sur l'ensemble de ces questions, cf. V. Champeil-Desplats, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français »,

termes, une telle action a pour effet d'atténuer la sphère d'autonomie du salarié à l'égard de l'employeur¹³⁶⁰ et partant, d'atteindre « la résistance que les droits et libertés du salarié offrent aux effets du contrat de travail, et plus précisément du lien de subordination que l'intéressé soit au travail ou qu'il soit hors de l'entreprise ». ¹³⁶¹ Dans le cas contraire, la collecte de données à caractère personnel peut devenir intrusive. Pire, elle peut entraîner des souffrances chez le salarié. D'où une tension entre l'obligation de satisfaire à l'exigence d'objectivité et certains droits et libertés des salariés, tension qui fait écho à celle entre pouvoir de l'employeur et droits fondamentaux des salariés.

502. Pour mieux comprendre les ressorts de l'opposition décrite ci-dessus, il convient déjà de rendre compte des rapports étroits qu'entretiennent certains procédés utilisés en justice à titre de preuve par l'employeur avec le contrôle exercé en interne, dans l'entreprise et à l'ombre du juge. Il en va ainsi non seulement des supports technologiques de surveillance des salariés, mais également des procédés d'évaluation. Même si la surveillance et l'évaluation sont clairement distinguées par le droit et relèvent de situations et de technologies différentes, il n'en demeure pas moins qu'en pratique ces actions patronales permettent de contrôler les salariés. Là se situe l'originalité du droit du travail lorsqu'il s'agit de considérer les aptitudes d'une personne « il s'agira moins de saisir les capacités véritables d'un salarié que de contrôler l'exercice d'un pouvoir. » ¹³⁶² Plus encore, l'appréciation des aptitudes contribue au contrôle au sens fort du terme c'est-à-dire, à la « domination de l'employeur sur le salarié. » ¹³⁶³ A cet égard, la surveillance et l'évaluation impliquent toutes de procéder à une collecte d'informations sur les salariés indispensable pour effectuer ensuite un jugement de validation ou de conformité par rapport aux attentes de l'employeur. Dans le cadre de la surveillance, l'information recueillie doit permettre d'apprécier si le salarié s'est conformé à un état prédéterminé par l'employeur. Le cas échéant, le salarié peut être sanctionné. Quant à l'évaluation, les données recueillies doivent servir à apprécier si le salarié s'est conformé au

D. 1995, p. 323.

¹³⁶⁰ A. Lepage, « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », Dr. Soc. 2006, p. 364.

¹³⁶¹ Ph. Waquet, « La vie personnelle du salarié », Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 514; v. aussi du même auteur, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. Soc. 2000, p. 1052, sp. p.1055.

¹³⁶² S. Vernac, « L'évaluation des salariés en droit du travail », D., 2005, p. 924. V. également en ce sens, A. Lyon-Caen, « L'évaluation des salariés », D., 2009, p. 1124.

¹³⁶³ M. Roussel, op. cit., n° 272 et n° 276.

respect d'un critère sans que celui-ci puisse être sanctionné le cas échéant.¹³⁶⁴ Ainsi, la comparaison qu'implique le jugement de validation dans les deux cas nécessite d'observer le salarié c'est-à-dire, de recueillir des éléments d'information fiables parce que porteurs de vérité sur ce dernier. En d'autres termes, l'objectivité de l'inférence émise par l'employeur sur la satisfaction ou l'absence de satisfaction de ses attentes par le salarié dépend du recueil de données crédibles sur celui-ci. Or, c'est lors de cette étape que peut apparaître une tension entre la recherche d'éléments de connaissance sur le salarié et certains de ses droits et libertés fondamentaux. En effet, la diversification des moyens de contrôle de l'employeur¹³⁶⁵ lui permet de franchir dans le cadre de ses investigations la frontière de la sphère professionnelle marquée par la subordination, pour atteindre la sphère personnelle et donc, la personne du salarié qui doit en principe demeurer hors du champ de la subordination. A défaut, c'est la dignité du salarié en tant que personne en situation de travail subordonné qui est menacée.¹³⁶⁶ Une telle menace prend encore plus de relief compte tenu du fait que le salarié n'est pas, dans l'entreprise, en mesure d'exercer pleinement ses droits individuels même si ses prérogatives sont celles de tout citoyen. Il dispose notamment d'un droit à l'information, d'un droit d'accès comme d'un droit de rectification de ses données. Toutefois en pratique, le salarié se heurte à la relation hiérarchique, au rapport de force auquel il est soumis.¹³⁶⁷ Bien que nécessaire au respect de l'exigence d'objectivité, la collecte d'informations inhérente à la surveillance et à l'évaluation des salariés génère en définitive un risque, celui de voir ces derniers sous l'emprise excessive de la relation de subordination.

¹³⁶⁴ Derrière la fonction affichée par le droit d'apprécier les aptitudes professionnelles des salariés, il a été démontré que l'évaluation est la marque d'une mutation du contrôle de l'activité du salarié qui consiste in fine à procéder à un jugement de validation. Ibid., n° 269 et n° 272 s.

¹³⁶⁵ Outre les technologies de surveillance, l'employeur peut mettre en place d'autres dispositifs de surveillance. Il peut par exemple, recourir à une surveillance humaine c'est-à-dire, à une surveillance par les supérieurs hiérarchiques. Dans ce cas, il n'est pas tenu d'informer préalablement les salariés contrôlés ni de consulter préalablement les représentants du personnel (Cass. Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.427, Dr. Soc. 2015, p. 81, note D. Boulmier). Par ailleurs, l'employeur peut avoir recours à l'aide du juge pour accéder à des données qu'il ne peut consulter lui-même en raison de leur caractère personnel. Le respect de la vie personnelle ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du CPC, si le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818). Ainsi l'employeur dispose malgré son obligation de respecter la vie personnelle du salarié, d'un ensemble assez important de moyens intrusifs pour établir une preuve en justice, qu'il s'agisse de sa propre initiative ou qu'il sollicite l'aide d'un juge. En ce sens v. E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, Droit de la preuve, PUF, coll. Thémis, 2015, p. 371.

¹³⁶⁶ P. Adam, « La dignité du salarié et le droit du travail. Première partie », RDT 2014, p. 168 ; V. également, O. de Tissot, « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », Dr. Soc. 1995, p. 972.

¹³⁶⁷ Ch. Lenoir et B. Wallon, « Informatique, Travail et Libertés », Dr. Soc. 1988, p. 213.

503. A la lumière de ce qui précède, il convient d'illustrer les éventuelles atteintes portées à la personne du salarié en étudiant par quels biais certains modes de contrôle fragilisent l'opposition entre sphère professionnelle et sphère personnelle au détriment de cette dernière. En fonction des modes de contrôle utilisés, différents droits et libertés de la personne peuvent être atteints. Dans le cadre de la collecte des données par les supports technologiques, pareille collecte risque de porter plus assurément atteinte à la vie personnelle du salarié même si d'autres droits et libertés sont également susceptibles d'être touchés.¹³⁶⁸ **(Paragraphe 1)** Cela vaut également pour les procédés d'évaluation surtout si des technologies de l'information et de la communication sont utilisées.¹³⁶⁹ Toutefois, ces dernières sont susceptibles de heurter plus profondément la personne du salarié en ce qu'elles peuvent également atteindre sa santé voire, sa vie.¹³⁷⁰ **(Paragraphe 2)**

Paragraphe 1 : *La vie personnelle du salarié à l'épreuve des supports technologiques*

504. Protégée par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 9 du Code civil au titre du droit au respect de la vie privée, la vie personnelle inclut « l'ensemble du comportement du salarié, qu'il relève de l'intimité de la vie privée ou du comportement public et qui échappe à l'autorité de l'employeur pendant ou en dehors de la

¹³⁶⁸ Il n'y a pas que la vie personnelle ou privée qui peut être atteinte par les technologies de surveillance. Il a été souligné également que celles-ci pouvaient instaurer dans l'entreprise un état permanent de méfiance entre salariés et employeur ou qu'elles étaient susceptibles de transformer l'existence des hommes en un espionnage clandestin permanent. Cf. M. Roussel, op. cit., n° 291.

¹³⁶⁹ L'employeur peut utiliser à des fins évaluatives des dispositifs d'écoute ou d'enregistrement des appels téléphoniques. Ces derniers sont susceptibles de porter atteinte à la vie personnelle du salarié. D'où l'encadrement de leur utilisation par l'article L1121-1 du Code du travail. Cf. infra n° 522.

¹³⁷⁰ Certains procédés d'évaluation peuvent atteindre également la vie personnelle du salarié dans la mesure où il s'agit de moyens tendant à apprécier la personnalité du candidat à l'embauche ou bien du salarié. Il peut en être ainsi des tests de personnalité comme des critères comportementaux dont l'essor se manifeste à travers le développement des référentiels de « savoir-être ». Toutefois, la fiabilité ou l'objectivité des méthodes et techniques d'évaluation est arrimée à une exigence de pertinence c'est-à-dire, à une exigence d'adéquation des procédés utilisés par rapport à une finalité légitime à savoir, les qualités professionnelles attendues. Ainsi, l'atteinte à la vie personnelle qu'est susceptible de provoquer l'évaluation ne saurait être imputable à des procédés réputés fiables donc objectifs puisqu'en vertu de l'exigence de pertinence leur fiabilité ou objectivité est appréciée à la lumière de la finalité poursuivie à savoir, l'appréciation des aptitudes professionnelles. Donc si l'évaluation peut porter atteinte à la vie personnelle, celle-ci ne peut être due qu'à des procédés d'évaluation non pertinents parce que subjectifs ou dont la valeur prédictive ou explicative est très faible pour apprécier les aptitudes professionnelles. Or, ici il n'est question que des risques pour les droits et libertés individuelles dus à l'usage de procédés de contrôle réputés plus fiables. Comme la vie personnelle ne risque pas d'être heurtée par des méthodes d'évaluations pertinentes donc fiables, leur caractère attentatoire à la personne du salarié sera étudié par rapport à un autre droit, à savoir la santé du salarié.

durée du travail. »¹³⁷¹ Ainsi, le salarié a le droit de préserver une certaine « opacité de sa personne »¹³⁷² face au pouvoir de contrôle y compris sur son lieu de travail.¹³⁷³ En d'autres termes, sa personne doit rester hors-champs puisqu'en signant le contrat de travail celui-ci s'engage uniquement à mettre à disposition sa force de travail en échange d'une rémunération. Or, la diversification des moyens de contrôle due à l'essor des technologies de l'information et de la communication comme à celui des technologies médicales pour les tests de dépistage, permet à l'employeur de collecter un grand nombre de données à caractère personnel y compris des informations sensibles comme les données de santé.¹³⁷⁴ Pareille collecte peut même être effectuée de manière continue par l'employeur comme c'est le cas pour la vidéosurveillance ou pour la géolocalisation.

505. Intrusives, les technologies de surveillance utilisées le sont à des degrés différents. De ce fait, l'atteinte qu'elles sont susceptibles de porter à la vie personnelle du salarié varie également selon le procédé employé. De manière plus précise, la gradation sera fonction de l'objet des investigations de l'employeur. Ainsi, plus ce dernier cherchera à avoir une connaissance de l'intime, plus le degré d'atteinte à la vie personnelle du salarié sera élevé. Par exemple, s'il utilise les technologies de l'information et de la communication (TIC) pour collecter des données personnelles c'est-à-dire, des informations permettant d'identifier directement ou indirectement une personne physique,¹³⁷⁵ l'atteinte à la vie personnelle du salarié ne sera pas la même que s'il procède à un dépistage. En effet, lorsque l'employeur recueille des données biologiques c'est-à-dire, des données de santé en procédant à un

¹³⁷¹ P. Perraki, La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen. Etude comparative des droits français, hellénique britannique et européen, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015, p. 19. Qui plus est, l'auteur reconnaît que la vie personnelle est un concept extrêmement large et indéfinissable, « à la limite d'un certain ésotérisme juridique ». p. 25-26. Un autre auteur définit cette notion comme « l'ensemble des actes, paroles, comportements publics du salarié, qui sont sans rapport avec l'exécution du contrat de travail ou la vie de l'entreprise ». A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, 2010, p. 132.

¹³⁷² M. Grévy, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », *Dr. Soc.* 2012, p. 331.

¹³⁷³ C'est ce qui explique le recours à la notion plus large de vie personnelle que de vie privée.

¹³⁷⁴ V. l'art. 4. 15) relatif à la définition des « données concernant la santé » du RGPD. Ces données sont relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne. V. de manière plus détaillée, le considérant 35 du RGPD. Celui-ci énonce que les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale, passé, présent ou futur de la personne concernée. Cela comprend notamment des informations obtenues lors du test ou de l'examen d'une partie du corps ou d'une substance corporelle y compris à partir d'échantillons biologiques par exemple.

dépistage, l'atteinte portée à la vie personnelle du salarié est sensiblement plus élevée parce que ce mode de contrôle peut révéler des addictions ou des pathologies dont souffre le salarié alors que les données collectées via les TIC permettent simplement d'identifier le salarié. L'atteinte y est donc moins importante même si elle n'est pas négligeable pour autant, vu que les TIC peuvent donner à voir certaines habitudes des salariés et révéler ainsi, des aspects de leur personnalité. En effet, cela est dû au fait qu'une surveillance instantanée et continue est assurée par ces technologies.¹³⁷⁶ En somme, l'atteinte à la vie personnelle du salarié est moins élevée lorsque les TIC sont utilisées pour collecter des données personnelles tendant à l'identifier. (A) En revanche, pareille atteinte est assurément plus élevée quand il s'agit de dépistage et donc de recueil des données de santé. (B)

A. TIC et collecte de données personnelles

506.La diversification des technologies de surveillance des salariés due au progrès de la technique a sensiblement accru la capacité de l'employeur à détenir et à utiliser un grand nombre de données personnelles grâce auxquelles il peut identifier le salarié sur son lieu de travail voire même en dehors de ce dernier¹³⁷⁷. Plus encore, c'est une traçabilité quasi permanente de ses faits et gestes qui peut être assurée notamment par la collecte d'images, de données provenant de son ordinateur professionnel, de ses appels voire même, de ses déplacements. Ainsi, les TIC assurent une traçabilité aussi bien des actions du salarié dans un espace physique (1) comme celle de ses actions dans l'espace numérique à travers les ordinateurs et autres appareils numériques que l'employeur met à sa disposition. (2)

1) La traçabilité des actions du salarié dans un espace physique

507.La traçabilité des actions du salarié dans un espace physique peut être directe ou indirecte. Par exemple, celui-ci peut être directement identifié à travers la vidéosurveillance et les écoutes téléphoniques. Dès lors, c'est par les images récoltées et les voix enregistrées que peuvent être identifiées et partant, retracées les actions individuelles du salarié. Plus précisément, l'installation de caméras filme ce dernier dans l'exercice de son travail à l'instar

¹³⁷⁵ V° sens de « donnée personnelle » sur le lien suivant : <https://www.cnil.fr/fr/glossaire>.

¹³⁷⁶ Ph. Waquet, « Droit du travail et nouvelles technologies de l'information et de la communication », Dr. Soc. 2002, p. 10.

¹³⁷⁷ Sur l'impact des TIC en droit du travail, cf. J.-E. Ray, « Droit du travail et TIC », Dr. Soc., 2007, p. 149. Du même auteur, cf. également, « Actualités des NTIC », Dr. Soc., 2013, p. 978.

du « panopticon », ¹³⁷⁸ tandis que l'installation de procédés d'écoutes téléphoniques permet d'enregistrer ses conversations. Or, le salarié en tant que personne, dispose d'un droit à l'image et du droit au secret des correspondances lesquels prennent également comme assise l'article 9 du Code civil c'est-à-dire, le droit au respect de la vie privée. Ainsi, quand bien même la vidéosurveillance et les écoutes téléphoniques sur le lieu de travail du salarié ne seraient pas déloyales c'est-à-dire, qu'elles ne seraient pas clandestines et qu'elles constitueraient une expression légitime du contrôle de l'employeur pour veiller notamment à la sécurité des biens et des personnes, il n'en demeure pas moins que leur mise en œuvre peut porter une atteinte disproportionnée à la vie privée du salarié. Lorsque l'enregistrement de l'image ou des conversations a eu lieu sans le consentement préalable de celui-ci dans un lieu privé non ouvert au public, l'employeur est de surcroît passible du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui et ce, en vertu de l'article 226-1 du Code pénal ¹³⁷⁹.

508. Outre la vidéosurveillance et les écoutes téléphoniques, peut être également citée la géolocalisation, procédé que l'essor des salariés dits itinérants ou nomades n'a eu de cesse de promouvoir ¹³⁸⁰. Cette dernière apparaît à bien des égards, encore plus attentatoire au droit au respect de la vie personnelle parce qu'elle permet de recueillir une plus grande quantité de données sur le salarié. Ainsi, à travers elle peuvent être récoltées en continu des données sur les déplacements effectués par celui-ci en dehors du lieu de travail. En ce sens, la

¹³⁷⁸ Le panopticon renvoie avant tout à une organisation spatiale, « cette figure architecturale où, depuis un point central, une tour, le surveillant peut contrôler avec pleine visibilité tout le cercle du bâtiment divisé en alvéoles, tandis que les surveillés, logés dans des cellules individuelles, séparées les unes des autres, sont vus sans voir celui qui les observe », A. Mattelart, *La globalisation de la surveillance – Aux origines de l'ordre sécuritaire*, La découverte/poche, 2008, p. 11. Pour M. Foucault, « le panoptique est une machine à dissocier le couple voir-être vu : dans l'anneau périphérique, on est totalement vu, sans jamais voir ; dans la tour centrale, on voit tout, sans être jamais vu », *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 235. Sur l'entreprise panoptique, v. la réflexion de R. de Quenaudon, « L'insubordination qui ne peut être reprochée au salarié », D. 2004, p. 2736.

¹³⁷⁹ L'enregistrement de conversations à leur insu de salariés en dehors du temps et du lieu de travail, sur des lignes téléphoniques privées, ne constitue pas une telle atteinte si aucun propos touchant à la vie privée des intéressés, c'est-à-dire concernant leurs relations familiales ou amicales, leur vie conjugale ou sentimentale, leur vie physique ou leur état de santé, n'a pas été retranscrit. Il en va ainsi des propos qui portent exclusivement sur les conditions de rédaction d'attestations produites par l'employeur. Cass. Crim., 14 février 2006, n° 05-84.384, GP, 8 sept. 2006, p. 15, note Y. Monnet.

¹³⁸⁰ La CJUE promeut elle-même le recours à de tels dispositifs de contrôle. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt du 10 septembre 2015 (C-266/14) rendu à propos de la qualification des temps de trajet effectués par des salariés itinérants. Dans son point 40, elle relève que « les gouvernements espagnols et du Royaume-Uni ont exprimé la crainte de voir de tels travailleurs se livrer en début et en fin de journée à leurs occupations personnelles. Toutefois, une telle crainte ne saurait affecter la qualification juridique du temps de trajet. Dans une situation telle que celle au principal, il appartient à l'employeur de mettre en place les instruments de contrôle nécessaires pour éviter les abus éventuels. » Sur cet arrêt, v. note A. Fabre, Dr. Soc., 2016, p. 58.

géolocalisation constitue en quelque sorte un dispositif de « filature électronique » puisqu'elle relève minute par minute la position exacte du véhicule du salarié sur l'ensemble de sa journée de travail.¹³⁸¹ Pourtant, la filature « humaine » est un procédé de contrôle illicite parce qu'elle est nécessairement disproportionnée ce qui la rend injustifiable eu égard aux intérêts légitimes de l'employeur.¹³⁸² Autrement dit, ce que l'homme ne peut faire, l'électronique y est autorisée.

En outre, la géolocalisation permet également de traiter d'autres données à caractère personnel telles que celles relatives à l'identification du salarié (nom, prénom, coordonnées professionnelles, matricule interne, numéro de plaque d'immatriculation du véhicule), à l'utilisation du véhicule (vitesse de circulation du véhicule, nombre de kilomètres parcourus, durées d'utilisation du véhicule, temps de conduite, nombre d'arrêts) ainsi qu'à la date et à l'heure d'activation et de désactivation du dispositif de géolocalisation pendant le temps de travail.¹³⁸³ Même s'il ne s'agit pas là de données à caractère personnel à proprement parler, les données relatives à l'utilisation du véhicule ainsi qu'aux moments d'activation et de désactivation de la géolocalisation permettent de retracer de manière précise les faits et gestes du salarié et leur usage est susceptible de porter atteinte à sa liberté d'aller et venir. Pareille récolte indirecte des informations sur ce dernier peut être également effectuée par des autocommutateurs téléphoniques. Ceux-ci permettent en effet, de gérer et de contrôler les dépenses téléphoniques des salariés par l'enregistrement, par numéro de poste, des numéros de téléphone appelés, de la date, l'heure, la durée et le coût des communications effectuées. Or, ces informations permettent aussi d'identifier les salariés et leurs correspondants, et constituent par conséquent, des informations indirectement nominatives.¹³⁸⁴

¹³⁸¹ A. Bretonneau, « Contrôle du temps de travail : l'illicéité de la géolocalisation », *AJDA*, 2018, p. 402.

¹³⁸² Cass. Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ. V*, n° 352; *D.* 2003, p. 1305, note J. Ravanas. Plus largement, cf. Cass. Civ. 1^{re} 22 septembre 2016, n° 15-24.015, *D.* 2017, p. 490, note B. Beignier.

¹³⁸³ Article 3 de la délibération CNIL n° 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés (norme simplifiée n° 51).

¹³⁸⁴ Article 4 de la loi du 6 janvier 1978 : « Sont réputées nominatives (...) les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles

2) La traçabilité des actions du salarié sur l'espace numérique

509. La traçabilité des actions du salarié sur l'espace numérique peut être effectuée de plusieurs manières dès lors que des outils informatiques sont utilisés et mis à la disposition des salariés. En effet, tout ce qui a été fait sur la machine est enregistré, sa capacité de mémoire constituant un élément essentiel de ses performances. C'est le rôle du disque dur, l'un des principaux composants de l'ordinateur, que de stocker des données. L'ordinateur constitue ainsi une boîte noire des activités numériques de l'utilisateur (textes, images, messages envoyés et reçus, mémoire cache enregistrant les pages internet consultées afin d'optimiser le temps de chargement et d'éviter l'engorgement du réseau...).¹³⁸⁵ Mais surtout, l'ordinateur est une boîte noire aisément accessible par l'employeur. Par exemple, ce dernier peut inspecter l'ordinateur professionnel du salarié sachant que les conditions d'accès à celui-ci ont été considérablement assouplies. En effet, a été largement tempérée la portée de l'arrêt Nikon dans lequel la Chambre sociale avait pourtant décidé que « le salarié a droit même, au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ». ¹³⁸⁶ En effet, la Chambre sociale a, par la suite, restreint la portée de cette solution dans un arrêt du 17 mai 2005, selon lequel « sauf risque ou événement particulier, l'employeur ne peut ouvrir les fichiers du salarié identifiés comme personnels qu'en sa présence ou celui-ci dûment appelé ». ¹³⁸⁷ Par ailleurs, il a été également décidé que le président du TGI peut autoriser l'huissier de justice dans le cadre d'une action in futurum à accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition du salarié et à prendre connaissance des messages électroniques échangées par le salarié. ¹³⁸⁸ Un arrêt du 23 mai 2007 précisait déjà à cet égard

s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale. »

¹³⁸⁵ La cybersurveillance sur les lieux de travail, rapport présenté par H. Bouchet, adopté par la CNIL 5 fév. 2002 p. 18.

¹³⁸⁶ Cass. Soc. 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ., V n° 291 ; D. 2001, p. 3286, note Ph. Langlois ; Dr. Soc. 2001, p. 3148, note J.-E. Ray ; A. Mole « Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », Dr. Soc. 2002, p. 84 ; P.-Y. Gautier, « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la 'vie privée' des salariés », D. 2001, p. 3148.

¹³⁸⁷ Cass. Soc. 17 mai 2005, n° 03-40.017 ; v. aussi Cass. Soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, D. Pan., 2010, p.2671, note P. Delebecque, J.-D., Bretzner et I. Gelbard-Le Dauphin.

¹³⁸⁸ Cass. Soc. 10 juin 2008, n° 06-19.229 ; chron. M. Vivant, N. Mallet-Poujol, J.-M. Bruguière, JCP E, 2009, n° 27, p. 23 ; note B. Bossu, JCP S, 11/2008, n° 46, p. 27.

que « le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 CPC dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées. »¹³⁸⁹ A cela s'ajoute encore l'extension de la présomption de caractère professionnel aux fichiers informatiques,¹³⁹⁰ aux connexions électroniques Internet¹³⁹¹ et aux courriels.¹³⁹² Il en ressort que la vie personnelle n'est plus un rempart efficace contre l'accès aux données personnelles contenues dans les fichiers informatiques ni contre l'accès aux messages émis et reçus par le salarié sur son ordinateur professionnel.

510. De même, grâce à l'usage de certains procédés de cybersurveillance¹³⁹³ comme le firewall, les serveurs « proxy » ou la mémoire cache¹³⁹⁴ l'employeur peut inspecter les données de connexion comme les journaux d'événements.¹³⁹⁵ Ces données permettent d'identifier à quel moment, quand et sur quel site un salarié pris individuellement s'est connecté à partir de son ordinateur professionnel. Leur contrôle peut alors permettre de

¹³⁸⁹ Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818 ; note E. du Rusquec, GP 3/2008, n° 76-78, p. 20.

¹³⁹⁰ Cass. Soc. 18 oct. 2006, n° 04-48.025. V. sur la question, G. Loiseau, « Le droit à la preuve face aux secrets », RJS 02/2017, p. 83.

¹³⁹¹ Cass. Soc. 9 juill. 2008, n° 06-45.800 ; Cass. Soc. 9 févr. 2010, n° 08-45.253.

¹³⁹² Cass. Soc., 15 déc. 2010, n° 08-42.486.

¹³⁹³ La cybersurveillance désigne l'ensemble des contrôles effectués avec les ordinateurs, logiciels, messageries et lors des connexions ou des transferts de données. Elle assure un traçage complet et permanent des actions du salarié sur la Toile, à savoir un traçage de toutes les données diffusées, reçues et consultées par le salarié sur Internet. Il s'agit même là de la caractéristique principale de la cybersurveillance puisque chacune des actions du salarié sur l'ordinateur telle que l'ouverture ou la fermeture d'une session, l'utilisation de la messagerie, la saisie, la connexion et la navigation sur un réseau, laisse des indications relatives à la chronologie, à la nature et à la durée des opérations effectuées, de même que des informations relatives aux données traitées et échangées, aux sites et adresses visitées. « Cyberpreuve et consultation du CE : l'e-preuve à l'épreuve », Les cahiers du DRH, n°23, 1^{er} janv. 2004 ; E. A. Caprioli, « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes « informatiques », LPA 29 sept. 2004, p. 9 ; A. Barège et B. Bossu, « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », JCP S 2013, 1393 ; E. A. Caprioli et A. Gurfinkiel, « Cybersurveillance des salariés et communications électroniques », in J.-M. Bruguière, L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet : quid novi ?, Dalloz, 2014, p.171 ; S. Lefebvre, Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec, préf. D. Berra, PUAM, 1998 ; J.-E. Ray, Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, éd. Liaisons, 2001, p.87 s. ; M.-P. Fenoll-Trousseau et G. Haas, La cybersurveillance dans l'entreprise et le droit, Litec, 2002 ; I. De Benalcázar, Droit du travail et nouvelles technologies, Montchrestien, 2003, p. 83 s. ; M. Démoulain, Nouvelles technologies et droit des relations de travail, préf. B. Teyssié, LGDJ, 2012, p. 291 s.

¹³⁹⁴ Cf. supra n° 467.

¹³⁹⁵ Les journaux d'événements figurent comme un exemple de données à caractère personnel dans une typologie établie par la CNIL. V. CNIL, *Analyse d'impact relative à la protection des données. Les bases de connaissances*. Privacy Impact Assessment (PIA), éd. fév. 2018.

caractériser un usage abusif de ce dernier. Comme autre exemple de donnée de connexion, mérite également d'être citée l'adresse IP (Internet Protocol) qui permet également d'identifier l'internaute et de retracer ses actions sur la Toile. En effet, l'adresse IP a bel et bien été reconnue comme une donnée à caractère personnel par deux arrêts. Le premier a été rendu par la CJUE le 19 octobre 2016 et le second, par la Cour de cassation le 3 novembre 2016.¹³⁹⁶ De manière plus précise, ces juridictions qualifient cette donnée de moyen d'identification indirecte de la personne. En effet, composée d'une suite de chiffres, l'adresse IP ne permet pas d'identifier directement la personne concernée. A cet égard, des données supplémentaires sont nécessaires qu'il convient de croiser et qui sont en partie détenues par le fournisseur d'accès à Internet. Or, la qualification de donnée à caractère personnel conférée à l'adresse IP par ces deux arrêts s'inscrit bien dans la définition qu'en donne l'article 4 du Règlement général de protection des données entré en vigueur le 25 mai 2018.¹³⁹⁷ Ce dernier dispose ainsi que sous le terme de « donnée à caractère personnel » référence est faite « à toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée ») ». En ce sens, ladite disposition précise bien qu'est « réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale. » Malgré l'existence d'obstacles techniques pouvant entraver les recherches menées pour identifier la personne derrière l'adresse IP,¹³⁹⁸ il faut préciser que compte tenu de la maîtrise des outils informatiques sur le lieu de travail par un responsable du traitement, il est aisé pour ce dernier d'identifier le salarié par son adresse IP.

¹³⁹⁶ CJUE, 19 oct. 2016, Breyer, C-582/14 et Cass. Civ. 1^{ère} 3 nov. 2016, n° 15-22.595 Publié au bulletin. V. note ss arrêt de G. Péronne et E. Daoud « L'adresse IP est bien une donnée à caractère personnel » *Dalloz IP/IT* 2017, p. 120. ; J. Hauser « L'adresse IP est un élément d'identification » *RTD civ.* 2017, p. 94.

¹³⁹⁷ Pour une analyse critique M.-F. Mazars et M. Körner, « La mise en œuvre du RGPD : un renfort pour les droits des salariés ? » *RDT* 2018, p. 498.

¹³⁹⁸ Sur ces obstacles v. note ss arrêt de G. Péronne et E. Daoud, art. cit., p. 120. V. également, J. Hauser, art. cit.

B. Tests de dépistage et collecte des données de santé

511. Avec la réalisation de dépistages à l'aide d'éthylotests et de tests salivaires, l'employeur atteint la personne du salarié à un degré plus élevé encore. Il a accès à son identité biologique.¹³⁹⁹ En effet, ces procédés permettent de collecter à partir du corps même du salarié des données qualifiées de « sensibles », à savoir des données de santé. Il devient dès lors évident que la réalisation du dépistage atteint la vie privée du salarié tout en charriant le risque d'une discrimination en raison de son état de santé. (1) Mais le dépistage ne va-t-il pas encore plus loin ? Ne va-t-il pas également jusqu'à porter atteinte à l'intégrité du corps humain (2) ?

1) Atteinte à la vie privée et risque de discrimination en raison de l'état de santé

512. Dès lors que les éthylotests et les tests salivaires¹⁴⁰⁰ peuvent être pratiqués par l'employeur ou un supérieur hiérarchique donc par des non-professionnels de la santé qui ne sont pas tenus au secret médical, il relève de l'évidence que le dépistage peut porter atteinte à la vie privée du salarié. En effet, les données recueillies peuvent révéler les traces d'une consommation de substances illicites en dehors du lieu de travail. Par exemple, le salarié aura pu fumer du cannabis pendant ses vacances ou pendant une escale entre deux vols s'il travaille pour une compagnie aérienne¹⁴⁰¹ ou boire de l'alcool au cours d'un repas en dehors de l'entreprise. Le dépistage révèle ainsi la porosité de la frontière entre sphères professionnelle et personnelle.¹⁴⁰² Cette porosité peut être renforcée selon la substance consommée. Est-il nécessaire de préciser notamment au vu des conséquences qui y sont attachées, que détecter une consommation d'alcool ou des traces de consommation de cannabis ce n'est assurément pas risquer de porter atteinte à la vie privée de la même manière. En effet, les conséquences de l'alcool et du cannabis sur l'organisme sont différentes. Comme cela a été souligné par un auteur, la « temporalité consommation-effets-présence dans l'organisme de l'alcool est homogène » alors que « tel n'est pas le cas pour le cannabis dont les traces dans l'organisme perdurent bien au-delà de la consommation et de ses effets. »

¹³⁹⁹ En ce sens, L. Dauxerre, « Le corps, carte d'identité du salarié », JCP S, 2008, p. 1578.

¹⁴⁰⁰ Cf. supra n° 487 s. et n° 491 s.

¹⁴⁰¹ Voir les faits ayant donné lieu à l'arrêt Air Tahiti, Cass. Soc. 27 mars 2012, D. 2012 p. 1065 ; Dr. Soc., 2012, p. 525, note J. Mouly. Pour une réflexion plus large, Ph. Auvergnon, « Drogues illicites et travail salarié : agir, sans surréagir », Dr. Soc., 2015, p. 449.

¹⁴⁰² Ch. Robinaud, « Le dépistage des drogues en entreprise : une réponse... à quelle question ? Approche juridique du test salivaire et de l'alcootest. » in *Se doper pour travailler* - Erès 2017 p. 92.

Donc « ces réalités biologiques impliquent une considération différente de l'atteinte à la vie privée du salarié ». ¹⁴⁰³ Au passage, on pourrait aussi souligner que le test salivaire est plus « invasif » que l'éthylotest. Recueillir le souffle d'une personne, ce n'est pas recueillir sa salive. De manière plus précise, c'est parce qu'il y a « un lien temporel ténu entre les effets de la consommation de l'alcool et les traces persistant dans l'organisme » ¹⁴⁰⁴ que le risque est plus grand de créer un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, notamment de porter atteinte à la sécurité des biens et des personnes. En revanche, s'agissant de rechercher la consommation de cannabis, le risque d'atteinte à la vie privée est plus grand vu que le test salivaire est en mesure de détecter des traces de consommation plus anciennes que l'alcool. Ainsi « le lien temporel entre les effets de la consommation et les traces dans l'organisme est très distendu ». ¹⁴⁰⁵ Plus encore, le test salivaire peut détecter des traces d'hallucinogènes dans l'organisme alors même que les effets de la consommation ont disparu. ¹⁴⁰⁶ Cela signifie qu'un salarié pourra se révéler positif à un dépistage de cannabis alors même qu'il aurait consommé en dehors de la sphère professionnelle et que la substance n'aurait plus aucun effet sur son comportement ou sa conscience. Ainsi, non seulement il peut y avoir atteinte à la vie privée mais la consommation qui serait révélée peut ne pas justifier objectivement l'atteinte à la sécurité dans l'entreprise.

513. Qui plus est, la révélation d'une telle consommation est propice à des agissements discriminatoires prohibés en raison de la santé du salarié puisqu'il peut révéler une addiction ou une pathologie dont souffre le salarié dépisté. Le glissement vers ce type d'agissement est si aisé que l'employeur est redevable d'une obligation de sécurité qui a été considérablement renforcée par la jurisprudence et qui a eu pour effet d'accroître son pouvoir disciplinaire. ¹⁴⁰⁷ Dans ce contexte, le test salivaire et l'éthylotest sont devenus des moyens utilisés par l'employeur pour démontrer qu'il s'est correctement acquitté de son obligation de sécurité. Le renforcement d'une telle obligation le conduit même à prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre du salarié dépisté positif. Or en procédant ainsi, l'employeur peut se rendre coupable de discrimination en raison de l'état de santé s'il s'avère que le salarié est en réalité

¹⁴⁰³ Ibid.

¹⁴⁰⁴ Ch. Robinaud, « Le dépistage des drogues en entreprise : une réponse... à quelle question ? Approche juridique du test salivaire et de l'alcootest. » in *Se doper pour travailler* -Erès 2017.

¹⁴⁰⁵ Ibid.

¹⁴⁰⁶ Conseil Supérieur de la prévention des risques professionnels, avis du 26 sept.1990.

¹⁴⁰⁷ Cf. supra, n°

dépendant à la substance détectée dans son organisme.¹⁴⁰⁸ Du reste, le salarié qui aurait fait l'objet d'une discrimination par l'employeur peut subir un préjudice moral voire même, un préjudice matériel si une sanction disciplinaire lui est appliquée et a fortiori, s'il est licencié.¹⁴⁰⁹ In fine le dépistage est susceptible de porter atteinte au principe de non-discrimination.

2) Une atteinte au respect du corps humain ?

514. Outre l'atteinte à la vie privée du salarié, le dépistage ne heurte-t-il pas le respect dû au corps humain ? L'intégrité physique n'est-elle pas en jeu ? Si pareille question se pose cela est dû bien évidemment au prélèvement de substances corporelles. S'agissant du test salivaire, le frottement d'un bâtonnet est réalisé contre la joue du salarié pour prélever la salive alors que l'alcootest destiné à recueillir l'air expiré par le salarié, nécessite que ce dernier gonfle le ballon en soufflant à l'intérieur afin de déterminer son imprégnation alcoolique. Même si ces deux tests permettent de recueillir des éléments issus du corps du salarié, leur fonctionnement implique pour le salarié de se plier à des efforts différents. Pour le test salivaire il doit accepter d'ouvrir la bouche pour que le bâtonnet puisse prélever sa salive alors que pour l'éthylotest, le salarié doit souffler dans un ballon puis expirer de l'air. Le premier test constitue donc un acte invasif alors que le second ne l'est pas puisqu'il n'implique pas de prélèvement direct depuis le corps du salarié mais la simple expulsion d'air hors du corps.¹⁴¹⁰ La question du respect de l'intégrité physique du corps du salarié mérite donc d'être davantage posée à l'égard du test salivaire plutôt que de l'éthylotest même si le premier est jugé « peu invasif » par un auteur.¹⁴¹¹ En complément de cette question, il peut être également débattu de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain, principe fondamental protégé par l'article 16-1 du code civil. En effet, celui-ci exige de recueillir le consentement de la personne avant de pratiquer tout acte de biologie. Or, le salarié n'est pas en mesure de refuser le dépistage sur sa personne dès lors que ce dernier est licite. En effet, le respect de

¹⁴⁰⁸ Ch. Robinaud, art. cit., p. 96.

¹⁴⁰⁹ Considérant 75 RGPD : « Des risques pour les droits et libertés des personnes physiques dont le degré de probabilité et de gravité varie peuvent résulter du traitement de données à caractère personnel qui est susceptible d'entraîner des dommages physiques, matériels ou un préjudice moral en particulier, lorsque le traitement peut donner lieu à une discrimination (...) ».

¹⁴¹⁰ L. Gamet, « Le test salivaire » Dr. Soc. 2013, p. 51 ; du même auteur « Consommation de drogues par le salarié et tests salivaires » SSL 2012 n° 1545, p. 4.

¹⁴¹¹ J. Mouly, « Le dépistage des produits stupéfiants par l'employeur : le triomphe de la tentation sécuritaire ? », Dr. Soc. 2017, p. 244.

certaines conditions, notamment celles posées par l'article L1121-1 du Code du travail,¹⁴¹² permet à l'employeur de soumettre le salarié à ces tests. A défaut d'obéir le salarié s'expose à une sanction disciplinaire susceptible de lui faire perdre son emploi. Ainsi, l'employeur dispose du pouvoir de sanctionner le salarié qui ne se plierait pas au dépistage c'est-à-dire, à un acte de biologie qui demeure somme toute intrusif et qui dès lors, porte atteinte à l'inviolabilité du corps humain.

Il ressort ainsi de ce qui précède que la vie personnelle du salarié sur le lieu de travail comme en dehors de ce dernier, peut être atteinte par un grand nombre de technologies de surveillance. Parfois, certaines d'entre elles comme le dépistage peuvent favoriser les discriminations en raison de l'état de santé du salarié préjudiciables à ce dernier. D'autres procédés de contrôle sont toutefois susceptibles de causer des préjudices encore plus graves pour le salarié. Il en est ainsi de certaines méthodes et techniques d'évaluation qui peuvent porter atteinte à la santé même du salarié.

Paragraphe 2 : La santé du salarié à l'épreuve des procédés d'évaluation

515. Parce que son objet demeure incertain et qu'elle revêt une dimension incitative,¹⁴¹³ l'évaluation est de toute évidence susceptible de heurter la personne du salarié. En l'occurrence, la santé physique et mentale de ce dernier peut être atteinte.¹⁴¹⁴ Révélée par les études en clinique du travail,¹⁴¹⁵ (A) cette atteinte à la santé due à l'évaluation bénéficie également d'une certaine reconnaissance en droit. (B)

A. La reconnaissance des atteintes à la santé par la clinique du travail

516. Quelles que soient les perspectives que recouvre la clinique du travail¹⁴¹⁶ toutes s'accordent sur le fait que l'évaluation est un facteur important de risque pour la santé

¹⁴¹² Cf. infra n° 522 s.

¹⁴¹³ Sur la dimension incitative de l'évaluation v. M. Roussel, *L'évaluation professionnelle des salariés*, Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2016.

¹⁴¹⁴ Sur cette atteinte ibid., n° 539 s. Sur la protection de la santé physique et mentale des travailleurs, ibid., n°541 s.

¹⁴¹⁵ Sur la notion de clinique du travail, cf. not. Th. Périlleux, « Affairement et consistance existentielle. Les visées d'une clinique du travail », in Y. Clot, *Travail et santé. Ouvertures cliniques*, Paris, Erès, 2010, p. 51. V. également sur cette notion M. Roussel, op. cit., n° 546.

¹⁴¹⁶ Sur ces perspectives, ibid. L'auteur y évoque notamment la psychopathologie du travail, la psychodynamique du travail et la psychologie sociale. V. aussi, P. Molinier, A. Flottes, « Les approches en clinique du travail »,

physique et mentale des salariés.¹⁴¹⁷ Pour certains cliniciens du travail, pareille risque résulte en particulier de l'évaluation individualisée des performances parce qu'elle peut générer des pathologies de surcharge.¹⁴¹⁸ Cela est dû plus précisément, à la référence qu'induit une telle évaluation, aux indicateurs quantitatifs de gestion telle la réalisation d'un chiffre d'affaires par exemple et ce, au détriment de la référence au travail et aux métiers. Il en va ainsi également en raison des menaces et gratifications consécutives aux résultats obtenus. En effet, ces dernières sont à l'origine d'un accroissement de l'effort pour la performance susceptible de provoquer ces pathologies de surcharge.¹⁴¹⁹ En outre, la concurrence liée à l'évaluation individualisée génère déloyauté et méfiance entre collègues, et provoque par conséquent un isolement du salarié toute en favorisant l'aggravation de ces pathologies.¹⁴²⁰

517. En plus des indicateurs quantitatifs de gestion, des études en clinique du travail ont montré que d'autres types de critères d'évaluation participant également d'une évaluation individualisée des salariés, peuvent engendrer une « souffrance éthique ». Cette dernière a été définie comme « la souffrance qui résulte non pas d'un mal subi par le sujet, mais [comme] celle qu'il peut éprouver de commettre du fait de son travail, des actes qu'il réprouve moralement. »¹⁴²¹ Ce risque apparaît ainsi en présence de critères renvoyant aux valeurs de l'entreprise. En effet, ces derniers peuvent conduire à un conflit entre valeurs de l'entreprise

<http://www.collegerisquespsychosociaux-travail.fr/site/Revue-Psychologie-clinique-francaise.pdf>, p. 2.

¹⁴¹⁷ M. Roussel, op. cit., n° 546.

¹⁴¹⁸ Ch. Dejours « L'évolution de la souffrance au travail est à rechercher dans l'évolution de l'organisation du travail » Controverse, RDT 2010, p. 9.

¹⁴¹⁹ Parmi les pathologies spécifiques auxquelles donne lieu la surcharge de travail, il y a les troubles musculosquelettiques, l'addiction à des drogues ou à l'alcool mais aussi l'épuisement professionnel (burn out) qui est « un état d'esprit durable, négatif et lié au travail affectant des individus "normaux" d'abord marqué par l'épuisement, accompagné d'anxiété et de stress dépassé [distress], d'un sentiment d'amoindrissement de l'efficacité, d'une chute de la motivation et du développement de comportements dysfonctionnels au travail. Cette condition psychique est progressive et peut longtemps passer inaperçue du sujet lui-même. Elle résulte d'une inadéquation entre les intentions et la réalité professionnelle. Le burn out s'installe en raison de mauvaises stratégies d'adaptation associées au syndrome, souvent autoentretenu. » W. B. Schaufeli et D. Enzmann, *The Burnout Companion to Study and Practice : a Critical Analysis*, Londres, Taylor & Francis, 1998, p. 36 cité par Ph. Zawieja, *Le burn out*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2015, p. 15. Dans le pire des cas, la surcharge de travail peut conduire au suicide ou encore au Karôchi c'est-à-dire, à la mort subite par arrêt cardiaque en raison des conditions de travail et sans lien avec une prédisposition antérieure.

¹⁴²⁰ Ch. Dejours « L'évolution de la souffrance au travail est à rechercher dans l'évolution de l'organisation du travail » Controverse, RDT 2010, p. 9.

¹⁴²¹ Ch. Dejours, *Souffrance en France*, Seuil, 1998. Pour une illustration de cette souffrance appliquée à un milieu du travail. Cf. not. V. Bénard, « La souffrance éthique dans le travail des chargés de communication d'une administration », *Travailler* 2/2006 (n°16), p. 155.

et valeurs individuelles provoquant alors des tensions psychologiques.¹⁴²² En d'autres termes, les salariés sont contraints de donner l'apparence d'adhérer à ces valeurs.¹⁴²³ Or, la souffrance éthique qui peut être éprouvée par le salarié, est susceptible d'engendrer des troubles psychologiques tels que le stress, l'épuisement professionnel, les troubles anxieux ou la dépression.¹⁴²⁴ A la lecture de certaines décisions de justice il ressort également que l'atteinte à la santé par l'évaluation a été également reconnue en droit.

B. La reconnaissance des atteintes à la santé par le droit

518. Par un arrêt remarqué dit « Mornay » rendu en 2007, ¹⁴²⁵ la Cour de cassation a admis que l'évaluation pouvait porter atteinte à la santé mentale des salariés. En l'espèce tout en confirmant l'arrêt rendu par la cour d'appel, la Chambre sociale reconnaît les conséquences préjudiciables de l'évaluation sur la santé mentale des salariés comme suit : « 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 susciter une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail, (...) la cour d'appel a exactement décidé que le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT. »

519. Plus avant, une typologie des préjudices nés de l'évaluation a été proposée à partir de l'étude des arrêts de la Cour de cassation. Il s'agit de la surcharge de travail, du stress et du harcèlement moral. ¹⁴²⁶

¹⁴²² V. Meimoun Hayat, « Le '*forced ranking*' : une pratique illicite », JCP S 2013, 1318, p. 15.

¹⁴²³ E. Boussard-Verrechia, X. Petrachi, « Système d'évaluation et critères comportementaux : vers une clarification », Dr. Ouvr. 2012, n° 762, p. 4.

¹⁴²⁴ D. Girard, « Conflits de valeurs et souffrance au travail », Ethique publique, vol. 11, n° 2/2009, p. 130.

¹⁴²⁵ Cass. Soc. 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Bull. civ., V n° 201 ; RDT 2008, p. 124 note L. Lerouge ; SSL 10 déc. 2007, n° 1332, p. 10, note P.-Y. Verkindt et A. Mole ; Dr. Ouvr. 2008 p. 49, rapp. J.-M. Béraud, JCP S 2008, 1070, note J.-B. Cottin, RDT 2008, p. 180, obs. P. Adam ; RJS 2/08, n° 135.

¹⁴²⁶ M. Roussel, op. cit., n° 552 s. L'auteur précise néanmoins que « cette présentation distinguant la charge de travail, le stress et le harcèlement ne doit toutefois pas masquer l'existence d'une certaine imbrication entre ces différentes notions. En effet l'existence d'une surcharge peut ainsi constituer un élément laissant présumer l'existence d'un harcèlement moral. Dans le même sens, la surcharge de travail peut entraîner un « stress permanent et prolongé » conduisant à un « épuisement professionnel » n° 568.

S'agissant du premier type de préjudice, la surcharge de travail, celle-ci est attribuée plus précisément à l'évaluation par objectifs et au fait que ce mode de contrôle incite le salarié à réaliser son travail en fonction de ladite évaluation. A cet égard, il convient de se référer à un arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2007 dans lequel il est implicitement question des conséquences néfastes que peut avoir la dimension incitative de l'évaluation sur la charge de travail et in fine sur la santé du salarié. En l'espèce, à propos d'une rémunération variable, la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir jugé que le « principe d'une rémunération variable en fonction du nombre d'unités de course obtenues incitait l'intéressé à réaliser les livraisons qui lui étaient confiées en un minimum de temps aux fins d'effectuer le plus grand nombre possible pour augmenter le montant de ses primes, était un mode de rémunération de nature à compromettre la sécurité du salarié. »¹⁴²⁷

S'agissant du second préjudice, le stress¹⁴²⁸, c'est d'une « exposition prolongée »¹⁴²⁹ à ce dernier que des problèmes de santé peuvent survenir. Or, parmi les facteurs d'exposition prolongée au stress qui ont été identifiés par l'ANI relatif à ce thème, figure notamment l'existence d'« objectifs disproportionnés ou mal définis, une mise sous pression systématiques qui ne doit pas constituer un mode de management » ou encore l'« incertitude quant à ce qui est attendu au travail. »¹⁴³⁰ Ces facteurs font échos aux risques produits par l'évaluation. Toutefois, il convient de démontrer que le système d'évaluation est en lui-même à l'origine d'une situation de stress prolongé sans que pareille situation soit due à un autre élément indépendant. A défaut il n'y a pas lieu de le déclarer illicite.¹⁴³¹ Il a été reconnu néanmoins que certaines méthodes d'évaluation en particulier, peuvent générer un stress susceptible de porter atteinte à la santé du salarié. Il peut en aller ainsi du benchmark qui est une forme de mise en concurrence des salariés.¹⁴³² Ainsi, le caractère anxiogène de cette méthode a été reconnu dans un contentieux remarqué parce qu'il offrait une double

¹⁴²⁷ Cass. Soc. 13 juin 2007, n° 04-44.551, Inédit.

¹⁴²⁸ Il résulte de l'accord national interprofessionnel sur le stress au travail du 2 juillet 2008 qu'« un état de stress survient lorsqu'il y a déséquilibre entre la perception qu'une personne a des contraintes que lui impose son environnement et la perception qu'elle a de ses propres ressources pour y faire face. L'individu est capable de gérer la pression à court terme, mais il éprouve de grandes difficultés face à une exposition prolongée ou répétée à des pressions intenses ».

¹⁴²⁹ V. ANI sur le stress au travail du 2 juillet 2008.

¹⁴³⁰ Ibid.

¹⁴³¹ TGI Versailles, 28 Oct. 2010, n° 10/00270, SCS GE Medical Systems; RJS 2/11, n° 91 ; SSL, suppl, 31 janv. 2011, n° 1477, spéc. p. 86.

¹⁴³² Sur les différentes mises en concurrence, v. M. Roussel, op. cit.

comparaison permanente entre, d'une part, les salariés d'une agence bancaire et, d'autre part, les agences entre elles.¹⁴³³ Toutefois, il a été ultérieurement précisé par des juges de la cour d'appel de Lyon¹⁴³⁴ que toute forme de benchmark n'était pas pathogène. Cela semble dépendre du degré de mise en concurrence entre les salariés. En l'espèce, deux périodes sont distinguées par la cour. Une première période pendant laquelle la méthode de benchmark était pathogène et a causé « une souffrance collective réelle » aux salariés et une seconde, au cours de laquelle la société a mis en œuvre une forme de benchmark plus douce dans la mesure notamment où les salariés n'avaient plus accès aux résultats des autres salariés. Cette méthode était alors non pathogène.

Par ailleurs, on relèvera non sans intérêt, que la Cour de cassation admet aujourd'hui qu'un accident survenant à l'occasion ou à la suite d'un entretien d'évaluation peut relever de la législation sur les accidents du travail. Tel était le cas dans un arrêt rendu le 4 mai 2017 dans lequel il était question d'une salariée victime d'un choc psychologique au cours d'un entretien avec sa supérieure hiérarchique. La cour d'appel avait jugé que la salariée ne démontrait pas en quoi l'entretien avait eu un caractère inattendu et s'était déroulé dans des conditions susceptibles d'être à l'origine d'un choc psychologique. Elle a surtout admis que le ton de la supérieure hiérarchique, tout culpabilisant et directif qu'il ait pu être, ne permettait pas d'expliquer un tel choc, et que la salariée ne démontrait pas l'existence d'un lien entre le malaise dont elle avait été victime et l'entretien. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif qu'il suffisait, au titre de la présomption d'imputabilité de l'accident au travail, de constater que la salariée avait été victime d'un malaise survenu aux temps et lieu de travail. Le stress généré par un entretien d'évaluation est donc bel et bien susceptible de dégénérer en accident du travail¹⁴³⁵.

Quant au troisième type de préjudice, le harcèlement moral, celui-ci est qualifié de managérial lorsqu'il est causé par l'évaluation.¹⁴³⁶ Néanmoins cette forme de harcèlement est difficile à démontrer. Il résulte en effet de la jurisprudence de la Cour de cassation que « les méthodes de gestion mises en œuvre par un supérieur hiérarchique ne peuvent caractériser un harcèlement moral que si elles se manifestent pour un salarié déterminé par des agissements

¹⁴³³ TGI Lyon, ch. 1, sect. 2, 4 sept. 2012, n° 11/05300.

¹⁴³⁴ CA Lyon, 21 fév. 2014, n° 12/06988.

¹⁴³⁵ Cass. Civ. 2ème, 4 mai 2017, n° 15-29.411.

¹⁴³⁶ Sur le harcèlement moral managérial, v. M. Roussel, op. cit., n° 564.

répétés ayant pour objet ou pour effet d'entraîner une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »¹⁴³⁷ Pourtant certaines pratiques de gestion rattachées à l'évaluation peuvent donner lieu à un harcèlement managérial telles que le fait de donner des ordres contradictoires. ¹⁴³⁸ En effet, « dès lors que l'on considère que les critères sont susceptibles de constituer des directives de l'employeur, l'évaluation peut alors être l'occasion de fournir des ordres incompatibles avec d'autres exigences du métier qu'elles figurent comme critère d'évaluation ou non. »¹⁴³⁹ Du reste, la Cour de cassation a reconnu en dehors de l'évaluation que l'existence « d'ordres et de contre-ordres » pouvait participer à caractériser l'existence d'un harcèlement moral résultant de méthodes de gestion.¹⁴⁴⁰ Toutefois, le harcèlement moral résultant de la méthode d'évaluation ne semble pas être une limite importante au droit d'évaluer compte tenu de l'absence de décision reconnaissant l'existence d'une évaluation constitutive de harcèlement ou d'un élément de harcèlement.¹⁴⁴¹

520. Jusqu'où la recherche de la vérité peut-elle aller au nom de l'exigence d'objectivité ? Pareille question mérite d'être posée compte tenu des atteintes à la vie personnelle, à la santé voire à la vie même du salarié que des procédés de contrôle peuvent générer indépendamment de la question de leur fiabilité. C'est la raison pour laquelle la surveillance et l'évaluation sont des activités strictement finalisées et que le contrôle est limité à la prestation de travail bornant de ce fait, la connaissance que l'employeur peut avoir du salarié. Plus généralement, les potentielles atteintes précitées expliquent qu'il existe un encadrement juridique à la collecte de données sur le salarié et partant, des limites à leur contrôle.

Section 2 : L'encadrement du recueil des données

521. Compte tenu des atteintes que risque d'engendrer une collecte de données débridée sur la personne du salarié, la loi soumet pareille collecte à un encadrement par une exigence générale de proportionnalité prévue par l'article L1121-1 du Code du travail. Cette exigence

¹⁴³⁷ Cass. Soc. 22 oct. 2014, n° 13-18.862, Bull. civ., V n° 30; RJS 1/15, n° 5. Cf. en ce sens, Cass. Soc. 2009, Bull. civ. V. n° 247, n° 07-45.321, RJS 1/10 n° 8.

¹⁴³⁸ M. Roussel, op. cit., n° 565.

¹⁴³⁹ Ibid.

¹⁴⁴⁰ Cass. Soc. 10 nov. 2009, n° 07-45.321, n° 247, RDT 2010, p. 39, note F. Géa. CA Lyon, 12 décembre 2007, n° de RG : 07/00510.

¹⁴⁴¹ En ce sens, v. P. Adam, « Petite balade dans le "contentieux prud'homal" du harcèlement moral », SSL 2007

permet de sanctionner les procédés de contrôle dont les conséquences sont excessives sur les droits et libertés individuelles. En ce sens, la proportionnalité s'entend comme une fin et non plus simplement comme un moyen permettant de justifier l'atteinte à une liberté et à un droit individuel.¹⁴⁴² Ainsi, « ce qui est pris en compte c'est la gravité de la mesure au regard de la personne du salarié ». ¹⁴⁴³ C'est ce qui explique que « l'encadrement de la décision se trouve soulevé au stade de l'appréciation de la justice des fins avec une plus grande acuité qu'au stade de la justesse des moyens. »¹⁴⁴⁴ Du reste, pareil encadrement est également posé par l'article 6 de la loi informatique et libertés sur le traitement automatisé des données à caractère personnel. Chemin faisant, c'est la portée de l'exigence d'objectivité qui se voit limitée. En effet, lorsqu'elle implique une collecte de données à caractère personnel une telle exigence doit composer avec le souci de ne pas porter une atteinte démesurée aux droits et libertés individuelles du salarié ou du candidat à l'embauche. Toutefois, le nécessaire équilibre auquel fait appel l'exigence de proportionnalité recèle en lui une irréductible ambivalence. En effet, dès lors que l'employeur se plie à la règle de proportionnalité, les atteintes aux droits et libertés individuelles se trouvent justifiées. L'usage des supports technologiques illustre en particulier cette ambivalence du contrôle de proportionnalité.¹⁴⁴⁵

(Paragraphe 1) L'exigence de proportionnalité coexiste avec d'autres règles protégeant spécifiquement certains droits et libertés spécifiques, telle que la santé du salarié susceptible d'être menacée en particulier, par l'évaluation professionnelle. La manière de connaître le salarié se trouve alors encadrée par le souci de ne pas porter atteinte à sa santé. Peu importe l'usage de procédés d'évaluation reconnus fiables si ces derniers sont pathogènes. Pareil encadrement du droit d'évaluer les salariés résulte plus précisément de la prévention.

(Paragraphe 2)

Suppl. n° 1315, p. 6.

¹⁴⁴² A. Lyon-Caen et I. Vacarie, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 440-441.

¹⁴⁴³ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009, p.349.

¹⁴⁴⁴ Ibid., p. 364.

¹⁴⁴⁵ Sur ce contrôle cf. B. Dabosville, « Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : new deal ou statu quo ? », *Dr. Soc.* 2018, p. 455.

Paragraphe 1 : Les supports technologiques à l'épreuve de l'exigence de proportionnalité

522.L'article L1121-1 du Code du travail pose une exigence explicite de proportionnalité qui invite à rechercher le « point d'équilibre entre les droits légitimes des parties au contrat »¹⁴⁴⁶ en présence de supports technologiques de contrôle des salariés. En effet, leur encadrement ne veut pas dire que toute atteinte aux droits et libertés des salariés soit nécessairement prohibée. Un tel encadrement consiste à soumettre les supports technologiques et modes de contrôle à la composition d'un compromis, le compromis de proportionnalité dès lors que des droits et des intérêts entrent en conflit.¹⁴⁴⁷ En d'autres termes, le contrôle de proportionnalité « s'inscrit dans le règlement des tensions entre deux droits, ou valeurs d'égale autorité, règlement qui tend à restreindre autant que possible la lésion subie par l'un(e) sous l'effet de l'action ou la situation qui se réclame de l'autre ». ¹⁴⁴⁸S'ouvre alors un registre d'argumentation axiologique parce que le jugement de proportionnalité s'élève au niveau des « principes de justice » qui s'affrontent à l'occasion d'une action ou d'une situation concrète, à savoir des valeurs industrielles (intérêt de l'entreprise) et des valeurs civiques (droits et libertés des personnes).¹⁴⁴⁹

523.Concrètement, le contrôle de proportionnalité des supports technologiques suppose d'apprécier la finalité de la restriction aux droits et libertés en question, notamment le droit au respect de la vie personnelle, ainsi que d'apprécier son intensité. Autrement dit, l'atteinte doit être justifiée par une finalité légitime et en même temps, ladite atteinte ne doit pas être excessive. Cette dernière exigence figure d'ailleurs explicitement parmi les conditions de licéité du traitement des données à caractère personnel posées par l'article 6 de la loi informatique et libertés. ¹⁴⁵⁰ Quant au règlement général de protection des données entré en vigueur le 25 mai 2018, son 4^e considérant met encore plus en lumière l'ambivalence qui

¹⁴⁴⁶ H. Bouchet, op. cit., p. 5. En ce sens, v. aussi E. Collomp, « La vie personnelle au travail - Dernières évolutions jurisprudentielles », Dr. Soc. 2010, p. 40.

¹⁴⁴⁷ Sur le compromis de proportionnalité v. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009, p. 397 s.

¹⁴⁴⁸ A. Lyon-Caen, « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in *Mélanges dédiés au président M. Despax*, PUSS, 2002, p. 104.

¹⁴⁴⁹ B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009, p.338.

¹⁴⁵⁰« Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes (...) 3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles

caractérise la protection des données à caractère personnel et partant, le droit au respect de la vie personnelle. Ledit considérant énonce en effet, que « le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu » et qu'« il doit être (...) mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité »¹⁴⁵¹ A la nécessité de relativiser l'exigence d'objectivité parce qu'elle peut impliquer de mettre en œuvre des procédés de contrôle potentiellement attentatoires aux droits et libertés des salariés, répond la nécessité de relativiser la protection de ces mêmes droits et libertés sous réserve d'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte qui leur est portée. L'employeur doit alors « 'doser' les restrictions apportées aux droits et libertés »¹⁴⁵² en présence d'un objectif justifié par les besoins de l'entreprise. En d'autres termes, il doit opérer une mise en balance des arguments en présence même si cette figure du compromis de la proportionnalité se heurte à l'incommensurabilité de ces arguments.¹⁴⁵³ Tel est somme toute la manière dont le droit encadre la collecte des données relatives au salarié, étape préalable à tout contrôle de leur activité et en définitive au respect de l'exigence d'objectivité.¹⁴⁵⁴

524. Un tel contrôle de proportionnalité constitue d'ailleurs l'objet de l'information-consultation des représentants du personnel qui doivent être consultés préalablement à la décision de mettre en place des dispositifs de contrôle.¹⁴⁵⁵ En effet, la Cour de cassation considère que la consultation relative à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise de moyens ou techniques permettant le contrôle de l'activité des salariés « doit permettre au comité de donner son avis sur la pertinence et la proportionnalité entre les moyens utilisés et le but recherché¹⁴⁵⁶ En outre, la Cour de cassation autorise qu'un délégué du personnel puisse demander le retrait des données recueillies par des moyens portant atteinte de manière

sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ; »

¹⁴⁵¹ Sur la possibilité de déroger dans l'intérêt de l'entreprise, v. considérants 52 et 155.

¹⁴⁵² L. Casaux-Labrunée, « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2012, p. 331.

¹⁴⁵³ Associée à la justice, la balance constitue la figure première du compromis à l'œuvre dans le jugement de proportionnalité. Elle renvoie à une pesée des arguments en présence. B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations de travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, 2009, p. 354. V. aussi F. Gény, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. I, 2^e éd Sirey, 1919, p. 167.

¹⁴⁵⁴ Toutefois, il a été observé que la proportionnalité se conjugue souvent avec « le pragmatisme et le cas de pure espèce » ce qui rend difficile de dégager une ligne directrice pour décrire un tel contrôle. En ce sens, v. F. Champeaux, « Le destin contrarié de la proportionnalité », *SSL*, 9 févr. 2009, n° 1386, p. 2.

¹⁴⁵⁵ L2312-38 du C. du trav ; Cass. Soc. 31 janv. 2001, n° 98-44.290.

¹⁴⁵⁶ Cass. Soc. 10 avr. 2008, n° 06-45.741, inédit, *Dr. Ouvr.* 2008 p. 472 note A. Mazières ; *RJS* 6/2008, n° 690.

disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et ce, en vertu de l'article L2313-2 du Code du travail.¹⁴⁵⁷

En fonction des supports technologiques, le compromis de proportionnalité est différent. Il convient à cet égard de distinguer la mise en œuvre des TIC dont l'utilisation est régie par des délibérations de la CNIL (A) et l'utilisation des tests de dépistage qui demeurent potentiellement plus attentatoires au droit au respect de la vie personnelle du salarié. (B)

A. L'encadrement de l'usage des TIC

525. En application de l'exigence de proportionnalité, l'utilisation des TIC à des fins de surveillance des salariés est subordonnée à un cadre strict posé par la CNIL et précisé par la jurisprudence de la Cour de cassation voire, par celle de la CEDH.¹⁴⁵⁸ Il en va ainsi de l'utilisation des systèmes de géolocalisation du véhicule du salarié,¹⁴⁵⁹ (1) de la vidéosurveillance (2) des dispositifs d'écoute et d'enregistrement des appels téléphoniques (3) ainsi que et de cybersurveillance (4)

1) L'utilisation de la géolocalisation du véhicule du salarié

526. A la lecture de la délibération du 4 juin 2015 de la CNIL, il en ressort que la géolocalisation ne peut être mise en œuvre que pour poursuivre des finalités limitativement énumérées.¹⁴⁶⁰ Ladite délibération reprend celles présentes dans la délibération de 2006, à savoir la sûreté ou la sécurité de l'employé ou des biens de l'entreprise ou du véhicule dont il a la charge, l'amélioration de l'allocation des moyens pour des prestations à accomplir en des lieux dispersés, le suivi et la facturation d'une prestation de transport des personnes ou de marchandises ou d'une prestation de services directement liée à l'utilisation du véhicule et le

¹⁴⁵⁷ Cass. Soc. 10 déc. 1997, n° 95-42.661.

¹⁴⁵⁸ CEDH, 5 sept. 2017, n° 61496/08, arrêt *Bărbulescu c/ Roumanie*, AJDA 2017. 1639 ; *ibid.* 2018. 150, chron. L. Burgogue-Larsen ; JCP S 2017, p. 1328, obs. G. Loiseau.

¹⁴⁵⁹ En dehors du lieu de travail, la géolocalisation fait également l'objet d'une attention particulière lorsqu'elle est utilisée par les services de police, Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, JORF n° 0075 du 29 mars 2014, p. 6123. H. Matsopoulou, « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2011, p. 724.

¹⁴⁶⁰ Art. 3 délib. 2015-165 du 4 juin 2015 portant adoption d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics ou privés destinés à géolocaliser les véhicules utilisés par leurs employés. (Norme simplifiée n°51). Sur cette délibération, cf. l'analyse d'A. Gardin, « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », RDT, 2015, p. 544.

suivi du temps de travail lorsque ce suivi ne peut être réalisé par d'autres moyens. Par rapport à la précédente délibération, celle de 2015 ajoute une autre finalité, élargissant ainsi le cadre d'utilisation de la géolocalisation du véhicule du salarié. Dorénavant, pareil usage est autorisé pour contrôler le respect des règles d'utilisation de ce véhicule définies par le responsable du traitement c'est-à-dire, l'employeur. Toutefois, la délibération de 2015 « s'attache à poser les jalons pour assurer le respect de l'intimité de la vie privée du salarié géolocalisé ». ¹⁴⁶¹ Tout d'abord, les salariés disposent d'un droit de désactivation de la fonction de géolocalisation du véhicule « en particulier à l'issue de leur temps de travail ou pendant leur temps de pause » ¹⁴⁶² La désactivation peut donc avoir lieu pendant le temps de travail ce qui renforce la protection de la vie personnelle du salarié. Toutefois, l'excès de désactivation peut être sanctionné par l'employeur. ¹⁴⁶³ En outre, le système de géolocalisation ne peut collecter une donnée de localisation en dehors du temps de travail du conducteur « en particulier lors des trajets effectués entre son domicile et son lieu de travail et pendant son temps de pause. » Pareille restriction s'impose pour le contrôle du temps de travail ainsi que pour celui du respect des règles d'utilisation du véhicule. Ces deux dernières finalités méritent d'être davantage soulignées puisque l'usage des données issues de la géolocalisation peut aider l'employeur à établir la faute disciplinaire du salarié. S'agissant en particulier du recours à ce type de données pour établir le non-respect par le salarié des directives sur le temps travail, la prise en compte de l'exigence de proportionnalité a conduit la CNIL à conclure à la subsidiarité de l'utilisation de la géolocalisation comme mode de contrôle du temps de travail. ¹⁴⁶⁴ Ainsi, la preuve de la faute pour non-respect des directives patronales sur le temps de travail peut être écartée s'il est démontré qu'une autre modalité de contrôle du temps de travail aurait pu être mise en place par l'employeur. Il s'ensuit que la géolocalisation ne peut être utilisée qu'en dernier recours, pour contrôler le temps de travail du salarié. A défaut, les données collectées par ce dispositif ne pourront être utilisées comme preuve de l'objectivité des allégations de l'employeur au soutien de la faute seront écartées des débats. En revanche,

¹⁴⁶¹ A. Gardin ; art. civ. p. 544.

¹⁴⁶² Art. 6, délib. n° 2015-165.

¹⁴⁶³ En ce sens, v. A. Gardin, art. cit., p.544.

¹⁴⁶⁴ Le caractère accessoire de la géolocalisation est tempéré toutefois par l'hypothèse où des textes imposent la mise en place d'un dispositif de surveillance. Cf. Cass. Soc. 14 janv. 2014, n° 12-16.218, Bull. civ., V n° 4. La Haute juridiction relève qu'en vertu du « règlement CEE n° 3821/85 du 20 décembre 1985, d'application directe, l'employeur est tenu, sous peine de sanctions pénales, d'assurer la mise en place et l'utilisation d'un chronotachygraphe, de sorte qu'une absence de déclaration à la Commission nationale de l'informatique et des libertés de l'emploi de cet appareil ne saurait le priver de la possibilité de se prévaloir, à l'égard du salarié, des informations fournies par ce matériel de contrôle, dont le salarié ne pouvait ignorer l'existence »

si l'employeur démontre que le temps de travail du salarié ne pouvait être contrôlé autrement que par un système de géolocalisation, il pourra se servir des données collectées par ce biais pour démontrer le non-respect du temps de travail par celui-ci et donc, la faute. A ces précisions de la CNIL, il convient toutefois de rappeler un arrêt de la Cour de cassation rendu le 3 novembre 2011 dans lequel il a été jugé que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail, laquelle n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, n'est pas justifiée lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail. »¹⁴⁶⁵ De plus, une convention de preuve était prévue dans le contrat de travail en vertu de laquelle le salarié rédigerait un compte rendu journalier précis et détaillé, lequel ferait preuve de son activité. Or, vu que l'employeur pouvait contrôler le temps de travail du salarié par cet autre moyen de preuve, le recours à la géolocalisation n'était pas justifié.

527. Allant plus loin, le Conseil d'Etat a statué par une décision du 15 décembre 2017 au visa de l'article 6 de la loi informatique et libertés et de l'article L1121-1 du Code du travail que « l'utilisation par un employeur d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail de ses salariés n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen, fût-il moins efficace que la géolocalisation. En dehors de cette hypothèse, la collecte et le traitement de telles données à des fins de contrôle du temps de travail doivent être regardés comme excessifs au sens du 3° de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978. »¹⁴⁶⁶ Peu importe la liberté d'organisation des salariés dans leur travail, le contrôle de leur durée du travail ne peut être réalisé par la géolocalisation dès lors qu'il n'existe pas d'autre moyen de contrôle. Toute argumentation a contrario qui aurait pu être menée à la suite de l'arrêt du 3 novembre 2011 est vouée à l'échec. Il en ressort ainsi que l'employeur ne peut utiliser les données issues de la géolocalisation au soutien de la preuve de la faute alléguée lorsqu'il existe un autre moyen de contrôle y compris si le salarié n'est pas libre dans l'organisation de son travail. A cet égard, la plus grande fiabilité qui caractériserait la géolocalisation par rapport à cet autre mode de contrôle importe peu. En somme, la fiabilité du procédé et partant,

¹⁴⁶⁵ Cass. Soc. 3 nov. 2011, RDT 2012, p.156, note B. Bossu et Th. Morgenroth ; JCP E, 2011, p. 1926, note D. Corrignan-Carsin. En ce sens, v. également CA Reims, 7 mai 2014, n° 13/00776 ; Cass. Soc. 17 déc. 2014, RJS, 3/15, n° 171.

¹⁴⁶⁶ CE 15 déc. 2017, n° 403776, Recueil Lebon 2017. V. aussi concl du commissaire au gouvernement en ce sens, A. Bretonneau « Contrôle du temps de travail : illicéité de la géolocalisation », AJDA, 2018, p. 402.

l'exigence d'objectivité, ne résiste pas à l'exigence de proportionnalité, donc au respect de la vie personnelle du salarié.

2) L'utilisation de la vidéosurveillance

528. Sans que la vidéosurveillance soit bannie par principe en raison de son rôle dans la protection des personnes et les biens, la CNIL considère néanmoins que la vidéosurveillance ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés protégés par la loi.¹⁴⁶⁷ Ce risque est toutefois bel et bien réel. Davantage intrusive que la surveillance humaine, « la caméra enregistre tout, stocke les informations avec une fiabilité excluant l'oubli et le caractère "instantané" d'une surveillance humaine. »¹⁴⁶⁸ Pour que les données ainsi collectées soient retenues comme preuve à l'encontre du salarié, « la surveillance doit respecter une juste mesure entre l'objectif de contrôle dans l'intérêt de l'entreprise et la considération de la personne du salarié. »¹⁴⁶⁹ Or, une telle juste mesure n'est pas compatible avec une surveillance continue des salariés.¹⁴⁷⁰ Par exemple, la CNIL considère qu'un dispositif de vidéosurveillance présente un caractère disproportionné lorsqu'il place le personnel sous surveillance constante, générale et permanente, permettant ainsi à l'employeur de détecter tous les déplacements des salariés, notamment lorsqu'ils s'absentent de leur poste de travail.¹⁴⁷¹ Les caméras ne doivent donc pas filmer les salariés sur leur poste de travail. Il s'en suit que les vidéos enregistrées par un système disproportionné ne pourront être utilisées comme preuves d'une faute imputable au salarié. En revanche, il en va autrement si l'employeur justifie la vidéosurveillance continue des salariés par des circonstances particulières, par exemple pour des raisons de sécurité des

¹⁴⁶⁷ Délibération CNIL n° 2010-112, 22 avr. 2010.

¹⁴⁶⁸ M. Grévy, « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés », *Dr. soc.* 1995, p. 329.

¹⁴⁶⁹ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, coll. « Thémis », 2015, p. 654-655.

¹⁴⁷⁰ G. Loiseau, « Vidéosurveillance : conditions d'utilisation d'enregistrements effectués sur le site d'une société cliente », *JCP S*, 2012, p. 1122.

¹⁴⁷¹ CNIL, 22 avr. 2010, délib. n° 2010-112. Voir aussi : CNIL, 16 déc. 2011, déc. n° 2011-036 : la CNIL a décidé que le dispositif de vidéosurveillance qui comportait une caméra par salarié, chacune équipée d'un microphone permettant une écoute sonore, présentait un caractère manifestement excessif ; CNIL, 12 juill. 2013, déc. n° 2013-029 : le dispositif composé de 240 caméras dont 180 sont destinées à la surveillance du centre commercial et les 60 autres sont installées aux caisses de l'hypermarché et filment les caddies et les articles scannés est disproportionné, en ce qu'il filme les accès aux toilettes, aux vestiaires, au cabinet médical et aux salles de pause des salariés et place les salariés sous surveillance permanente. V. aussi CNIL, 2 juill. 2018, n°2018-024. Le dispositif de vidéosurveillance installé dans une école privée filmait par détection de mouvement, donc en continu dès qu'une ou plusieurs personnes se trouvaient dans une pièce, l'ensemble des salles de classe (également lieu de travail des enseignants intervenants) et des lieux de vie des étudiants. De même, il a été constaté qu'une caméra filmait le bureau de la responsable des inscriptions donc cela permettait

personnes ou des biens, comme dans une banque ou dans un casino. De manière plus précise, la CNIL considère que l'employeur peut surveiller de manière permanente le poste de travail d'un salarié « lorsque ce dernier manipule des fonds ou des objets de valeur ou lorsque le responsable du traitement justifie de vols ou de dégradations commises sur certaines zones. »¹⁴⁷² Il en ressort alors que l'employeur peut utiliser à titre de preuve les images ou vidéos au soutien d'une faute du salarié.

529. La vidéosurveillance n'étant pas homogène¹⁴⁷³ il convient toutefois de préciser que ce système ne peut en principe être mis en place à l'extérieur du travail notamment dans les lieux de pauses ou les cantines. Même si l'utilisation de la vidéosurveillance est proscrite dans cet espace-temps parce qu'il relève de la vie personnelle des salariés, il peut néanmoins en aller autrement, si l'employeur établit par des justifications précises, que son utilisation est proportionnée à la seule finalité de protection des biens et personnes.¹⁴⁷⁴

3) L'utilisation des dispositifs d'écoute et d'enregistrement des conversations téléphoniques

530. L'usage probatoire des données enregistrées par les dispositifs d'écoute téléphoniques nécessite également que la mise en œuvre de ces derniers respecte l'article L1121-1 du Code du travail. La CNIL considère ainsi que l'écoute en temps réel et l'enregistrement sonore sur le lieu de travail ne peuvent être réalisés qu'en cas de nécessité reconnue et doivent être proportionnés au but recherché. Comme pour la vidéosurveillance, il ne peut y avoir donc d'enregistrement permanent ou systématique des conversations téléphoniques sauf en application d'un texte légal.¹⁴⁷⁵ L'employeur ne peut pas non plus enregistrer tous les appels pour lutter contre les incivilités. Il doit choisir un moyen moins intrusif.¹⁴⁷⁶ De surcroît,

également de filmer de manière continue le poste de travail d'une salariée.

¹⁴⁷² CNIL déc. n° MED-2018-024 du 2 juillet 2018 ; V. aussi. Cass. Soc., 2 févr. 2011, n° 10-14.263, JCP S, 2011, 1313, note B. Bossu.

¹⁴⁷³ M. Roussel, op. cit. n° 293.

¹⁴⁷⁴ Sur la cantine : TGI St. Etienne, 19 avr. 1977, D. 1978, p. 123, note R. Lindon ; L'objectif de protection des salariés amenés à manipuler des espèces, dans une entreprise qui avait déjà fait l'objet de cambriolages est un objectif légitime, délibération CNIL n° 2014-307 du 17 juillet 2014.

¹⁴⁷⁵ Sauf pour les services d'urgence. V° « L'écoute et l'enregistrement des appels » disponible sur : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/travail-vie_privée.pdf

¹⁴⁷⁶ Par exemple, il peut opter pour un système permettant au salarié de déclencher l'enregistrement en cas de problème. V° « L'écoute et l'enregistrement des appels » disponible sur : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/travail-vie_privée.pdf

l'employeur ne peut coupler un enregistrement des appels à un système de captures d'écran du poste informatique des salariés. Très intrusive, cette surveillance pourrait conduire l'employeur à s'immiscer dans la sphère personnelle du salarié sur son lieu de travail sans que cela soit justifiable.¹⁴⁷⁷

531. En revanche, seront recevables les données issues de l'enregistrement des conversations téléphoniques du salariés si le dispositif d'écoute ou d'enregistrement est ponctuel et qu'il a été mis en place pour certaines finalités. Ainsi, l'employeur pourra utiliser à titre de preuve les documents d'analyse (comptes-rendus ou grilles d'analyse) s'ils ont été rédigés dans le cadre d'une formation des salariés, de leur évaluation ou pour améliorer la qualité du service.¹⁴⁷⁸ La CNIL précise encore qu'à cette occasion l'employeur ne peut que traiter les informations nécessaires au but poursuivi.¹⁴⁷⁹ Par conséquent, il ne peut utiliser à titre de preuve que les données d'identification du salarié et de l'évaluateur, les informations techniques relatives à l'appel et celles relatives à l'évaluation professionnelle du salarié.¹⁴⁸⁰

4) L'utilisation des procédés de cybersurveillance

532. En matière de cybersurveillance, le pouvoir de contrôle de la CNIL est d'autant plus important, que le constat de manquements aux normes applicables peut conduire à la suspension des dispositifs impliqués.¹⁴⁸¹ Il s'en suit que dans un tel cas l'employeur ne pourra pas utiliser les données issues de la cybersurveillance. Il en ira ainsi si l'employeur utilise des procédés de cybersurveillance pour des fins autres que celles qui sont prévues par la CNIL. Ainsi, l'employeur ne peut contrôler l'utilisation d'internet (par dispositif de filtrage de sites, détection de virus...) et de la messagerie (outil de mesure de la fréquence des envois et/ou de la taille des messages, filtres anti-spam...) que si ce contrôle a pour objectif d'assurer

¹⁴⁷⁷ Ibid.

¹⁴⁷⁸ Art. 1^{er} CNIL 27 nov. 2014, délib n° 2014-474 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail. (NS 057)

¹⁴⁷⁹ V° « L'écoute et l'enregistrement des appels », précit.

¹⁴⁸⁰ Art. 3 CNIL 27 nov. 2014, délib n° 2014-474 portant adoption d'une norme simplifiée relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre par les organismes publics et privés destinés à l'écoute et à l'enregistrement des conversations téléphoniques sur le lieu de travail. (NS 057)

¹⁴⁸¹ La CNIL est susceptible de retenir l'urgence et d'agir pour la conservation d'un droit ou la sauvegarde des libertés consacrées par la loi « informatique et libertés » lorsque l'entreprise n'avait pas suivi les recommandations qui lui ont été adressées ni respecté les engagements qu'elle s'était elle-même fixés, Délibération CNIL n° 2010-112, 22 avr. 2010.

la sécurité des réseaux qui pourraient subir des attaques (virus, cheval de Troie...) ou bien pour limiter les risques d'abus d'une utilisation trop personnelle d'internet ou de la messagerie (consultation de sa messagerie personnelle, achats de produits de voyages, discussions sur les réseaux sociaux...). A cela s'ajoute le caractère disproportionné de certains procédés de cybersurveillance empêchant ainsi tout usage probatoire des données collectées par leur biais. Par exemple, l'employeur ne peut pas recevoir en copie automatique tous les messages reçus ou écrits par ses salariés. De même, il ne peut se servir de « keyloggers »¹⁴⁸² c'est-à-dire, de logiciels qui permettent d'enregistrer à distance et de manière permanente toutes les actions accomplies sur un ordinateur sauf à justifier de circonstances exceptionnelles liées à un fort impératif de sécurité.¹⁴⁸³ En revanche, cela signifie que si l'employeur justifie de pareil impératif, il pourra utiliser à titre de preuve les données relevées par ces logiciels alors même qu'ils ont pu enregistrer des données appartenant à la sphère personnelle du salarié. Un tel usage peut être fait par exemple dans le cadre d'une lutte contre la divulgation de secrets industriels.¹⁴⁸⁴

B. L'encadrement de l'usage des tests de dépistage par l'employeur

533. Si l'employeur souhaite utiliser à titre de preuve les données de santé recueillies à l'issue du dépistage, encore faut-il que la pratique de ce dernier soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Comme le recours au dépistage doit être prévu par le règlement intérieur, l'exigence de proportionnalité trouve comme fondement non seulement l'article L1121-1 du Code du travail mais également, l'article L1321-3. Plusieurs conséquences en découlent quant aux conditions d'une utilisation licite des tests de dépistage et en particulier, des éthylo-tests et des tests salivaires. Tout d'abord, la prise en compte des effets du dépistage sur le droit au respect de la vie privée ou personnelle du salarié conduit à identifier précisément les fonctions concernées par celui-ci. En effet, seule la

¹⁴⁸² « Les keyloggers sont des dispositifs de surveillance qui se lancent automatiquement à chaque démarrage de la session de l'utilisateur, à son insu. Une fois lancés, dans un environnement professionnel, ils permettent, selon les versions, d'enregistrer toutes les actions effectuées par les salariés sur leur poste informatique sans que ceux-ci s'en aperçoivent. En effet, toute frappe saisie sur le clavier ou tout écran consulté est enregistré par ce logiciel qui peut également générer des rapports qui sont directement envoyés sur le poste informatique de la personne qui l'a installé. ». Cf. « La CNIL rappelle que les logiciels de type keyloggers ne doivent pas être utilisés dans un contexte professionnel », Revue *Le Lamy Droit de l'immatériel*, n°93, 1^{er} mai 2013.

¹⁴⁸³ V° « Les outils informatiques au travail » https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/travail-vie_privée.pdf

¹⁴⁸⁴ « La Cnil alerte les entreprises de l'utilisation abusive des dispositifs de cybersurveillance 'keyloggers' », LSQ-L'actualité, n° 16312, 25 mars 2013.

dangerosité du poste de travail occupé par le salarié est de nature à justifier l'atteinte à la vie privée voire même au principe de non-discrimination.¹⁴⁸⁵ En d'autres termes, ne peuvent être soumis à un test de dépistage par l'employeur que les salariés occupant des postes à risques c'est-à-dire des postes « où une défaillance humaine, ou même un simple défaut de vigilance peut entraîner des conséquences graves pour soi-même ou pour autrui ». ¹⁴⁸⁶ Pour la DGT, pareille identification des postes à risque devait être établie en concertation avec le CHSCT et actuel comité social et économique de même qu'avec le médecin du travail. Ceci fait, la liste des postes doit être annexée au règlement intérieur.¹⁴⁸⁷ En tout cas une définition stricte des salariés concernés par un éventuel dépistage signifie que la généralisation de ce dernier à l'ensemble des salariés n'est pas conforme au principe de justification et de proportionnalité imposé par le Code du travail. Il faut donc considérer le dépistage systématique et a priori comme illicite parce qu'il porte une atteinte excessive à la vie personnelle du salarié voire au principe de non-discrimination.¹⁴⁸⁸ Toutefois, le Conseil d'Etat a décidé que pour les postes à risque, des contrôles inopinés ou aléatoires peuvent être réalisés à titre préventif tout au long de la journée de travail sans que cela soit considéré comme disproportionné.¹⁴⁸⁹ Pour les autres salariés, même en cas de suspicion, le recours aux tests de dépistage ne peut être imposé et doit simplement être proposé aux intéressés qui sont, en droit, de le refuser. En somme, c'est un objectif de sécurité d'autrui et de la personne du salarié qui est seul à même de légitimer la pratique du dépistage.¹⁴⁹⁰

534. Toutefois cet objectif de sécurité pour légitime qu'il puisse être, peut donner lieu à des dérives sécuritaires susceptibles de renforcer l'ambivalence de l'exigence de proportionnalité au détriment de la protection des droits et libertés des salariés. C'est ce qui a pu être observé

¹⁴⁸⁵ Cf. supra n° 511 s.

¹⁴⁸⁶ Guide pratique « Repère pour une politique de prévention des risques liés à la consommation de drogues en milieu professionnel », La documentation française, 2012.

¹⁴⁸⁷ En ce sens, v. également CE, 5 déc. 2016, no 394.178. Par exemple, sont susceptibles d'être concernés par le dépistage certains travailleurs sur les chantiers. D'après un auteur, il devrait en aller ainsi par exemple des conducteurs d'engins comme des travailleurs à pied qui évoluent entre ces engins puisque le risque d'écrasement ou de chute devient en effet plus important si leur discernement est altéré. L. Gamet, SSL, n°1545, 2 juillet 2012.

¹⁴⁸⁸ En ce sens, v. également Comité consultatif d'éthique, op cit. 2011 : « Souhaitable et justifié pour les postes de sûreté et de sécurité, ce dépistage devrait être élargi pour ces mêmes postes à l'abus et même à l'usage de l'alcool. Le CCNE estime néanmoins qu'une généralisation du dépistage banaliserait la transgression du devoir de respecter la liberté des personnes ».

¹⁴⁸⁹ En revanche, un salarié est fondé à refuser un contrôle organisé après la fin de l'horaire de travail. CE, 5 déc. 2016, n° 394, p. 178.

¹⁴⁹⁰ CEDH, 9 mars 2004 Wretlund c/ Suède.

dans la jurisprudence de la CEDH quant à l'usage de tests de dépistage sur le lieu de travail. Ainsi, dans un arrêt Madsen, la Cour européenne des droits de l'homme a admis qu'un employeur danois ait imposé une prise de sang à ses salariés pour détecter la présence de drogue dès lors qu'étaient visés les postes pour lesquels il existe un risque réel pour la sûreté des personnes et de leur entourage. Toutefois, le juge européen a considéré qu'un tel contrôle était valable alors même que le test avait détecté, dans le cadre d'un examen annuel, des substances absorbées depuis 48 heures.¹⁴⁹¹ Or, la capacité de la prise de sang à détecter la consommation de drogues sur un laps de temps aussi étendu autorise des atteintes plus élevées à la vie personnelle du salarié que d'autres tests. Il en ressort un doute sur la véritable prise en compte de l'exigence de proportionnalité de l'atteinte dès lors que des tests moins intrusifs existent. Par rapport à la prise de sang, le test salivaire est ainsi moins intrusif.

535. Aux fins d'illustrer les dérives sécuritaires auxquels peut donner lieu l'objectif de sécurité au soutien de la légitimité du dépistage, peut être cité un autre arrêt de la cour européenne des droits de l'homme dit Wretlund c/ Suède. En l'espèce, la cour de Strasbourg a jugé que les considérations opérationnelles au sein d'une centrale nucléaire concernant la sécurité publique et la protection des droits et libertés d'autrui justifiaient que même le personnel de nettoyage soit soumis à des tests de dépistage de l'alcool et des drogues. On en arrive ainsi à ce que des salariés dont le poste n'est pas dit à risque soient soumis à des tests de dépistage. Il en ressort que la poursuite de l'objectif de sécurité peut fragiliser la protection des droits et libertés des salariés tout en autorisant l'employeur au besoin, à utiliser plus aisément les données issues du dépistage à leur encontre. Au nom d'un impératif de sécurité, l'accès à certaines données sensibles telles les données de santé est facilité ce qui permet à l'employeur de mieux satisfaire à son exigence d'objectivité mais au détriment de la vie personnelle du salarié voire, même au détriment de son emploi puisqu'en cas de résultat positif celui-ci peut être sanctionné donc licencié.

Ce même objectif de sécurité ne donne-t-il pas lieu à des dérives également en droit interne ? C'est à pareille interrogation que conduit l'extension du pouvoir disciplinaire de l'employeur aux faits relevant de la sphère personnelle du salarié. Peut être à nouveau cité comme exemple l'arrêt Air Tahiti rendu par la Cour de cassation le 27 mars 2012 dans lequel la Cour de cassation considère que l'employeur peut prononcer une sanction disciplinaire à

¹⁴⁹¹ CEDH, 7 nov. 2002, Madsen.

l'encontre du salarié travaillant sur un poste à risque dès lors qu'il a consommé de la drogue et ce peu importe, si pareille consommation a eu lieu en dehors du temps de travail.¹⁴⁹² Même si les faits en l'espèce justifiaient de rattacher la consommation de drogues à la sphère professionnelle, il n'en demeure pas moins que la Cour a posé une règle générale permettant au pouvoir de sanction de s'immiscer dans la sphère personnelle. S'agissant des conséquences disciplinaires d'un dépistage positif, le danger pour la vie personnelle du salarié se fait encore plus sentir. Il en va ainsi d'un résultat positif à un éthylotest¹⁴⁹³ y compris s'il est pratiqué pour des raisons techniques hors les murs de l'entreprise,¹⁴⁹⁴ mais également depuis peu, à la suite d'un test salivaire alors que ce dernier est plus attentatoire pour la vie personnelle que le premier.¹⁴⁹⁵ En cause, la décision du Conseil d'Etat du 5 décembre 2016 sur la faculté pour l'employeur de sanctionner un salarié dépisté positif au test salivaire. Pour le Conseil, la nature même de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur justifie une immixtion dans la sphère personnelle du salarié. Aux yeux des juges, l'exigence de proportionnalité de l'atteinte à la vie personnelle n'est pas incompatible avec une sanction disciplinaire du salarié dépisté positif dès lors que le règlement intérieur prévoit des garanties procédurales. En l'espèce, la mesure disciplinaire était justifiée et proportionnée au but recherché, compte tenu du fait notamment que le règlement intérieur prévoyant le test salivaire reconnaissait aux salariés ayant fait l'objet d'un test positif d'obtenir une contre-expertise médicale et qu'il

¹⁴⁹² Cass. Soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915. Dans cette affaire il s'agissait d'un salarié appartenant au personnel navigant commercial d'une compagnie aérienne, qui avait fumé pendant un temps d'escale entre deux vols longs courriers. La faute grave a pu être retenue, s'agissant d'un « personnel critique pour la sécurité » se trouvant sous l'influence de produits stupéfiants pendant l'exercice de ses fonctions, l'employeur a pu légitimement estimer qu'il n'avait pas respecté les obligations prévues par son contrat de travail et avait ainsi fait courir un risque aux passagers, ce qui constituait une faute grave justifiant la rupture immédiate de son contrat de travail ; En revanche, le licenciement d'un salarié qui s'est vu retirer son permis de conduire pour conduite sous l'emprise d'une drogue en dehors du temps de travail est sans cause réelle et sérieuse si la conduite d'un véhicule ne constituait pas l'un des éléments de sa fonction, Cass. Soc., 4 mai 2011, n° 09-43.192.

¹⁴⁹³ Cass. Soc. 22 mai 2002, n° 99-45.878 ; Bull. civ., V n° 176, Dr. Soc. 2002, p. 781, note F. Duquesne « Attendu, cependant, que les dispositions d'un règlement intérieur permettant d'établir sur le lieu de travail l'état d'ébriété d'un salarié en recourant à un contrôle de son alcoolémie sont licites dès lors, d'une part, que les modalités de ce contrôle en permettent la contestation, d'autre part, qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, de sorte qu'il peut constituer une faute grave ».

¹⁴⁹⁴ Cass. Soc. 31 mars 2015 n° 13-25436, Bull. civ., V 2015, n° 69, obs. J. Mouly ; Dr. Soc. 2015, p. 469. « Mais attendu que ne constitue pas une atteinte à une liberté fondamentale, le recours à un contrôle d'alcoolémie permettant de constater l'état d'ébriété d'un salarié au travail, dès lors qu'eu égard à la nature du travail confié à ce salarié, un tel état d'ébriété est de nature à exposer les personnes ou les biens à un danger, et que les modalités de ce contrôle, prévues au règlement intérieur, en permettent la contestation, peu important qu'il s'effectue, pour des raisons techniques, hors de l'entreprise ; que le moyen n'est pas fondé ; » Souligné par nous.

¹⁴⁹⁵ Cf. supra n° 512.

imposait à l'employeur et au supérieur hiérarchique qui pratique le test de respecter le secret professionnel quant aux résultats.¹⁴⁹⁶ Une telle position de la Haute juridiction administrative pour le dépistage par test salivaire peut surprendre tant elle diffère de la position de la DGT pour qui l'employeur ne peut pas sanctionner le salarié dont le test salivaire se révèle positif. La DGT considère en effet qu'un test positif ne suffit pas à justifier un licenciement, puisqu'il s'agirait d'une sanction prise sur le seul motif de la consommation de drogues illicites qui peut avoir eu lieu en dehors des temps et lieu de travail, ce qui constituerait une ingérence excessive dans la vie personnelle.¹⁴⁹⁷

536. Il ressort assurément de la jurisprudence récente que l'usage des données issues des supports technologiques par l'employeur pour satisfaire à l'exigence d'objectivité de ses raisons d'agir voire pour démontrer le respect de son obligation de sécurité emporte des atteintes plus grandes à la vie personnelle du salarié. D'où l'importance de relativiser l'exigence d'objectivité comme celle de sécurité à la lumière d'un nouveau compromis de proportionnalité plus protecteur des droits et libertés des salariés. Relativiser l'exigence d'objectivité s'avère également nécessaire en matière d'évaluation professionnelle compte tenu des risques pour la santé.

Paragraphe 2 : *L'évaluation à l'épreuve de la prévention*

537. Compte tenu du caractère potentiellement pathogène de certaines méthodes et techniques d'évaluation, le droit d'évaluer de l'employeur peut être limité du fait de la prévention dont il est responsable en tant que débiteur d'une obligation de sécurité de résultat. Pareille démarche de prévention a pour effet de modifier en amont la façon dont l'employeur évalue les salariés donc de modifier la manière dont il collecte des informations sur ces derniers. En effet, la prévention renvoie à l'anticipation, à l'« idée d'une action dont la finalité première est d'éviter la réalisation d'un événement ».¹⁴⁹⁸ De manière plus précise, la

¹⁴⁹⁶ CE, 5 déc. 2016, n° 394.178.

¹⁴⁹⁷ L'employeur peut néanmoins sanctionner un salarié ayant consommé une drogue illicite, dès lors que le risque a été identifié et que le plan de prévention et les mesures d'accompagnement individuelles ont été mis en œuvre.

¹⁴⁹⁸ Th. Aubert-Monpeyssen et P.-Y. Verkindt, « La protection de la santé du travailleur : approche juridique de la notion de prévention », in La santé du salarié, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1999, p. 30. La prévention se distingue ainsi de la prévision qui peut être définie comme « une activité intellectuelle qui consiste à imaginer un événement futur en le considérant comme probable. L'obligation de prévention est en ce sens définie par la CJCE comme « l'ensemble des dispositions prises ou prévues à tous les stades de l'activité de

prévention désigne « l'ensemble des mesures et actions visant à empêcher ou à limiter la réalisation d'un risque. »¹⁴⁹⁹ L'arrêt Air France du 25 novembre 2015¹⁵⁰⁰ avait néanmoins laisser en suspens une question fondamentale sur l'étendue de cette prévention. Les mesures de préventions devaient elles s'entendre uniquement des mesures prises en amont de la survenance du dommage ou incluait-elles également les mesures propres à faire cesser le dommage ? La question s'est posée tout particulièrement s'agissant du harcèlement moral. Depuis un arrêt du 1^{er} juin 2016, la Cour de cassation a tranché¹⁵⁰¹. La prévention renvoie non seulement aux « mesures de prévention destinées à empêcher la réalisation du dommage – prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail – mais également, si le dommage n'a pu être évité, des mesures immédiates propres à le faire cesser ». ¹⁵⁰² Autrement dit, la seule circonstance que l'employeur ait pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail n'est pas suffisante. Il doit également prendre toutes les mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement moral et le faire cesser effectivement.¹⁵⁰³ L'enjeu pour l'employeur est de démontrer qu'il a satisfait à son obligation de sécurité. Autrement dit, « le résultat attendu est l'existence de mesures de prévention ». Il ressort de ladite prévention que l'employeur doit s'interroger sur les effets éventuellement pathogènes des mesures de gestion et agir à titre préventif afin de satisfaire à son obligation de sécurité. S'agissant de l'évaluation, l'employeur peut être amené à modifier une méthode d'évaluation pathogène, à titre préventif, afin de lui en substituer une autre, moins pathogène¹⁵⁰⁴ La question de la fiabilité et partant, de l'objectivité de la méthode d'évaluation passe ainsi au second plan au profit d'une technique moins attentatoire à la santé des salariés et ce, pour satisfaire à l'obligation de sécurité de l'employeur.

538. L'obligation de prévention pesant sur l'employeur était aussi celle qui l'empêchait de mettre en œuvre une procédure d'évaluation tant qu'il n'avait pas consulté les représentants

l'entreprise en vue d'éviter ou de diminuer les risques professionnels », CJCE, 12 nov. 1996, Rec. p. 5755.

¹⁴⁹⁹ S. Fantoni et F. Héas, « Pour une reconfiguration des principes en santé au travail », Dr. Soc. 2016, p. 531.

¹⁵⁰⁰ Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, D. 2015. 2507, 2016. P. 144, chron. E. Wurtz, et p. 807, obs. P. Lokiec ; Dr. Soc. 2016, p. 457, étude P.-H. Antonmattei ; CSBP, janv. 2016, p. 23, obs. J. Icard ; JCP E 2016. 1146, note A. Bugada ; Dr. ouvr. 2016, p. 10, note F. Héas.

¹⁵⁰¹ Cass. Soc. 1er juin 2016, n° 14-19.702, D. 2016, p. 1258 ; JCP S 2016, p. 1220, note G. Loiseau.

¹⁵⁰² E. Lafuma, « Effectivité de l'obligation de sécurité et atteinte effective à la santé : quelle conception juridique de la prévention ? », RJS 8-9/2016, p. 565.

¹⁵⁰³ Pour une analyse critique, cf. J. Icard et Y. Pagnerre « Le clair-obscur de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement », D. 2016, p. 1681.

¹⁵⁰⁴ CA Lyon 21 févr. 2014, n° 12/06988, RJS 5/14, n° 367.

du personnel, à savoir le CHSCT. En effet, par un arrêt remarqué du 28 novembre 2007,¹⁵⁰⁵ la Cour de cassation avait retenu que l'employeur ne pouvait mettre en œuvre un projet d'entretien annuel d'évaluation tant qu'il n'avait pas recueilli l'avis du CHSCT. Le dispositif d'évaluation en cause devait permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs ce dont il résultait, selon la Cour de cassation, qu'il pouvait « 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 produire une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail. » Même si le rapport annuel de la Cour de cassation indique à propos de l'arrêt du 28 novembre 2007 qu'il ne faut pas conclure à sa suite que tout projet d'évaluation du personnel doit, en soit, donner lieu à une consultation préalable du CHSCT,¹⁵⁰⁶ il n'en demeurerait pas moins que de fait, l'essentiel des entretiens d'évaluation devait être soumis à cette consultation du CHSCT.¹⁵⁰⁷ Il en allait de même de la décision de renforcer le poids des critères comportementaux dans un dispositif d'évaluation préexistant.¹⁵⁰⁸ Comme l'énonce un auteur, « à l'instar du caractère pathogène de l'évaluation, l'importance de l'aménagement semble ainsi généralement inhérente aux dispositifs d'évaluation. »¹⁵⁰⁹ Depuis la fusion des institutions représentatives du personnel au sein du comité social et économique, une telle consultation est dorénavant de la compétence de ce dernier.¹⁵¹⁰

Même si l'employeur n'est pas lié par l'avis des représentants du personnel, les incidences de cette exigence sont importantes. En premier lieu, malgré le fait que l'absence de respect de

¹⁵⁰⁵ Cass. Soc. 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Bull. civ., V n° 201; Dr. ouvr. 2009, p. 49, rapp. J.-M. Béraud; SSL 2007, n° 1382, p. 10, obs. M. Caron et P.-Y. Verkindt ; SSL 2007, n° 1382, p. 10, obs. P.-Y. Verkindt ; RDT 2007, p. 180, obs. P. Adam ; RDT 2008, p. 111, obs. L. Lerouge ; SSL 2007, n° 1382, p. 12, obs. A. Mole. Cf. les décisions antérieures : TGI Paris, réf. 31 mars 2006 ; SSL 2006 n° 1259, p. 10 et CA Paris, 3 nov. 2006, SSL 2006, n° 1283, p. 13.

¹⁵⁰⁶ Rapport annuel de la Cour de cassation, Santé et sécurité au travail, 2007. V. également pour une analyse des missions du CHSCT, P.-Y. Verkindt « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », Dr. Soc., 2007, p. 1253 ; Ph. Waquet, « Gestion du personnel. L'évaluation des salariés », SSL, 2004, n° 1126, p. 7 ; L. Lerouge, La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail, LGDJ, 2005.

¹⁵⁰⁷ M. Roussel, op. cit., n° 580.

¹⁵⁰⁸ CA Versailles, 8 septembre 2010, RG n° 10/02253 et 10/03112 : Jean-Luc Culot es qualité du Président du CHSCT « Pacific/Kupka B et C/ le Cap/ Granite c/ CHSCT « Pacific/Kupka B et C / Le cap / Granité de La société générale ».

¹⁵⁰⁹ M. Roussel, op. cit., n° 581.

¹⁵¹⁰ En vertu de l'article L2312-8 4° du Code du travail, le comité social et économique doit d'abord être informé et consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

cette obligation ne rend pas l'évaluation pathogène,¹⁵¹¹ elle peut entraîner la destruction des évaluations.¹⁵¹² Si tel est bien le cas, cela signifie que l'employeur ne pourra pas les utiliser à titre de preuve de l'objectivité d'une mesure de gestion du personnel. Il existe en effet, une incertitude sur la faculté d'une institution représentative du personnel à demander la destruction des évaluations. Alors que la cour d'appel de Toulouse avait rejeté la demande relative à la destruction de données issues d'une procédure d'évaluation illicite émanant de syndicats,¹⁵¹³ le tribunal de grande instance de Nanterre avait quant à lui retenu une position inverse.¹⁵¹⁴ Selon ce dernier, l'annulation du dispositif d'évaluation n'était pas séparable des évaluations qui en résultaient « en ce qu'[elles] en sont le fruit et forment un tout ».

539.La prévention étant aussi l'affaire du comité social et économique, ce dernier doit également pouvoir contester en justice la mise en œuvre d'une méthode d'évaluation à l'instar du CHSCT. A cet égard, le comité social économique devrait encore pouvoir agir en justice en vue de la suspension d'une mesure portant atteinte à la santé des salariés.¹⁵¹⁵ Il en résulte l'impossibilité pour l'employeur en cas de condamnation de la méthode d'évaluation, de se prévaloir des données recueillies ainsi à titre de preuve de l'objectivité d'une mesure de gestion du personnel.

540.Outre les représentants du personnel, le salarié pourrait être en mesure d'échapper à l'évaluation et donc, d'empêcher l'employeur à terme de se prévaloir des données issues d'une évaluation pathogène. Il pourrait en aller ainsi lorsque le salarié exerce son droit de retrait en vertu de l'article L. 4131-1 du Code du travail qui prévoit que le salarié « alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé » et qu'« il peut se retirer d'une telle situation. »¹⁵¹⁶ La question qui se pose est celle-ci : « ce texte, qui permet au salarié de s'extraire de la sphère de subordination au nom du respect de son

¹⁵¹¹ J. Déchoz, « Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement », Dr. ouvr. 2014, p.17.

¹⁵¹² CA Rouen, 19 octobre 2010 ; RJS 3/11 n° 208, En l'espèce, l'illicéité résultait de la mise en œuvre des évaluations antérieurement à la fin de la procédure d'information et de consultation du CHSCT.

¹⁵¹³ CA Toulouse, 21 sept. 2011, n° 11/00604.

¹⁵¹⁴ TGI Nanterre, 2ème ch. 12 sept. 2013, n° 11/12781 ; RDT 2013, p. 642, note R. Dalmaso et E. Sérverin.

¹⁵¹⁵Cf. par exemple Cass. Soc. 5 mars 2015, n° 13-26.361.

¹⁵¹⁶Art. L. 4131-1, C. Trav.

intégrité physique, est-il cependant susceptible d'être mobilisé en matière d'évaluation ? »¹⁵¹⁷
Au soutien de la possibilité pour le salarié d'exercer son droit de retrait en présence d'une évaluation pathogène, il a été soutenu qu'en admettant « que les risques psychosociaux ne sont pas, par principe, exclus du recours au droit d'alerte ou de retrait des salariés, l'existence d'un entretien d'évaluation particulièrement pathogène semble susceptible de constituer un danger grave et imminent justifiant le retrait d'un salarié. »¹⁵¹⁸ Ainsi, « le 'péril objectif' pourrait (...) être caractérisé par l'existence d'un entretien pathogène, tout particulièrement si celui-ci a été déclaré comme tel par le [le comité social et économique] à l'occasion de sa consultation. »¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁷ M. Roussel, op. cit., n° 589.

¹⁵¹⁸ Ibid.

¹⁵¹⁹ Ibid.

Conclusion de chapitre

541. L'encadrement des procédés de contrôle des salariés qui résulte des dispositions de l'article L1121-1 du Code du travail révèle que l'exigence d'objectivité connaît un tempérament important. La fin ne justifiant pas les moyens, la recherche de la « vérité » doit être menée au moyen de procédés qui respectent la personne du salarié c'est-à-dire, ses droits et libertés en tant qu'être humain. Ainsi, même s'il est nécessaire de renforcer la portée de l'exigence d'objectivité, il n'en demeure pas moins fondamental de la relativiser eu égard aux atteintes excessives qu'elle peut engendrer sur la personne du salarié. En effet, satisfaire à l'exigence d'objectivité peut conduire l'employeur à renforcer les dispositifs de contrôle du salarié à tel point que ces derniers peuvent devenir intrusifs et empiéter sur la vie personnelle du salarié. Parce qu'ils assurent une surveillance des salariés seconde par seconde et qu'ils enregistrent automatiquement tous leurs faits et gestes, les supports technologiques menacent tout particulièrement la sphère personnelle des salariés. Pire, dans la perspective de fiabiliser sa connaissance des salariés tout en les incitant à répondre à ses attentes, l'employeur risque de porter atteinte à leur santé physique et mentale. Sont en cause, les supports d'évaluation professionnelle des salariés. Il s'en suit, que l'exigence d'objectivité ne doit pas être érigée en impératif absolu au risque de dégrader considérablement les conditions de travail des salariés.

Conclusion de titre

542. L'examen de l'usage probatoire des données collectées par les supports de contrôle des salariés a permis d'identifier deux voies de contestation de celles-ci et par conséquent, des mesures de gestion du personnel qu'elles fondent. La première porte sur leur fiabilité et partant, sur l'objectivité des raisons d'agir de l'employeur, tandis que la seconde est relative à la mise en œuvre des procédés qui ont permis leur collecte en raison des atteintes excessives portées aux droits et libertés des salariés.

Cette seconde voie de contestation permet ainsi de dépasser le débat sur l'objectivité des raisons d'agir et de le fixer sur la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits et libertés des salariés. Elle apparaît plus opportune à suivre pour le salarié compte tenu des difficultés à remettre en cause la fiabilité des données collectées par les dispositifs de contrôle. En effet, l'employeur a non seulement l'entière maîtrise de ces derniers mais, leur fonctionnement peut s'avérer si complexe que la contestation de la fiabilité des données collectées nécessite l'assistance d'un expert. En somme, il peut être préférable pour le salarié de débattre sur un autre registre de justification que celui de l'objectivité, un registre où la justice des fins l'emporte sur la recherche de la « vérité ».

Conclusion de partie

543. Au-delà d'une conception souple de l'exigence d'objectivité, l'étude des moyens de preuve des données avancées au soutien des raisons d'agir, révèle la grande variété de procédés par lesquels se manifeste le pouvoir de l'employeur. Leur filiation à un savoir reconnu aboutit toutefois à un voilement de celui-ci. En effet, si l'employeur parvient à mobiliser régulièrement des dispositifs issus de savoirs dotés d'une autorité importante, l'exigence d'objectivité peut masquer ses préférences. En d'autres termes, une bonne instrumentalisation de l'exigence d'objectivité peut voiler totalement la part irréductible de discrétionnalité de la décision patronale et ainsi, se révéler un outil de gestion efficace du personnel. Plus encore, le respect de cette règle permet à l'employeur de couler son pouvoir dans un moule particulier qui contribue à légitimer ses choix. C'est en cela que réside le caractère ambivalent de l'exigence d'objectivité en droit du travail qui, tout en encadrant l'exercice du pouvoir, le libère.

Pire, l'exigence d'objectivité peut devenir dangereuse pour les salariés dans la mesure où sa mise en œuvre à travers les supports de contrôle des salariés est susceptible de porter une atteinte excessive à leurs droits fondamentaux. Par conséquent, il est essentiel d'éprouver la mesure de gestion du personnel à l'aune d'exigences autres, que celle que justifie le fonctionnement de l'entreprise et d'user en fin de compte, d'une appréciation de proportionnalité seule à même d'assurer un équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux du salarié. En ce sens, le jugement de proportionnalité est celui qui permet de garantir un pluralisme au sein de la société, pluralisme que l'exigence d'objectivité peut menacer.

Conclusion générale

544. Rempart indispensable contre l'arbitraire de l'employeur, l'exigence d'objectivité s'est aussi révélée être un puissant vecteur du pouvoir dans la mesure où elle peut contribuer à le renforcer et à promouvoir l'intérêt de l'entreprise au détriment des prérogatives du salarié. Cette instrumentalisation de l'exigence est d'autant plus aisée à pratiquer que le droit du travail adopte une conception souple de l'objectivité. Compte tenu d'une telle ambivalence, l'étude de ladite exigence n'échappe pas à un double discours. Le propos a donc consisté à défendre une conception plus rigoureuse de l'objectivité tout en soulignant la nécessité de relativiser la portée de pareille exigence. Cette double affirmation a innervé l'examen des deux temps du processus d'adhésion aux raisons d'agir pour qu'elles acquièrent une qualité objective.

545. Le premier temps est celui de l'énonciation des raisons d'agir à l'ombre du juge, condition indispensable mais qui ne saurait suffire à leur conférer la qualité objective. En effet, si énoncer n'est pas prouver, l'extériorisation des raisons d'agir ne peut qu'établir des apparences d'objectivité plus ou moins difficiles à combattre. Celles-ci reposent sur les caractéristiques des énoncés au soutien des raisons d'agir, de même que sur le type de procédure choisie pour encadrer leur énonciation. L'objectivité a donc été étudiée dans une perspective discursive et processuelle.

S'agissant de la première, l'apparence d'objectivité est liée à une exigence de réalisme des énoncés employés dans le discours patronal sur les raisons d'agir. Plus précisément, une telle exigence est attachée aux motifs d'une mesure de gestion du personnel. Chemin faisant, l'objectivité conduit l'employeur à formaliser des données matériellement vérifiables au soutien des motifs énoncés. A cet égard, la narration ou l'identification de catégories de salariés pertinentes constituent des modes de formalisation susceptibles de satisfaire à l'exigence de réalisme dans la mesure où ils rendent compte d'une unité de temps, de lieu et d'action. Sont donc incompatibles avec un registre réaliste, les mobiles et surtout, les opinions personnelles de l'employeur qui sont autant de manifestations d'un exercice arbitraire du pouvoir. En effet, l'emploi d'un vocable réaliste doit persuader que les motifs énoncés sont indépendants de la volonté de l'employeur. Même si plusieurs évolutions jurisprudentielles liées à l'abandon de la perte de confiance ont permis de faire reculer l'arbitraire et partant, la

théorie de l'employeur seul juge, il reste que l'extension du pouvoir disciplinaire à la sphère personnelle du salarié freine un tel recul en menaçant les droits et libertés des salariés. En cause, une interprétation peu rigoureuse qui frise une dénaturation de l'exigence d'objectivité guidée par la défense de l'intérêt de l'entreprise. Attachée au fonctionnement de l'entreprise, la justification objective a permis également l'essor de procédés langagiers auxquels est conféré un certain réalisme alors qu'ils peuvent être aisément manipulés par l'employeur. Il en va ainsi des données chiffrées et en particulier, des indicateurs comptables comme de certains procédés d'énonciation graphique. A cela s'ajoute l'observation que le droit s'affranchit parfois des exigences liées au réalisme pour défendre des intérêts catégoriels particuliers.

S'agissant de la seconde perspective, l'apparence d'objectivité est attachée à la nature plus ou moins délibérative des procédures au sein desquelles les raisons d'agir sont extériorisées. Examinée ainsi, l'apparence d'objectivité dépend d'une condition procédurale. Ce qui peut être considéré comme « vrai » ne peut demeurer dans le for interne mais, nécessite au moins d'avoir d'être exposé voire, discuté ou, dans l'idéal, mis à l'épreuve par l'auditoire auquel s'adresse l'employeur. De l'étude des dispositions relatives aux différentes procédures menées en interne, il ressort que les raisons d'agir peuvent être extériorisées dans un contexte très variable qui contraint de manière plus ou moins forte la liberté de gestion de l'employeur et qui est susceptible d'aboutir à un consensus plus ou moins élevé sur la rationalité de la mesure. Transparence, consultation, organisation d'un entretien individuel, négociation collective sont autant de procédures différentes au sein desquelles les destinataires de la mesure ou leurs représentants ne bénéficient pas des mêmes prérogatives. Le propos consistait alors à se demander si l'objectivité des raisons d'agir pouvait être plus ou moins fortement présumée. Une telle proposition se fondait sur l'observation qu'en droit du travail, une présomption très élevée est accordée aux raisons d'agir lorsque la mesure de gestion du personnel a fait l'objet d'un accord collectif de travail conclu au niveau de l'entreprise. Sont ainsi visés les accords catégoriels mais aussi les accords de performance collective. Toutefois, il ressort notamment de l'examen des modalités d'accès à l'information et à l'expertise des représentants du personnel et tout particulièrement, de celui des modalités temporelles de mise en œuvre de leurs prérogatives, qu'une telle présomption n'a pas lieu d'être. De manière plus explicite, les représentants du personnel ne bénéficient pas des conditions adéquates pour mettre réellement à l'épreuve la rationalité du projet de décision. A cela s'ajoute encore leur état de subordination qui ne leur permet pas de le faire en toute liberté. Examinée dans une

perspective procédurale, l'objectivité se donne donc plus à voir comme une étiquette que comme une qualité acquise au terme d'un haut degré de contrôle de la part des représentants des destinataires de la mesure. Or, un tel usage de l'objectivité observé lorsque la mesure de gestion résulte de la mise en œuvre d'accords de gestion ou d'accords catégoriels, renforce le caractère ambivalent de cette exigence c'est-à-dire, son instrumentalisation pour défendre l'intérêt de l'entreprise ou des intérêts catégoriels.

546. Le second temps est celui de la preuve des éléments avancés au soutien des raisons d'agir en cas de litige. Ce temps est celui où l'employeur doit démontrer leur objectivité en produisant des éléments de preuve suffisamment fiables. Examinée ainsi, l'objectivité est attachée soit à des savoirs soit aux supports de contrôle des salariés.

Attachée aux premiers, l'objectivité se révèle là encore un vecteur du pouvoir de l'employeur dans la mesure où le droit du travail se montre perméable à des procédés probatoires qui sont peu fiables en raison de la faculté pour l'employeur ou pour les tiers sur lesquels il prend appui, d'orienter le contenu des données avancées à titre de preuve. La consécration dans la définition des difficultés économiques d'indicateurs comptables dont l'utilisation peut faire l'objet de multiples jeux, de même que la reconnaissance étatique de certaines normes d'audit peu explicites sur la méthode à suivre pour évaluer l'entité auditée, illustrent entre autres, une telle perméabilité. Or, ces procédés contribuent à légitimer certains choix de gestion en leur conférant une apparence de « scientificité ». La défense d'une conception plus rigoureuse de l'exigence d'objectivité dans l'appréciation de la preuve est donc nécessaire pour contrecarrer une telle instrumentalisation par le pouvoir.

Attachée aux seconds, l'objectivité se révèle encore plus dangereuse pour les droits et libertés des salariés, dans la mesure où les supports de contrôle des salariés renforcent le pouvoir de l'employeur. S'agissant des supports technologiques de surveillance des salariés, ces derniers sont même de nature à accroître son pouvoir disciplinaire. Il en va d'autant plus ainsi que leur fiabilité demeure difficile à contester par le salarié qui ne saurait se passer de l'assistance d'un expert pour mener pareille entreprise. Quant aux dispositifs d'évaluation des salariés, ceux-ci peuvent porter atteinte à leur santé. Compte tenu des atteintes à la personne qu'elle peut provoquer, la recherche de la « vérité » qu'implique l'exigence d'objectivité ne doit pas devenir un totem. La connaissance pour lutter contre l'arbitraire de l'employeur demeure légitime, elle ne l'est plus lorsqu'elle est recherchée à n'importe quel prix.

Bibliographie

Ouvrages généraux : traités, cours, manuels, dictionnaires

Alis D. et alii, GRH – une approche internationale, De Boeck, 3^e éd., 2011.

Alland D. et Rials S. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Quadrige, PUF-Lamy, 2003.

Arnaud A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^e éd., 1993.

Auzero G., Baugard D. et Dockès E., Droit du travail, Dalloz, coll. « Précis », 32^e éd., 2019.

Cadin L., Guérin F. et Pigeyre F., Gestion des ressources humaines, Dunod, coll. « Pratiques et éléments de théories », 2007.

Carbonnier J., Droit civil, T1, PUF, Thémis, 12^e éd., 1979.

Champeil-Desplats V., Méthodologies du droit et des sciences du droit, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd. 2016.

Chevallier J. et Lochak D., Science administrative, LGDJ, 1978.

Cohen M. et Milet L., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 11^e éd., 2016.

Cornu G. (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, coll. « Quadrige », 11^e éd., 2016.

Blay M., (dir.) Dictionnaire des concepts philosophiques, Larousse, 2006.

Eisenmann Ch., Cours de droit administratif, textes réunis par S. Rials, LGDJ, 1983, Tome II.

Favennec-Héry F. et Verkindt P.-Y., Droit du travail, 2^e éd., LGDJ, 2009.

Fenoll-Trousseau M.-P. et Haas G., La cybersurveillance dans l'entreprise et le droit, Litec, 2002.

Ghestin J., La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, coll. « Traité de droit civil », dirigée par J. Ghestin, 1993.

Grawitz M., Méthodes des sciences sociales, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd., 2001.

Guinchard S., Chainais C. et Ferrand F., Procédure civile, droit interne et de droit de l'Union européenne, Paris, Dalloz, 32^e éd., 2014.

Javillier J.-C., Droit du travail, LGDJ, 1978.

Lalande A., Vocabulaire de la Philosophie, Quadrige, PUF, 2010.

de Lauzainghein Ch., Navarro J.-L., Nechelis D., Droit comptable, Dalloz, 3^e éd., 2004.

Legoff J., Droit du travail et société. Tome II. Les relations collectives de travail, PUR, 2002.

Lokiec P., Droit du travail – tome 1 : les relations individuelles de travail, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011.

Lyon-Caen G. et Pélissier J., Les grands arrêts du droit du travail, éd. 1980, Sirey.

Mazeaud A., Droit du travail, Domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2016.

Miaille M., Une introduction critique au droit, François Maspéro, Paris, 1976.

Millard E., Théorie générale du droit, PUF, coll. « Connaissance du droit », 2006.

Morvan P., Droit de la protection sociale, LexisNexis, 8^e éd., 2017.

Peskine E. et Wolmark C., Droit du travail, Dalloz, coll. « Hypercours », 12^e éd. 2019.

Rey A. (dir.), Dictionnaire historique de la langue française, Tome 2, Le Robert, 2012.

Vergès E., Vial G. et Leclerc O., Droit de la preuve, PUF, coll. « Thémis droit », 2015.

Ouvrages spéciaux, thèses, rapports et monographies

Abelhauser A., Gori R. et Sauret M.-J., La folie Evaluation – les nouvelles fabriques de la servitude, Mille et une nuits, 2001.

Abiteboul S., Sciences des données : de la logique du premier ordre à la Toile : Leçon inaugurale prononcée le jeudi 8 mars 2012 Paris : Collège de France, 2012.

Adam P., *L'individualisation du droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibl. de dr. soc », t.39, 2005.

Anderson T. et Twining W., Analysis of evidence, How to do things with facts based on Wigmore's science of judicial proof : Northwestern University Press 1991.

Aristote :

- La Rhétorique, trad. P. Chirion, Paris, Flammarion, coll. « Garnier Flammarion », 2007
- Topiques, trad. J. Tricot, Vrin, 1997

Ascensi L., Du principe de la contradiction, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t.454, 2006.

Austin J., *Quand dire, c'est faire*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1991.

Bachelard, G., *La formation de l'esprit scientifique*, Paris : Vrin, 1989.

Baillargeon N., *Petit cours d'autodéfense intellectuelle*, Lux, coll. « Instinct de liberté », 2005.

Barrau A., *De la vérité dans les sciences*, Dunod, 2016.

de Benalcázar I., *Droit du travail et nouvelles technologies*, Montchrestien, 2003.

Berthier P.-E., *La récompense en droit du travail, Contribution à l'étude du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 63, 2014.

Blanché R., *La logique et son histoire d'Aristote à Russell*, Armand Colin, coll. « U. Philosophie », 1970.

Boltanski L., *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Les éditions de minuit, coll. : le sens commun, 1982.

Boltanski L. et Thévenot L., *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.

Bon F., *Les sondages peuvent-ils se tromper ?* Calmann-Lévy, 1974.

Bouchet H., *La cybersurveillance sur les lieux de travail*, Rapport CNIL, 2004, La documentation française.

Bourdieu P., *Sciences de la science et réflexivité*, Paris, Raisons d'agir, 2001.

Bunge M., *Finding philosophy in Social Science*, New Haven : Yale University Press, 1996.

Charton E., *Hacker's guide*, éd. CampusPress, 2003.

Clos Y., *Le travail sans l'homme ? – Pour une psychologie des milieux de travail et de vie*, La découverte, coll. « Poche », 2008.

Colasse B., Les fondements de la comptabilité, La Découverte, coll. « Repères », 2007.

Combrexelle J.-D., *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport remis au Premier ministre le 9 sept. 2015.

Comte A., *Le discours sur l'esprit positif*, introduction et notes par A. Petit, Paris : Vrin, 2009.

Dabosville B., *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 123, 2013.

Dalbignat-Deharo G., Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 2, 2004.

Danblon E., de Jonge E., Kissina E. et Nicolas L., Argumentation et narration, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « Philosophie et société » 2008.

Daston L. et Galison P., Objectivité, trad. Par S. Renaut et H. Quiniou, Les presses du réel, 2012.

Dejours Ch.,

- *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel – critique des fondements de l'évaluation*, INRA éditions, 2003.

- Souffrance en France – *La banalisation de l'injustice sociale*, Points, coll. « Essais », 2009.

Del Rey A., *La tyrannie de l'évaluation*, La découverte, coll. « Cahiers libres », 2013.

Démoulin M., Nouvelles technologies et droit des relations de travail, préf. B. Teyslié, LGDJ, 2012.

Depoix P., *L'expert-comptable du comité d'entreprise*, Thèse dactyl. Univ de Paris-X Nanterre, 1981.

Desrosières A., Pour une sociologie de la quantification. *L'argument statistique*, Presses de l'Ecole des Mines, coll. Sciences sociales, 2008.

Dockès E., Valeurs de la démocratie. Essai sur huit notions fondamentales, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

Dujarier M.-A., *L'idéal au travail*, PUF, coll. « Partage du savoir », 2006.

Durkheim E., Les règles de la méthode sociologique, Paris : Félix Alcan, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 1895.

Elster J., *Deliberative democracy*, Cambridge University Press, 1998.

Encinas de Munagorri R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, t. 254, 1996.

Eurieu Ch., *But et motif des actes administratifs*, thèse dactyl., Paris, 1972.

Eymard-Duverney F. et Marchal E., *Façons de recruter. Le jugement des compétences sur le marché du travail*, Metailié, 1997.

Fabre A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 52, 2010.

Ferkane Y., *L'accord collectif de travail. Etude sur la diffusion d'un modèle*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 166, 2017.

Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto della democrazia*, vol. 1 : *Teoria del diritto*, Roma, Laterza, 2007.

Font N., *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. des Thèses », vol. 85, 2009.

Frydman B., *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant-LGDJ, coll. « Penser le droit », 2005.

G'Sell-Macrez F., *Recherche sur la notion de causalité*, Thèse dactyl. Univ. Paris I, 2005.

Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. « Droit civil », 1985.

Géniaut B., *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. de Thèses », vol. 86, 2009.

Gény F., *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, t. I, 2e éd Sirey, 1919.

Goody J., *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, Les éditions de Minuit, coll. *Le sens commun*, 1979.

Guiomard F., *La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur*. Thèse dactyl. Paris Nanterre, 2000.

Habermas J.,

- *Éthique de la discussion et vérité*, Paris : B. Grasset, 2003.

- *Le discours philosophique de la modernité*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1988

Hadji C., *L'évaluation démystifiée*, ESF, coll. « Pratiques & enjeux pédagogiques », 1997.

Hegel G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, étude critique établie par J.-F. Kervégan, Quadrige, PUF, 2018.

Heller H., *La crise de la théorie de l'Etat*, (1934), Paris, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012.

Hobbes Th., *Léviathan*, Folio Essais, coll. « Poche », 2000.

Hugonet P., *La vérité judiciaire*, Litec, 1986.

Isaac G., *La procédure administrative non contentieuse*, préf. O. Dupeyroux, LGDJ, 1968.

Jardillier P. et Burg Ph., *Psychologie et management*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2007.

Jubé S., *Droit social et normalisation comptable*, LGDJ, coll. « Droit et Economie », 2011.

Kant E., *Critique de la faculté de juger*, trad. A. Renaut, Flammarion, 2015.

Katz T., *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 41, 2007.

Kelsen H., *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant - LGDJ, Bruxelles - Paris, 1997.

Kontorgeorgopoulou P., *La conception de l'emploi comme risque. Réflexions à la lumière du licenciement pour motif économique*, Thèse Univ. Paris Nanterre, 2000.

Labruffe A.,

- *La mesure des compétences*, AFNOR, 2003.

- *Le savoir-être ! Un référentiel professionnel d'excellence*, AFNOR, 2008.

- *Management des compétences : construire votre référentiel*, AFNOR, 2010.

Lafuma E., *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », t. 46, 2008.

Lagarde X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 239, 1994,

Laudan L., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, coll. « Cambridge Studies in Philosophy and Law », 2006.

Leclerc O., *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*,

LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t.443, 2005.

Lefebvre S., Nouvelles technologies et protection de la vie privée en milieu de travail en France et au Québec, préf. D. Berra, PUAM, 1998.

Lerouge L., La reconnaissance d'un droit à la protection de la santé mentale au travail, LGDJ, 2005.

Lokiec P., Droit du travail – tome 1 : les relations individuelles de travail, PUF, coll. « Thémis Droit », 2011.

Loubet Del Bayle J.-L., Initiation aux méthodes des sciences sociales, L'Harmattan, 2000.

Lyon-Caen G., *Les libertés publiques et l'emploi* – Rapport au ministre du travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, La documentation Française, coll. « Rapports officiels », 1992.

Maddoli-Restoux A.-C., *Responsabilité de l'expert-comptable*, Litec, 2003.

Mattelart A., La globalisation de la surveillance – *Aux origines de l'ordre sécuritaire*, La découverte/poche, 2008, p. 11.

Miniato L., Le principe du contradictoire en droit processuel, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t.483, 2008.

Ost F. et van de Kerchove M., Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, coll. « Travaux et Recherches », vol. 9, 1987.

Pélissier G., *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996.

Pélissier J., La réforme du licenciement, 2e éd., Sirey, 1980.

Perelman Ch. et Olbrechts-Tyteca L., *Traité de l'argumentation*, Univ. De Bruxelles, coll. « UBlire : Fondamentaux », 2008.

Perraki P., La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen. Etude comparative des droits français, hellénique britannique et européen, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2015.

Popper K.,

-Logique de la découverte scientifique, 1935, trad. fr. 1973, réed. Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1995.

- Conjectures and refutations, The Growth of Scientific Knowledge, 1963. Trad. M. Irène et

M. B. de Launay : Conjectures et réfutations, La Croissances du savoir scientifique, Paris, Payot, 1985.

Quintilien, Institution oratoire, Tome II, trad. J. Cousin, Paris : les Belles Lettres, 1976.

Ray J.-E., Le droit du travail à l'épreuve des NTIC, éd. Liaisons, 2001.

Reboul O., Introduction à la rhétorique, PUF, 2^e éd., 1991.

Rials S., Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité), LGDJ, 1980.

Ricoeur P., Temps et Récit Tome II, éd. Seuil, coll. « Points Essais », 1991.

Robert A., Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 2^e éd., 2011/2012.

Romano S., *L'ordre juridique*, trad. française de la 2e éd. par L. François et P. Gothot, Dalloz, 2002.

Roulet V., *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, éd. Panthéon Assas, 2011.

Roussel M., *L'évaluation professionnelle des salariés*, thèse dactyl. Paris Nanterre, 2016.

Sachs T., La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie, LGDJ, coll. « Bibl. De droit social », t.58, 2013.

Schick T. et Vaughn L., How to think about Weird Things – Critical Thinking for a New Age, McGraw-Hill Education, 7e éd., 2013.

Sereno S., *Le Défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017.

Sentis Melendo S., La prueba, Buenos Aires, EJE, 1979.

Silance L., « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in Le problème des lacunes en droit, LGDJ, 1959.

Soler L., *Introduction à l'épistémologie*, Ellipses, 2000.

Supiot A., Critique du droit du travail, PUF, coll. « Quadrige », 3^e éd., 2015.

Sweeney M., *L'exigence d'égalité à l'épreuve du dialogue des juges. Essai en droit social*,

L'Építoge, Coll. « L'unité du Droit », vol. V, 2016.

Taruffo M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, 2010.

Thiéry-Dubuisson S., *Audit, La découverte*, coll. Repères, 2009.

Tournaux S., *L'essai en droit privé – Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, LGDJ, 2011.

Vedel G., *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey 1934.

Vigour C., *La comparaison dans les sciences sociales*, La Découverte, 2005.

Weber M., *Métier et vocation du savant*, (1919), Paris, 10/18, 1959, p. 81.

Wittgenstein L., *De la certitude*, trad. de l'allemand par J. Fauve, Gallimard, 1987.

Wolmark C., *La définition prétorienne. Etude en droit du travail*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 69, 2007.

Zawieja Ph., *Le burn out*, PUF, coll. « Que sais-je? », 2015.

Articles

Adam G., « Critique d'une étude critique de Jean-Emmanuel Ray », *Dr. Soc.* 1993, p. 333.

Adam P.,

- « La dignité du salarié et le droit du travail. Première partie », *RDT* 2014, p. 168.

- « Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ? », *RDT* 2008, p. 180.

- « Petite balade dans le 'contentieux prud'homal' du harcèlement moral », *SSL* 2007 Suppl. n° 1315, p. 6.

Aldigé B., « Licéité du dispositif d'évaluation professionnelle reposant sur des recommandations de quotas indicatifs », *JCP S* 2013, 1160.

Allard J., « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in *Argumentation et narration*, ss. dir. E. Danblon, E. de Jonge, E. Kissina et L. Nicolas, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « Philosophie et société » 2008, p.

Alzais S., « Les temporalités du droit du travail à l'épreuve des accords de maintien de

l'emploi », in *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités* ss la dir. de G. Borenfreund et de E. Peskine, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 53.

Amira S. et Ast D., « Des risques professionnels contrastés selon les métiers : enquête SUMER 2010 », *Références en santé du travail* 2014, n° 140, p. 29.

Ammar D., « Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 508.

Arguin M., « L'attention sélective » In *Perception et réalité : une introduction à la psychologie des perceptions* ss. la dir. de A. Delorme et M. Flückiger, De Boeck Université, coll. « Neurosciences et cognition », 2003.

Ashdown H.F., Fleming S., Spencer E.-A., et al., « Diagnostic accuracy study of three alcohol breathalysers marketed for sale to the public, » *BMJ Open* 2014.

Aubert J.-L., « Le formalisme – Rapport de synthèse », *Defrénois*, 2000, p. 931.

Aubert-Monpeyssen Th. et Verkindt P.-Y., « La protection de la santé du travailleur : approche juridique de la notion de prévention », in *La santé du salarié*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1999, p. 30.

Auvergnon Ph., « Drogues illicites et travail salarié : agir, sans surréagir », *Dr. Soc.*, 2015, p. 449.

Badir S., « Sémiotique de l'exemple », *MethIS*, vol. 4- 2011 : L'exemple en question, p. 19.

Balibar F. et During E., « Introduction », *Critique*, n° 661-662 : Sciences dures ?, 2002.

Barbier H., « Quelques évolutions contemporaines du droit de la preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », *Revue Lamy Droit civil*, 1^{er} mai 2010, suppl.

Barège A. et Bossu B., « Les TIC et le contrôle de l'activité du salarié », *JCP S* 2013, p. 1393.

Bargain G., Berthier P-E et Sachs T., « Les logiques de responsabilisation au cœur des évolutions récentes du droit social français », *Dr. ouvr.* 2014

Baugard D., « La faute disciplinaire », *CSBP*, 01/12/2014.

Baugard D. et Gratton L., « Les accords de préservation ou de développement de l'emploi : premier regard conventionnel et constitutionnel », *Dr. Soc.* 2016, p. 745.

Béal S. et Terrenoire C., « Le motif économique et le groupe – Définition après les ordonnances n°2017-1387 et n°2017-1718 des 22 septembre et 20 décembre 2017 », JCP E n° 5, 1059.

Béguin C., « La problématique juridique de la preuve », Cahiers du DRH, n°90, 2003, supplément.

Bénard V., « La souffrance éthique dans le travail des chargés de communication d'une administration », Travailler 2/2006 (n°16), p. 155.

Béraud J.-M., « La singularisation face aux exigences de non-discrimination et d'égalité de traitement », in Le singulier en droit du travail, ss. la dir. de J.-M. Béraud et A. Jeammaud, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2006, p. 93.

Berthou K., « Différences de traitement : esquisse des 'exigences professionnelles essentielles' après la loi du 27 mai 2008 », Dr. Soc. 2009, p. 410.

Bertrel J.-P., « La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du contradictoire », Dr. et patrim., n°64, oct. 1998, p. 74.

Bonnard R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », RDP, 1923, p. 363.

Borenfreund G., « Le comité d'entreprise : nouveaux enjeux. Quelques observations à partir de la loi du 14 juin 2013 », RDT 2015, p. 17.

Boulmier D., « La force probante du constat d'huissier après la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 », Dr. ouvr., mars 2012, p.168.

Boure R., « Réflexions autour de l'institutionnalisation des disciplines, Sciences de l'information et de la communication versus économie ? », Communication, 2005 vol. 24/1, p. 9.

Bournois F., « Le benchmark dévoyé », entretien, SSL 2013, supp. n° 1571, p. 135.

Boussard-Verrechia E. et Petrachi X., « Système d'évaluation et critères comportementaux : vers une clarification », Dr. Ouvr. 2012, n°762, p. 4.

Bretonneau A., « Contrôle du temps de travail : l'illicéité de la géolocalisation », AJDA, 2018, p. 402.

Brissy S., « L'insuffisance des résultats du salarié au regard de la cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 2006, Chron. p.685.

Bruchon-Schweitzer M.,

- « L'irrationnel et le rationnel dans le recrutement », *Journal des psychologues*, 1987-1988, p.53.
- « L'évaluation de la personnalité dans la sélection du personnel », in *Traité de psychologie du travail* de C. Lévy-Leboyer et Spérando, PUF, 1987, p.

Bureau M.-C. et Marchal E., « Introduction », in M.-Ch. Bureau et E. Marchal (dir.), *Au risque de l'évaluation – Salariés et candidats à l'emploi soumis aux aléas du jugement*, Presse Universitaire du Septentrion, 2005, p. 17.

Calvès G., « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *SSL* 2017, n° 1785, 09/10/2017, suppl.

Caprioli E.-A., « Cybersurveillance des salariés : du droit à la pratique des chartes « informatiques », *LPA* 29 sept. 2004. p. 9.

Caprioli E. A., et Gurfinkiel A., « Cybersurveillance des salariés et communications électroniques », in J.-M. Bruguière, *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet : quid novi ?*, Dalloz, 2014, p.171.

Casaux-Labrunée L., « Vie privée des salariés et vie de l'entreprise », *Dr. soc.* 2012, p. 331.

Catel Duet A., « Etre ou ne pas être : le groupe comme firme unifiée ou comme ensemble de sociétés ? Une approche sociologique », *Droit et société*, 2007/3, p. 615-619.

Champeaux F.,

- « Benchmark : le retour gagnant », *SSL* 2014, n° 1620, p. 14.
- « Le destin contrarié de la proportionnalité », *SSL*, 9 févr. 2009, n°1386, p.2.
- « Ranking. Réflexions juridiques », *SSL* 2002, n° 1100, p. 6.

Champeil-Desplats V., « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323.

Chappe V.-A., « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, pp. 45-55.

Charlier R.-E., « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *EDCE* 1951, p.°32.

Chirez A.,

- « La perte de confiance par l'employeur constitue-t-elle une cause réelle et sérieuse de licenciement ? », *D.* 1981, chron, p. 193.
- « La mécontente reste-t-elle une cause de licenciement ? », *Dr. ouvr.* 2005, p. 46.

- « Insuffisances, erreurs et fautes du salarié », Dr. ouvr. 2006, p. 513.

Clos Y., « La clinique de l'activité dans la clinique du travail : un enjeu politique », colloque du 24 sept. 2015, Enjeux politiques du travail, Université Paris Nanterre.

Collomp E., « La vie personnelle au travail - Dernières évolutions jurisprudentielles », Dr. Soc., 2010. 40.

Colonna J., « Evaluation des compétences des salariés : la validité du ranking », Dr. Soc. 2003, p.988.

Cormier D. et al.,

- « Le référentiel IRS : nous dirigeons-nous vers une comptabilité au-delà du réel ? », Comptabilité -Contrôle-Audit, 2007/3 (Tome 13), p.43-55.

- « La pertinence et l'utilité prédictive de mesures de performance financière : une comparaison France, Etats-Unis et Suisse », Comptabilité, Contrôle, Audit, 2001/1 (Tome 7), p.77-105.

Cottin J-B , « Pour un droit d'expertise responsable », RDT, 2013, p. 379.

Couturier G., « Les nullités du licenciement », Dr. Soc, 1977, p. 227.

Crawford K. et Shulz J., « Big Data and Due Process : Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms », Boston College Law Review, Vol. 55, 2014.

Crespin R.,

- « De quoi le dépistage des drogues au travail est-il le nom ? », Prospective Jeunesse, 2011, n° 60, p. 18

- « Réduire les risques en ignorant le travail » in Se doper pour travailler ss la dir R. Crespin et alii, Erès, coll. « Clinique du travail », 2017, p. 352.

Croze H., « Informatique, preuve et sécurité », D. 1987, chron. p. 165.

Dabosville B., « Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : new deal ou statu quo ? », Dr. Soc. 2018, p. 455.

Daoust M.-K., « Pourquoi délibérer ? Du potentiel épistémique à la justification publique », Philosophiques, n°1, 2016, p. 23.

Dauriac I., « Forme, preuve et protection du consentement », in Mélanges M. Gobert, Economica, 2004, p. 410.

Dauxerre L., « Le corps, carte d'identité du salarié », JCP S, 2008, p. 1578.

Déchoz J., « Les rapports de travail : du lien de subordination au lien d'assujettissement », Dr. ouvr. 2014, p. 17.

Degos J.-G., « Le futur de la comptabilité est-il compatible avec la comptabilité du futur ? », La Revue des Sciences de Gestion, 2007/2 n°224-225, p.185 à 197.

Dejean de la Bâtie A. et Robbe J.-P., « L'entretien annuel d'évaluation au service du bien-être et de l'efficacité au travail », Les Cahiers du DRH, n° 166, 1^{er} juin 2010.

Dejours Ch., « L'évolution de la souffrance au travail est à rechercher dans l'évolution de l'organisation du travail » Controverse, RDT 2010, p. 9.

Desrosières A., « La statistique, outil de gouvernement et outil de preuve », introduction de deux livres : Pour une sociologie historique de la quantification et Gouverner par les nombres, publiés par les Presses de l'Ecole des Mines, 2008.

Desrosières A. et Kott S., « Quantifier », Genèses, 2005/1 n°58, p. 2.

Disle C. et Noël C., « La révolution des normes IFRS : une convergence de la comptabilité vers la finance ? », La Revue des Sciences de Gestion, 2006, n°224-225.

Driver R., Ronald Buckley M., Frink D., « Should we write off graphology ? », International Journal of Selection and Assesment, Avril, 1996, vol. 4, n° 2, p.78.

Duquesne F., « Les droits de la défense du salarié menacé de licenciement », Dr. soc. 1993, p. 847.

Enjolras L., « Chronique d'actualité du droit de la négociation : commentaire de la loi du 8 août 2016 », Dr. Soc. 2016, p. 933.

Fabre A., « La motivation du licenciement », Dr. Soc., 2018, p. 4.

Fabre-Magnan M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 301.

Fantoni S. et Héas F., « Pour une reconfiguration des principes en santé au travail », Dr. soc. 2016, p. 531.

Fantoni-Quinton S et Verkindt P.-Y., « Drogue(s) et travail : des liaisons dangereuses », Dr. soc. 2011, p.674.

Favro K., Lobé Lobas M. et Markus J.-P., « Reconnaître l'expert dans la société : une reconnaissance guidée par le besoin » in *L'expert* dans tous ses états, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2016, p.9.

Feldman J., « Objectivité et subjectivité en science. Quelques aperçus », Revue européenne des sciences sociales, Tome XI., n°124, 2002, p. 85.

Ferkane Y., « L'accord de groupe en crise d'identité », RDT 2017, p.76 s.

Foriers P., « Considérations sur la preuve judiciaire, in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), La preuve en droit, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 315.

Frison-Roche M.-A., Généralités sur le principe du contradictoire, Thèse dactyl., Paris II, 1988.

Frossard S., « La mésestimation avec un salarié peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 2002, p. 2091.

Frouin J.-Y.,

- « Inaptitude et perte d'emploi », Dr. ouvr. 2006, p.105.
- « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », RJS 1999, p. 543.
- « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », Dr. Soc. 1998, p. 579.
- « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », CSB, 1998. 123.

Gamet L.,

- « Le test salivaire » Dr. Soc. 2013, p. 51.
- « Consommation de drogues par le salarié et tests salivaires » SSL 2012 n°1545, p. 4.

Gardin A.,

- « Géolocalisation du véhicule du salarié : quand finalité, proportionnalité et fiabilité font loi », RDT, 2015, p. 544.
- « L'éviction de la perte de confiance : une nouvelle étape dans l'objectivation du licenciement pour motif personnel », D. 2002, p. 921.

Gardin A. et Lhernould J.-P., « Autour du principe de neutralité dans l'entreprise », Dr. Soc., 2018, p. 312.

Gaudu F., « Le licenciement pour perte de confiance », Dr. Soc. 1992, p. 32.

Gauriau B.,

- « L'accord de performance collective depuis la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 », Dr. Soc. 2018, p. 504.
- « L'entretien d'évaluation », CSBP 2014, n° 267, p. 603.

Gautier P.-Y., « La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la 'vie privée' des salariés » D. 2001, p. 3148.

Géa F.,

- « Réforme 2017. L'hypothèse de la création de difficultés économiques », RDT 2017, p.793.
- « Un nouveau droit du licenciement économique ? », RDT 2017, p.636.

Gérard F.-M., « L'indispensable subjectivité de l'évaluation », Antipodes, n° 156, avril 2002, p. 26.

Gilbert P., « Définir la compétence en psychologie du travail », in N. Delobbe, G. Karnas et C. Vandenbergue (Eds), Evaluation et développement des compétences au travail, UCL – Presses universitaires de Louvain, 2003, p. 11.

Gillet B., « Aptitudes et capacités cognitives », in Traité de psychologie du travail de C. Lévy-Leboyer et Spérando, PUF, 1987, p. 491.

Gillet J.-L., « Faut-il sauver l'oralité ? », in Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processus – mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, LGDJ, 2010, p. 711.

Girard D., « Conflits de valeurs et souffrance au travail », Ethique publique, vol. 11, n°2/2009, p. 130.

Grévy M., « Vidéosurveillance dans l'entreprise : un mode normal de contrôle des salariés ? », Dr. Soc., 2012, p. 329.

Grinsnir J. , « Les dispositions nouvelles relatives 'au recrutement individuel et aux libertés individuelles' (loi du 31 décembre 1992) », Dr. ouvr. 1993, p. 237.

Grumbach T. ,

- « Procéduralisation et processualisation en droit du travail » in Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de J. Pélissier, Dalloz, 2004, p.256.
- « Observations paradoxales sur l'évolution de la jurisprudence relative à la loi du 13 juillet 1973 », Dr. Soc. 1981, p. 373.

Guardies J.-L., « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », APD, Sources du droit, T.29, 1982, p. 169.

Guiomard F., « La recevabilité des preuves produites pour soi-même », RDT 2013, p.781 s.

Gutwirth S., « Sciences et droit de l'environnement. Quel dialogue ? », in Quel avenir pour le droit de l'environnement ? ss la dir de F. Ost et S. Gutwirth, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 1996, p.

Habermas J., « La démocratie a-t-elle encore une dimension épistémique ? Recherche empirique et théorie normative », Participations, vol.4, n°3, 2012, p. 209.

Hamdi B. et Mejri T., « La pertinence de l'information comptable en juste valeur dans le contexte de la crise financière : le cas de l'industrie bancaire européenne », *Comptabilité, Contrôle, Audit*, 2017/3 (Tome 23), p. 29-62.

Hamon Ph., « Un discours contraint » in *Littérature et réalité*, Seuil, coll. « Points Essais », 1982.

Hass G., « L'identité usurpée sur internet : vide juridique », in *Données personnelles : des données personnelles à l'identité numérique*, Colloque « Les rencontres annuelles du droit de l'internet 2008 », RLDI, mars 2009.

Hautefort M., « Tour d'horizon sur l'entretien d'évaluation », *Les Cahiers du DRH*, n°183, 1^{er} janv. 2012.

Héas F., « Le devenir de l'obligation de sécurité de résultat en matière de travail », *Dr. ouvr.* janv. 2016, p. 10.

Helbo A., « II. Enonciation », in *L'enjeu du discours. Lecture de Sartre*, ss. la dir A. Helbo, Paris, Editions complexe, coll. « Creusets », 1978, p.151.

Hoarau Ch. et Teller R., « IFRS : les normes comptables du nouvel ordre économique global ? », *Comptabilité - Contrôle - Audit* 2007/3 (Tome 13).

Hottegindre et C. Lesage, « Un mauvais auditeur : manque d'indépendance et/ou de compétence ? Étude exploratoire des motifs de condamnation des commissaires aux comptes sur le marché de l'audit en France », *Comptabilité - Contrôle - Audit*, 2009/2 (Tome 15), p. 87-112.

Hrichi Y., « Les effets de l'adoption obligatoire des normes IFRS sur la gestion du résultat comptable : une analyse de 100 entreprises françaises », *La Revue des Sciences de Gestion* 2013/5 (n°263-264), p. 165.

Icard J. et Pagnerre Y. « Le clair-obscur de l'obligation de sécurité en matière de harcèlement », *D.* 2016, p. 1681.

Ilieva V., « La motivation des accords collectifs : l'exemple des accords de maintien de l'emploi » in *Licenciements pour motifs économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, ss. la dir. De G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, p. 39.

Janin R et Piot Ch., « L'influence des auditeurs externes et des comités d'audit sur le contenu informatif des manipulations comptables », *La Revue des Sciences de Gestion, Direction et Gestion* n°233, sept-oct. 2008, p. 23.

Jeamnaud A.,

- « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence*, n° 1, 2010, p. 181.
- « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *SSL*, N° 1340, 11 février 2008, Supplément.
- « De la polysémie du terme principe dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, dir. S. Caudal, *Economica, Etudes juridiques*, 2008, p. 53.
- « Du principe d'égalité de traitement des salariés », *Dr. Soc.* 2004, p. 694.
- « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in *Les transformations de la régulation juridique* ss dir J. Clam et G. Martin, *LGDJ*, coll. « Droit et société », 1998, p.66.

Jeamnaud A., Le Friant M., Lyon-Caen A., « L'ordonnancement des relations du travail », *D* 1998, p. 359.

Jeanmart G., « L'efficacité de l'exemple (1) », *Dissensus*, Dossier : Efficacité : normes et savoirs, n° 4 (avril 2011).

Jubé S., « La normativité comptable : un angle mort en droit social », *RDT* 2009, p. 211.

King N.R. et Koehler J.D., « Illusory correlations in graphological inference », *Journal of Experimental Psychology Applied*, 2000, 6 (4), p. 336-348.

Kobina Gaba H., « La notion de critères ou éléments objectifs ou raison ou situation objective : influence du droit européen sur le droit national », *RRJ*, 2012-4, spéc. p. 1617.

Kovac J. et Loiseau G., « L'incorruptible attestation du commissaire aux comptes ? », *JCP S.*, 2018, 1145.

Lachkar J.-D., « La force probante de l'acte d'huissier de justice », *JCP Notariale et Immobilière*, n°5, 1^{er} fév. 2013, 1016.

Lafuma E., « Effectivité de l'obligation de sécurité et atteinte effective à la santé : quelle conception juridique de la prévention ? », *RJS* 2016, p. 565.

Laigneau M., « Le juge reconnaît-il le courage des cadres », *Revue juridique de l'économie politique* 2012, n° 697.

Lanquetin M.-T., « La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire », *Dr. Soc.*, n° 12, 1988, p. 806.

Lagarde X.,

- « Formalisme » in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 524.
- « Finalités et principe du droit de la preuve », *JCP G* 2005, n° 17, doct. 133.

Lagesse P., « Pour ou contre le ranking ? », *SSL* 2002, n° 1100, p. 11.

Lardy-Pélissier B., « Rupture conventionnelle : un raisonnement classique, mais imparfait », *RDT* 2014, p. 622.

Lasserre-Capdeville J.,

- « La présence d'une adresse IP n'est pas une preuve suffisante en matière de virement », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 661-662

- « Les problèmes liés à l'adresse IP en matière bancaire », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 219-221.

Laulom S., « Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations », *SSL* 2017, n°1785, 09/10/2017, suppl.

Laurenceau T., et Thuin (de) C. « Essais de 11 ethyloests », *60 millions de Consommateurs* (2006) n° 402, p 50-4.

Lavallart J.-M., « Les entretiens d'évaluation : premier éclairage de la Cour de cassation », *Option Finance*, 2013, n°1217, p. 36.

Le Cannu P., « Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants sociaux », *Bull. Joly*, 1996, p. 11 et s.

Le Roy, « Le contrôle de l'aptitude au témoignage », *D.* 1965. *Chron.* 175.

Lenoir Ch. et Wallon B., « Informatique, Travail et Libertés », *Dr. Soc.* n° 3, mars 1988, p.

Lepage A.,

- « La vie privée du salarié, une notion civiliste en droit du travail », *Dr. Soc.* 2006, p. 364.

- « Les paradoxes du formalisme informatif », in *Mélanges Calais-Auloy*, *Dalloz* 2004, n°5, p. 601.

Lerouge L., « Le rôle primordial du CHSCT en matière de prévention des risques professionnels », *RDT* 2008, p. 316.

Lerouge L. et Musiala A., « L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe », *RDT* 2008, p.124.

Lévy-Leboyer C., « Problèmes éthiques posés par l'usage des tests », in *Traité de psychologie du travail*, PUF, 1987, p. 483.

Lochak D.,

- « La neutralité dogmatique : mythe ou réalité ? L'impossible neutralité » in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994.

- « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. Soc.* 1982,

Loiseau G.,

- « Le droit à la preuve face aux secrets », RJS, 02/2017, p. 83.
- « Vidéosurveillance : conditions d'utilisation d'enregistrements effectués sur le site d'une société F
- « Point de vue, Vie personnelle et licenciement disciplinaire », D. 2011. 1568.

Lokiec P.,

- « Qui dit conventionnel dit juste ! L'avènement d'un nouveau dogme », JCP G 2015, n°10-11.
- « Le licenciement pour insuffisance professionnelle », Dr. Soc. 2014, p.38
- « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale » in La contractualisation de la production normative ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2008, p.107.
- « Procéduralisation à l'épreuve du droit privé » in Les évolutions de droit (contractualisation et procéduralisation) ss. la dir. de Ch. Pigache, Publication de l'Université de Rouen, 2004, p.184.

Louis-Lucas P., « Vérité matérielle et vérité juridique », in Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 58.

Lyon-Caen A.,

- « Présentation des ordonnances » in Ordonnances Macron. Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du Code du travail. Dalloz, Ed. Législatives, 2018, p. 19.
- « L'évaluation des salariés », D. 2009, p. 1124.
- « À travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens », RDT 2006, p. 16.
- « Note sur le pouvoir de direction et son contrôle », in Mélanges dédiés au président M. Despax, PUSS, 2002, p. 104.
- « Le pouvoir de direction et son contrôle », Mélanges dédiés au Président M. Despax, Univ. sc. soc. Toulouse, 2002, p. 95.
- « Le maintien dans l'emploi », Dr. Soc. 1996, p. 655.
- « Le droit et la gestion des compétences », Dr. Soc. 1992, p. 575.
- « Actualité du droit du travail, brefs propos », Dr. Soc. 1988, p. 542

Lyon-Caen A. et Vacarie I., « Droits fondamentaux et droit du travail », in Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p.440.

Lyon-Caen G. et Bonnetête M.-C., « La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 », Dr. Soc. 1973, p. 500.

Marchal E., « Compétence et graphologie : la mise en valeur de la personnalité », in M.-Ch. Bureau et E. Marchal (dir.), *Au risque de l'évaluation – Salariés et candidats à l'emploi soumis aux aléas du jugement*, Presse Universitaire du Septentrion, 2005, p. 54.

Martin R., « De la contradiction à la vérité judiciaire », La Gazette du Palais, 1981, 1, D, p.209 et s., spéc. p. 210.

Matsopoulou H., « La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », D. 2011, p. 724.

Mazars M.-F. et Körner M., « La mise en oeuvre du RGPD : un renfort pour les droits des salariés ? » RDT, 2018, p. 498.

Meftah I., « Les frontières des accords de maintien de l'emploi », in Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités, ss. la dir. de G. Borenfreund et E. Peskine, Dalloz, 2015 , p. 25.

Meimoun Hayat V., « Le '*forced ranking*' : une pratique illicite », JCP S 2013, 1318, p.15.

Morvan P., « Notation des salariés : polémique autour du ranking », JCP E 2002, 1042.

Mouly J.,

- « La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », D. 2017, p.947.

- « Le dépistage des produits stupéfiants par l'employeur : le triomphe de la tentation sécuritaire ? », Dr. Soc. 2017, p. 244.

- « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. Soc. 2006, p.839.

Mousli M., « Le forced ranking, un système pervers », Alternatives économiques 2/2011 (n°299), p. 70.

Nadal S., « L'amélioration négociée des moyens de fonctionnement et d'action des syndicats de salariés », Dr. Soc. 2014.

Nafti O et Errais O., « Enjeux des IAS-IFRS : entre actualisation des variables comptables et manipulation des résultats nets. Étude empirique des entreprises françaises et tunisiennes », La Revue des Sciences de Gestion 2013/5, n° 263-264, p.155.

Nasom-Tissandier H., « Neutralité religieuse dans l'entreprise : le droit français au prisme du droit européen », Dr. Soc., 2018, p. 348.

Nendaz M et Perrier A., « Théorème de Bayes et rapport de vraisemblance », Rev Mal Respir, 2004 ; 21 : 394-7.

Netter E., « Réflexions sur la preuve et l'imputabilité des contrats électroniques », Revue *Lamy Droit de l'Immatériel*, n°89, 1er janv. 2013.

Ost F. et van de Kerchove M., « De la bipolarité des erreurs ou de quelques paradigmes de la science du droit », APD, 1988, p. 177.

de Quenaudon R., « L'insubordination qui ne peut être reprochée au salarié », D. 2004, p. 2736.

Pagnerre Y., « [Liberté de] Religion vs [Liberté d'] entreprise », Dr. Soc. 2017, p. 450.

Paparouni E., « Le récit politique dans le discours de clôture de la présidence luxembourgeoise. 'Ne pas cacher l'aventure' », Argumentation et narration, ss. dir. E. Danblon, E. de Jonge, E. Kissina et L. Nicolas, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « Philosophie et société » 2008, p.

Pasquier Th., « Réviser les objectifs salariaux », RDT 2013, p.82.

Pélissier J., « La perte de confiance n'est pas en soi un motif de licenciement », D. 1991, p.190

Périlleux Th., « Affairement et consistance existentielle. Les visées d'une clinique du travail », in Y. Clot, Travail et santé. Ouvertures cliniques, Paris, Erès, 2010, p. 51.

Peskine E.,

- « Les accords de maintien dans l'emploi. Ruptures et continuités », RDT 2013, p.168.

- « L'imputation en droit du travail », RDT, 2012, p. 347.

Pigache C., « Propos introductifs à la procéduralisation », in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation), ss la dir C. Pigache, PUR, 2004, p. 107.

Ponsard V., « Vérité et justice (la vérité et le procès) », rapport français, in La vérité et le droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées canadiennes, Tome 38, 1989.

Porta J., « Non-discrimination, égalité et égalité de traitement – A propos des sens de l'égalité », in *Le droit social l'égalité et les discriminations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, p. 17.

Poumeroulier E., « L'objectivité de la cause de licenciement », CSBP, 01/09/2009, p. 25.

Pradel J., « De la géolocalisation en procédure pénale. A la recherche d'un statut. » JCP G n°3 20 janv. 2014, doct. 77.

Prat dit Hauret Ch., « L'indépendance du commissaire aux comptes : une analyse empirique fondée sur trois composantes psychologiques du comportement », Comptabilité-Contrôle-Audit 2003/2 (Tome 9), p. 32.

Ray J.-E.,

- « Actualités des NTIC », Dr. Soc., 2013, p. 978.
- « Droit du travail et TIC », Dr. Soc., 2007, p. 149.
- « Une loi macédonienne ? Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », Dr. Soc. 1993, p. 103.

Richard J.,

- « Comment la comptabilité modèle le capitalisme. Entretien avec Jacques Richard », Le Débat, 2010/4 (n° 161), p. 53.
- « Une comptabilité sur mesure pour les actionnaires », Le Monde diplomatique, 2005/11, n° 620.

Richard Ch. et Reix R., « Contribution à l'analyse de la qualité du processus d'audit : le rôle de la relation entre le directeur financier et le commissaire aux comptes », Comptabilité - Contrôle - Audit 2002/1 (Tome 8), p. 155.

Richard de la Tour J., « La vie personnelle du salarié. Étude sur la jurisprudence récente de la Cour de cassation », rapport Cour cass. 1999, La Documentation française 2000.

Rinck F., « L'analyse linguistique des enjeux de connaissance dans le discours scientifique », Revue d'anthropologie des connaissances 2010/3 (Vol 4, n° 3), p. 427.

Rivero J., « Droit du travail et droits administratifs », Dr. Soc. 1960, p. 609.

Robin-Olivier S., « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », RTD Eur. 2017, p. 229.

Robinaud Ch., « Le dépistage des drogues en entreprise : une réponse... à quelle question ? Approche juridique du test salivaire et de l'alcootest » in Se doper pour travailler -Erès 2017 p. 92.

Rongère P., « A la recherche de la discrimination introuvable : l'extension de l'exigence d'égalité entre salariés », Dr. Soc. 1990, p. 106.

Rouvroy A., « Des données sans personne : le fétichisme de la donnée à caractère personnel à l'épreuve de l'idéologie des big data » in Rapport du Conseil d'Etat - Le numérique et les droits fondamentaux, La documentation française, 2014, p. 406.

Rouvroy A. et Berns T., « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », Réseaux, 2013/1 (n° 177), p.173

Sachs T.,

- « De l'objectivation comptable des difficultés économiques à l'enrichissement du contrôle

de la décision de l'employeur », RDT 2016, p. 662.

- « La raison économique en droit du travail-1^{ère} partie : une raison réaliste », RDT 2011, p.551

Salais R., « Réplique - Chiffre et objectivité : il y a convention et convention », Cahiers Droit, Sciences et Technologies, 4/2014, p.45.

Sandret N., « Le potentiel destructeur de l'évaluation individualisée des performances », RDT 2008, p. 498 s.

Sartiori G., « Bien comparer, mal comparer », Revue internationale de politique comparée, Bruxelles, De Boeck Wesmael vol.1, n°1, 1994, p. 22.

Serizay B., « La circulaire du 30 janvier 2009 m'a tué », SSL, 2009, n°1389, p. 6.

Sermondadaz S., « L'algorithme de Parcoursup décrypté par les deux chercheurs qui l'ont conçu », Sciences & avenir, mis en ligne le 1.06.2018.

Sinay H., « Le travail à l'essai », Dr. soc. 1963, p. 151.

Souriac M.-A.,

- « Une incompatibilité d'humeur et une divergence de point de vue entre employeur et salarié -constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement », D. 1992, p.289.

- « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique », Dr. Soc. 1997, p.1061.

Souriac M.-A., et Morand M., Controverse, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi ? », RDT 2012, p. 194.

Stivala A., « L'évaluation des salariés », LPA, 2014, n 115, p. 6.

Supiot A., « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », in Les transformations du droit du travail - Mélanges offerts à Gérard Lyon-Caen, Paris, Dalloz, 1989, p.463.

Tarasewicz Y., Coulombel E., « La définition comptable du motif économique de licenciement : un guide plutôt qu'une contrainte », RDT 2016, p. 662.

Taraud I., « Expliquer l'information : la montée en puissance de l'expertise », Dr. soc. 2013, p. 121.

Teller M., « Les difficultés de l'identité numérique : quelle qualification juridique pour l'adresse IP ? », Dalloz, 2009, p. 1988.

Tétard-Banquart C., « Du bon usage des attestations devant le juge prud'homal », JCP S, 2014, 1318.

Thuillier P., « La triste histoire des rayons N » in Le petit savant illustré, Paris éd. du Seuil, 1980, p.58-67.

Tissandier H., « Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ? », Dr. Soc. 2015, p.889.

de Tissot O., « Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié », Dr. Soc., 1995, p. 972.

Tourreil J.-E., « La pratique du "ranking" par quotas impératifs est illicite », JLS, 14 mai 2013, n°343, p. 17.

Urfalino Ph., « La délibération n'est pas une conversation », Négociations, 2005/2 n°4, p.99.

Verdier M.-A. et Boutant J., « Les dirigeants gèrent-ils les résultats comptables avant d'annoncer une réduction d'effectifs ? Le cas des entreprises françaises cotées », Comptabilité-Contrôle-Audit 2016/3 (Tome 22), p. 9-45.

Verkindt P.-Y.,

- « Le benchmark touché au cœur », entretien SSL 2013, suppl. 1571, p. 136.

- « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », Dr. Soc., 2007, p. 1253.

Vernac S., « L'évaluation des salariés en droit du travail », D., 2005, p. 924.

Vet C., « Savoir et Croire », Langue Française, 1994, n°102, p.56.

Villey M., « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », APD, Sources du droit, Sirey, T.27, 1982, p.263 et s., spéc. p.265

Waquet Ph.,

- « Le trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise : une notion à redéfinir », RDT 2006, p.304.

- « Gestion du personnel. L'évaluation des salariés », SSL, 2004, n° 1126, p. 7.

- « L'évaluation des salariés » SSL 2003 n° 1126, p. 7.

- « Le bermuda ou l'emploi », Dr. Soc., 2003, p. 808.

- « Questions sur le ranking », SSL 2002, n° 1100, p. 7.

- « Les objectifs », Dr. Soc. 2001, p. 120.

- « La vie personnelle du salarié », Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001, p. 514.

- « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. Soc. 2000, p. 1052.

- « Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements », Dr. soc. 1994, p. 679.

- « La lettre de rupture par l'employeur d'un contrat de travail », RJS 1993, p. 631 ; J.-Y. Frouin, « Le point sur la motivation de la lettre de licenciement », RJS 1999, p. 543.
- « Le contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement », Dr. Soc. 1992, p.980.

Watt I., « Réalisme et forme romanesque », in Littérature et réalité, Seuil, « Points Essais », 1982, p. 27.

Wolmark C.,

- « Deuxième partie : Rupture du contrat de travail et transition : l'emploi comme justification. Les difficultés économiques à l'épreuve du droit à l'emploi », RDT 2016, p.764.
- « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vue du côté du salarié », Dr. ouvr. 2014, p. 284.

Notes, conclusions, observations

Adam P.,

- « Le juge (civil) et la lune (managériale) : sur le contrôle judiciaire de l'évaluation individualisée des performances », note ss. CA Toulouse 21 sept. 2011, Airbus, RDT 2011, p. 705.
- « Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation ; et demain ? », note ss. Cass. Soc. 28 nov. 2007, n°06-21.964, Bull. civ. n°201, RDT 2008, p. 180.

Antomattei P.-H.,

- note ss. Cass. Soc. 3 nov. 2016 n° 15-18.444, Publié au Bulletin, Dr. Soc. 2017, p. 87.
- étude Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, Dr. soc. 2016, p. 457.
- note ss. Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908, Dr. soc. 2015, p. 351.
- note ss. Cass. Soc., 26 janvier 2000, n° 97-43.047, Droit et Patrimoine, 2000, n° 83, p. 116.

Auzero G., note ss. Cass. Soc. 5 mai 1998, n° 96-13.498, Bull. civ., V n° 219 ; D. 1998, p. 608.

Babin M., note ss. Cass. Soc., 25 nov. 2015, Air France, n° 14-24.444, publié au Bulletin, JCP S 2016, 1011.

Bacquet A., concl, CE, 1er févr. 1980, n° 06361, Min. du Travail c/ Sté Peintures Corona, Lebon ; Dr. soc. 1980, p. 310.

Bailly P., rapp. Cass. Soc. 19 juin 2007, n° 06-44.047, Bull. civ., V n° 104, SSL 2007, n°1314.

Barbieri, obs. CA Paris 19 oct. 2010, Bull. Joly sociétés, janv. 2011, p.26.

Béal S. et Klein P,

- « L'évaluation des salariés par 'ranking' à nouveau contestée », obs. CA Versailles, 8 septembre 2011, n°10/00567, JCP S 2011, 1566.
- obs. CA Toulouse 21 sept. 2011, Airbus, JCP S. 2011, p. 1156.

Beignier B., note ss. Cass. Civ. 1re, 22 septembre 2016, n° 15-24.015, D., n°9, 2017, p. 490.

Bérenghier-Guillon J et Guignot L., obs. Cons. prud'h. Nanterre, 16 juill. 1999, M.R. c/ SA Compagnie IBM France, GP 2001, n° 1, p. 31.

Béraud J.-M., rapp. Cass. Soc. 28 nov. 2007, n°06-21.964, Bull. civ. n° 201, Dr. ouvr. 2008, p.49.

Berthier P.-E., note ss. Cass. Soc. 28 fév. 2018, n°16-50.015, RDT 2018, p. 609.

Berriat A., note ss. Cass. Soc. 28 oct. 2015, n°14-16.115, JCP S 2018, 1046.

Boré J., note ss. Cass. Soc., 10 déc. 1985, D. 1986, p. 120.

Borenfreund G., note ss. Cass. Soc. 1^{er} déc. 2005, n° 03-47.197, Bull. civ., V n° 346 ; D. 2006, p. 410.

Bossu B.,

- note ss. Cass. Soc., 2 févr. 2011, n°10-14.263, JCP S, 2011, 1313.
- note ss. Cass. Soc. 10 juin 2008, n° 06-19.229, JCP S, 11/2008, n° 46, p. 27.

Bossu B. et Morgenroth Th., note ss. Cass. Soc. 3 nov. 2011, RDT 2012, p.156.

Bottin-Vaillant C., note ss. Cass. Soc. 3 mai 2011, n° 09-67.464, Dr. ouvr., 2011, p. 601.

Boulmier D., note ss. Cass. Soc. 5 nov. 2014, n° 13-18.427, Dr. Soc., 2015, p. 81.

Boussard-Verrechia E. et Masson Ph., note ss. Cass. Soc. 14 déc. 2015, n° 14-17.152, Inédit ;SSL 2016, n° 1710, p. 7.

Bouaziz P., note ss. Cass. Soc. 27 juin 2000, Dr. Ouvr. 1999, p. 494.

Brissier-Nicolas M.-J., note ss. Cass. Soc. 13 déc. 1979

Bugada A., note ss. Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, JCP E 2016, 1146.

Burgorgue-Larsen L., chron. CEDH, 5 sept. 2017, n° 61496/08, arrêt Bărbulescu c/ Roumanie, AJDA 2018, p. 150.

Cesaro J.-F.,

- note ss. Soc. 28 oct. 2009, n°08-40.457, Bull. civ. V, n°239, JCP S 2010. 1008.
- obs. Soc. 8 juin 2016, n°^{OS} 15-11.324, 15-11.478 à 15-12.021, JCP S 2016. 1392,

Chauvy Y., concl. Cass. Soc. 12 nov. 1997, Dr. Ouvr. 1998, p.49.

Cohen M.,

- obs. Cass. Soc. 11 janv. 2000, Dr. Ouvr. 2000, p. 301.
- obs. Cass. Soc. 12 nov. 1997 Dr. Soc. 1998, p. 87.
- Comm. Soc. 12 nov. 1997, RPDS, 1998, p. 79.
- note ss. Cass. Soc. 7 févr. 1996, n°^{OS} 93-18.756 à 758, Bull. civ., V n° 47 ; Dr. Soc. 1996, p. 537.

Corrignan-Carsin D., note ss. Cass. Soc. 3 nov. 2011, JCP E, 2011, 1926.

Cottin J.-B.,

- note ss. Cass. Soc., 22 oct. 2015, Areva, n° 14-20.173, publié au Bulletin, JCP E 2015, 1621.
- note ss. Cass. Soc., Cass. Soc., 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Bull. civ. n° 201, JCP S 2008, n° 5, 1070.

Couturier G., note ss. Cass. Soc., 28 avr. 1988, n° 87-41.804, Bull. civ., V n° 257, Dr. Soc., 1988, p. 428.

Crendenis C., note ss. CA, Paris 24 nov. 1998, LPA, 8 avril 1999, n°70, p.13.

Dalmasso R. et Serverin E., note ss. TGI Nanterre, 2ème ch. 12 sept. 2013, n° 11/12781 ; RDT 2013, p. 642.

Daoud E. et Péronne G., note ss. CJUE, 19 octobre 2016, Breyer, C-582/14 et Cass. Civ. 1ère 3 nov. 2016, n°15-22.595, Dalloz IP/IT, 2017. 120.

Dauxerre L., note ss. Cass. Soc. 15 oct. 2014, n° 13-18.006, JCP S 2015, p. 40.

Dejean de la Batie A., obs. Cass. Soc., 22 oct. 2015, Areva, n° 14-20.173, publié au Bulletin, JSL 7 janv. 2016, p. 4.

Delebecque P., , Bretzner J.-D. et Gelbard-Le Dauphin I., Cass. Soc., 17 juin 2009, n° 08-40.274, D., Pan., 2010, n° 40, p. 2671.

Ducloz F., note ss. Cass. Soc. 3 nov. 2016 n° 15-18.444, Publié au Bulletin ; D. 2017, p. 235.

Duquesne F.,

- « Les contours de la mission d'assistance du délégué du personnel », note sous Cass. Crim.,

11 févr. 2003, n° 01-88.014, Bull. crim., n° 32, Dr. soc. 2003, p. 631.

- note ss. Cass. Soc. 22 mai 2002, 99-45.878 ; Bull. civ., V n° 176, Dr. Soc. 2002, p. 781.

- note ss. Cass. Soc. 4 nov. 1992, n°91-41.189, Bull. civ., V n° 530, JCP E 1993, p.516.

Dumont F., note ss. Cass. Soc., 22 oct. 2015, Areva, n° 14-20.173, publié au Bulletin, JCP S 2016, 1046.

Escande-Varniol M.-C., note ss. Cass. Soc., 16 déc. 1997, n° 95-41.326, Bull. civ. V, n° 441 ; JCP G 1998, n° 25 II. 10101, p. 1119.

Esmein P., note ss. Cass. Soc. 31 mai 1956, n° 56-04.323, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation section sociale, n° 499, JCP 1956. II. 9397.

Fabre A.,

- note ss. Cass. Soc. 30 novembre 2017, n° 16-20.532 à 16-20.549, RDT, 2018, p. 56.

- note ss. CJUE, 10 septembre 2015 (C 266/14), Dr. Soc., 2016, p. 58.

- « Les négociateurs sociaux, « seuls juges » du principe d'égalité », Dr. Soc. 2015, p.237, obs. ss. Soc. 27 janv. 2015, n°13-22.179; Soc. 27 janv. 2015, n° 13-25.437 ; Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908 ; Soc. 27 janv. 2015, n° 14-13.569 ; Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-23.818 à 13-23.850.

Faure-Abbad M., note ss. Cass. Soc. 27 novembre 2001, n° 99-45.163, LPA n° 88 02/05/2002, p.17.

Ferkane Y., note ss. Cass. Soc. 4 octobre 2017, n° 16-17.517 et 16-17.518, RDT, 2018, p. 67.

Flores P., Wurtz E.,

- chron. Cass. Soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324, 15-11.478 à 15-12.021, D. 2016.1588.

- chron. Cass. Soc., 25 nov. 2015, Air France, n° 14-24.444, publié au Bulletin, D. 2016. 144.

Frossard S.,

- note ss. Cass. Soc. 5 fév. 2002, n° 99-44.383, Bull. civ. V, n°50, D 2002, p. 2091.

- note ss Cass. Soc. 6 avril 2016, n° 14-23.198, RDT 2016 p. 480.

Frouin Ch., note ss. Cass. Soc., 11 juillet 2012, n° 10-28.798, GP, 19/10/2012, p. 29.

Frouin J.-Y., note ss. Cass. Soc. 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ., V n° 57, RDT 2009, p.306.

Gadrat M., note ss. Cass. Soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, Publié au bulletin, Dr. Soc. 2017, p.221.

Gardin A., note ss. Cass. Soc. 29 mai 2001, D. 2002, Jur. p. 921.

Gaudu F., Cass. soc. 9 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 1, Dr. soc. 1992, p. 32.

Géa F., note ss. Cass. soc. 10 nov. 2009, n° 07-45.321, n° 247, RDT 2010, p. 39.

Géniaut B., obs. Cass. Soc., 1er juin 2016, Finimétal, n° 14-19.702, publié au Bulletin, RDT 2016, p.709.

Gibirila D.,

- note ss. Cass. Com., 3 janv. 1996, JCP, 1996, II, 22638,

- note ss. Com. 26 nov. 1996, D. 1997, juris. p.493 et s.

Goasguen C., note ss. Cass. Soc., 26 janvier 2000, n° 97-43.047, SSL, 2000, n° 969, p. 11.

Granier, obs. CE 12 oct 2009 n°311641, Rev sociétés mai 2010, p.130.

Guiomard F., note ss. Cass. Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. V n°178 ; D. 2003. 2718.

Guyon, obs. CA Rennes, 27 mai 1975, Rev. Sociétés 1976, p.121.

Hauser J.,

- « L'adresse IP est un élément d'identification », note ss Cass. Civ. 1^{re}, 3 novembre 2016, n° 15-22.595, RTD civ., 2017, p. 94.

- « Nullité du licenciement d'un sacristain pour cause d'homosexualité », RTD civ. 1991, p. 706, note ss. Cass. Soc. 17 avr. 1991, n° 90-42.636, Bull. civ., V n° 201.

Hautefort M.,

- obs. CA Versailles, 8 sept. 2011, n°10/00567, JSL, 27 oct. 2011, n°308, p. 11.

- obs. Cass. Soc. 22 mai 2002, n°99-45.878, Bull. civ., V n°176, JSL, n° 104, 27 juin 2002.

- obs. Cass. Soc. 23 mai 2000, n°s 98-40.633, 98-40.635, 98-40.634, 98-42.064, Bull. civ. V n°s 193 et 194, JSL 4 juill. 2000, n° 61.

Héas F., note ss. Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, Dr. ouvr. 2016, p. 10.

Houin, obs. CA Rennes, 27 mai 1975, RTD com. 1976, 561.

Huglo J.-G., chron. Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908, RJS 3/15, p. 155.

Icard J., obs. Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, CSBP 01/2016, p. 23.

Icard J. et Pagnerre Y., note ss. Cass. Soc., 1er juin 2016, Finimétal, n° 14-19.702, publié au Bulletin, D. 2016, p. 1681.

Jeammaud A., obs. ss. Cass. Soc. 19 juin 2007, D. 2007, Pan. p. 3035.

Jourdain P., note ss. Cass. Soc., 1er juin 2016, Finimétal, n° 14-19.702, publié au Bulletin, RTD civ. 2016, p. 869.

Kocher M., « La notion de groupe en droit du licenciement pour motif économique : une nouvelle partition pour un accord parfait ? », RDT 2017, p. 44, note ss. Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063, Publié au bulletin.

Langlois Ph.,

- obs. Cass. Soc. 28 juin 1978, n° 76-41.049, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation Chambre sociale, n° 513, D. 1979, I.R. 26.

- obs. Cass. Soc. 26 juin 1980, Bull. Civ. V, n°573 ; D. 1981, IR, 127.

- note ss. Soc. 4 avril 1979, D. 1980, I.R. 25.

- obs. Soc. 10 déc. 1987, Bull. civ. V, n°720 ; D. 1988, somm. p.316.

Lanquetin M.-T., obs. ss. Cass. Soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680°; Bull. civ., V n°359, D. 1998, p. 259.

Lardy-Pélessier B., note ss. Ass. plén. 22 avr. 2011, n° 09-43.334, RDT 2011. 372.

De Launay L., Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.650, Bull. civ., V, n° 140, RDT 2011, p. 568.

de Launay-Gallot I., note ss. Cass. Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690, arrêt Videocolor, Bull. civ., V n° 123, D. 1995, p. 367.

Lerouge L., note ss. Cass. Soc. 28 nov. 2007, n°06-21.964, Bull. civ. n°201, RDT 2008, p. 111.

Letartre Y., note ss. Cass. Soc. 19 janv. 1977, Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation Chambre sociale n° 37, D. 1978. 152.

Levasseur G., note ss. Cass. Soc. 31 mai 1956, n° 56-04.323, D. 1958. 21.

Lindon R., note ss. TGI St. Etienne, 19 avr. 1977, D. 1978, p. 123.

Loiseau G.,

- note ss. CEDH, 5 sept. 2017, n° 61496/08, *arrêt Bărbulescu c/ Roumanie*, JCP S 2017, p. 1328.

- note ss. Cass. Soc. 1er juin 2016, n° 14-19.702, JCP S 2016, 1220.

Lokiec P.,

- note ss. Cass. Soc. 16 nov. 2016, n° 14-30.063, Publié au bulletin ; D. 2017, p. 840.

- note ss. Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, D. 2015, p. 807.
- note ss. Cass. Soc. 18 févr. 2014, n° 12-17.557, Bull. civ., V n° 52 ; D. 2014, p. 1115.
- note ss. Cass. Soc. 26 juin 2012, n° 11-13.736, Bull. civ., V n° 197, D. 2013, p. 1026.
- note ss. Cass. Soc., 27 mars 2012, n° 10-19.915, Bull. civ., V, n° 106, D. 2012, p. 1065.
- note ss. Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.650, Bull. civ., V, n° 140 ; D. 2012, p. 901.
- note ss. Cass. Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. V n°178 ; Dr. Soc., 2004, p. 132.

Lyon-Caen A.,

- note ss. TGI Nanterre, 5 sept. 2008, RJS 11/08, n° 1069 ; D. 2008, p. 1124.
- notes ss. Cass. Soc. 21 nov. 2006, n° 05-40.656, Bull. civ., V n° 349, RDT 2007, p. 105 et Dr. ouvr. 2007, p. 156.
- obs. Cass. Soc. 14 janvier 1997, Belkacem, n° n^{os} 95-44.366, 95-44.369 et 96-40.713, Bull. civ., V n° 16 ; D. 1998, somm. p. 253.
- « De l'égalité de traitement en matière salariale », obs. Cass. Soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680°; Bull. civ., V n°359, Dr. Soc. 1996, p. 1013.
- note ss. Cass. Soc. 19 juin 1991, n° 89-40.843, Bull. civ., V n° 310 ; D. 1992, p. 289.

Lyon-Caen A. et Papadimitriou C., note ss. Cass. Soc. 7 décembre 1993, D 1994, p. 309.

Lyon-Caen G., note ss. Cass. Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690, arrêt Videocolor Bull. civ., V n° 123, Dr. Soc. 1995, p. 489.

Lyon-Caen P., concl. Cass. Soc. 14 janvier 1997, Belkacem, n^{os} 95-44.366, 95-44.369 et 96-40.713, Bull. civ., n°16, Dr. Soc. 1997, p. °159.

Marcon A., note ss. Cass. Soc. 27 mars 2012, n° 10-19.915, Bull. civ., V, n° 106, SSL 2012, n° 1535, p. 11.

Margénaud J.-P., obs. ss. CEDH 27 sept. 1999, n°33985/96, Smith et Grady c/Royaume-Uni, RTD civ. 1999, p. 917.

Masse-Dessen H., obs. ss. Cass. Soc. 17 juin 1997, Dr. Soc. 1997, p. 742.

Masson Ph., note ss. Cass. Soc. 27 janv. 2015, n^{os} 13-14.773 et 13-14.908, Dr. ouvr. 2015, p. 283.

Matsopoulou H., obs. ss. Cass. Crim. 09-81.813, Dr. des sociétés 2011, p. 49.

Mathieu Ch., « Suspension du permis de conduire du salarié et notion de trouble objectif », note sous Cass. Soc. 10 juill. 2013, n°12-16.878, Inédit, RDT 2014, p.43.

Mazières A., note ss. Cass. Soc. 10 avr. 2008, n° 06-45.741, Inédit, Dr. Ouvr. 2008 p. 472.

Merle,

- obs. CE 12 oct 2009 n°311641, BCNCC n°157, p.129.
- obs. CE 24 mars 2006, Rev. Soc. 3/2006, p.853.
- obs. TGI Caen 24 oct. 2000, BCNCC n°120, p.552.M

Mestre J.,

- note ss. Cass. Soc. 1^{er} décembre 2005, n° 03-47.197, Bull. civ., V n° 346, RTD civ. 2006, p. 303.
- note ss. Cass. Soc. 3 juill. 1990, n°87-40.349, Bull. civ. V, n° 329, RTD civ. 1991, p. 316.

Meyrat I., obs. Cass. Soc., 19 juin 2007, , n° 06-44.047, Bull. civ., V n° 104, Dr. Ouvr. 2007, p. 556.

Mole A., note ss. Cass. Soc., 28 nov. 2007, Bull. civ., n°201, SSL 2007, n°1332, p. 10.

Monnet Y., note ss. Cass. crim., 14 février 2006, n° 05-84.384, La Gazette du Palais, 8 sept. 2006, p. 15.

Mouly J.,

- note ss. Cass. Soc. 1^{er} juin 2016, Finimétal, n° 14-19.702, publié au Bulletin, JCP S 2016, 1410.
- « Le voile dans l'entreprise : nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination », note ss. Cass. Soc. 9 avr. 2015, n° 13-19.855, Bull. civ., V n° 75, D. 2015, p. 1132.
- note ss. Cass. Soc. 31 mars 2015 n° 13-25.436, Bull. civ., V 2015, n° 69, Dr. Soc., 2015, p. 469.
- note ss. Cass Soc. 29 septembre 2014, n°13-13661, Dr. Soc. 2014, p. 957.
- note ss. Cass. Soc. 27 mars 2012, n° 10-19.915, Bull. civ., V, n° 106, Dr. Soc., 2012, p. 525.
- note ss. Cass. Soc. 3 juill. 1990, n°87-40.349, Bull. civ. V, n° 329, D. 1991, p. 507.
- note ss. CA Paris 4 juin 1987, D. 1987, Jurisp. p. 610.

Odoul-Asorey I., Cass. Soc. 3 nov. 2016 n° 15-18.444, Publié au Bulletin, RDT 2017, p. 140.

Pécaut-Rivolier L., « L'hommage de la chambre sociale à la négociation collective. Revirement sur la jurisprudence « égalité de traitement », SSL 2015, n°1663, obs. ss. Soc. 27 janv. 2015, n°13-22.179; Soc. 27 janv. 2015, n°13-25.437 ; Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-14.773 et 13-14.908 ; Soc. 27 janv. 2015, n°14-13.569 ; Soc. 27 janv. 2015, n°s 13-23.818 à 13-23.850.

Pélissier J.,

- note ss. Cass. Soc. 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ., V n° 57, D. 2009, p. 2128.
- note ss. Cass. Soc. 29 novembre 1990, arrêt Fertray, Bull. civ., V n° 597 ; D. 1991, p. 190 ; Dr. Soc. 1992, p. 39.

Peskine E.,

- obs. ss. Cass. Soc. 21 nov. 2006, n° 05-40.656, Bull. civ., V n° 349, D. 2007, p. 687.
- note ss. Cass. Soc., 23 mai 2000, D. 2001, p. 823.

Picca G., note ss. Cass. Soc. 5 avr. 1995, n° 93-42.690, arrêt Videocolor, Bull. civ., V n° 123, JCP G 1995, n° 23, II, 22443, p. 223.

Picca G. et Sauret A., note ss. Cass. Soc. 4 juill. 2000, n° 98-43.285, LPA, 14/12/2000, n° 249, p. 5.

Pignarre G., note ss Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°^{os} 13-14.773 et 13-14.908, RDT 2015, p. 472.

du Pontavice, obs. TGI Albi, 19 mars 1986, BCNCC n°65, p.76.

Pousson A., note ss. Cass. Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. V n°178 ; D. 2004. 176.

Puigelier C., note ss. Cass. Soc. 23 mai 2000, n° 98-42.064, Bull. civ., V n° 194, JCP E 2000, n° 49, p. 1961.

Radé Ch.,

- « Egalité de traitement et avantages catégoriels conventionnels : la volte-face de la Cour de cassation », Lexbase hebdo 5 févr. 2015 ; obs. Cass. Soc. 27 janv. 2015, n°13-22.179; Soc. 27 janv. 2015, n°13-25.437 ; Soc. 27 janv. 2015, n°^{os} 13-14.773 et 13-14.908 ; Soc. 27 janv. 2015, n°14-13.569 ; Soc. 27 janv. 2015, n°^{os} 13-23.818 à 13-23.850.

- obs. Cass. Soc 1er juillet 2009, n° 07-42.675, Bull. civ., V n° 168, Dr. Soc. 2009, p.1002.

- note ss. Cass. Soc. 1^{er} décembre 2005, n° 03-47.197, Bull. civ., V n° 346, Dr Soc. 2006, p. 224, note Ch. Radé.

- note ss. Cass. Soc. 6 juill. 2005, n°03-43074, Dr. Soc. 2006, p.98.

- note ss. Cass. Soc. 1^{er} juin 2005, n°04-42.143, Dr. Soc. 2005, p.1049.

- obs. Cass. Soc. 10 juillet 2001, n° 99-40. 987, Bull. civ., V n° 255, Dr. Soc. 2001, p.1012.

- obs. Cass. Soc. 18 janvier 2000, n° 98-44.745, Bull. Civ. V, n°45 ; Dr. Soc. 2000, p. 436.

Ravanas J., note ss. Cass. Soc. 26 nov. 2002, Bull. civ. V, n°352; D. 2003, 1305.

Rerolle N., obs. Cass. crim., 26 mars 2002, n° 01-84.215, JSL 2002, 103.

Richevaux M., note ss. CA Paris, 13e ch. Corr. B, 12 mai 1999, Dr. ouvr. 1999, p. 461.

Roy-Loustaunau C., note ss. Cass. Soc. 7 mai 2003, n° 00-44.396, Bull. civ., V n° 156, Dr. Soc. 2003, p. 882.

Rozelier S., obs. ss. Cass. Soc. 27 juin 2000, n° 99-41.926, Bull. civ. V n°246 ; D. 2001, somm. p. 821.

du Rusquec E., note ss. Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, GP, 3/2008, n° 76-78, p. 20.

Sabotier N., Ducloz F. et Mariette S., note ss. Soc. 8 juin 2016, n^{OS} 15-11.324, 15-11.478 à 15-12.021.

Sauret A., note ss. Cass. Soc. 29 oct. 1996, n° 92-43.680, JCP E 1997, n° 3, 904.

Savatier J.,

- note ss. Cass. Soc. 27 mars 2001, n° 98-44.666, Bull. civ., V n° 108 ; Dr. Soc. 2001.
- obs. ss. Cass. Soc. 14 janvier 1997, Belkacem, n^{OS} 95-44.366, 95-44.369 et 96-40.713, Bull. civ., V n°16, Dr. Soc. 1997, p.159.
- obs. ss. CA Paris 22 janv. 1992, Dr. Soc., 1992, p. 329.
- « Le licenciement à raison des mœurs d'un salarié d'une association à caractère religieux », note ss. Cass. Soc. 17 avr. 1991, n° 90-42.636, Bull. civ., V n° 201, Dr. Soc. 1991, p. 485.
- « L'obligation d'énoncer les motifs du licenciement et sa sanction », note ss. Cass. Soc. 29 nov. 1990, n° 88-44.308, Bull. civ. V, n° 598, Dr. Soc. 1991, p. 91.
- note ss. Cass. Soc. 10 janv. 1991, n° 88-41.404, Bull. civ., V n° 5 ; Dr. Soc. 1991, p. 258.

Seillan H., entretien sur Cass. Soc., 22 oct. 2015, Areva, n° 14-20.173, publié au Bulletin ; D. 2015, p. 2496.

Sériaux A., note ss. Cass. Soc. 17 avr. 1991, n° 90-42.636 ; Bull. civ., V n° 201°; JCP 1991, II, 21724.

Sholer P., note ss. CA Dijon, 20 mai 1999, Bull. Joly, févr. 2000, p. 200.

Tissandier H., obs. ss. Cass. Soc. 8 juin 2016, n°15-11.324, 15-11.478 à 15-12.021 ? JSL 2016, n° 421.

Tourreil J.-E., obs. ss. Cass. Soc. 27 novembre 2001, n° 99-45.163, Bull. civ., V n° 360, JSL 2002, n°96, p.9.

Verkindt P.-Y.,

- note ss. Ass. plén. 22 avr. 2011, n° 09-43.334, JCP S 2011. 1285.
- note ss. Cass. Soc. 28 nov. 2007, n° 06-21.964, Bull. civ., V n°201, SSL 2007, n°1332, p. 10.
- note ss. Cass. Soc. 14 janvier 1997, Belkacem, Bull. civ., V n°16, RJS 1997, p. 811.

Vigneau Ch., obs. Cass. Soc. 14 déc. 2015, n° 14-17.152 RDT 2016, p. 195.

Vivant M., Mallet-Poujol N., Bruguère J.-M., note ss. Cass. Soc. 10 juin 2008, n° 06-19.229, JCP E, 7/2009, n° 27, p. 23.

Vray H., note ss. Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341, GP, 06/03/2005, n° 65, pp. 35-36.

Waquet Ph.,

- « Licenciement pour motif économique et sauvegarde de la compétitivité », note ss. Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 05-45.114 et n° 06-40.233, inédits, RDT 2007, p. 456.
- note ss. Cass. Soc. 29 mai 2002, n°00-40.996, inédit, D. 2002, p. 2284.
- obs. Cass. Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42.371, Dr. Soc. 2001, p. 99.

Wauquier V., note ss. Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° 00-42368, RJS 10/02, n°1066.

Wolmark C., « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat. », note ss. Cass. Soc. 9 avr. 2015, n° 13-19.855, Bull. civ., V n° 75, Dr. Soc. 2015, p. 648.

Wurtz E., note ss. Cass. Soc. 25 nov. 2015, n° 14-24.444, D. 2016, p. 144.

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes

-A-

Algorithme : 307 s.

- V. Savoir, science des données
- Profilage : 308, 312 s., 320.

Ambivalence : 6, 26, 77, 521, 523, 544

Arbitraire : 5 s., 19, 85, 101, 138, 171, 174, 243

Argumentation : 21, 89, 105, 111 s.

-C-

Catégorie : 138 s.

- Catégories objectives de la protection sociale complémentaire : 141 s.
- Cadres : 141 s.,

Cause : 9

- Causalité : 86 s. 91, 98 s.
- Cause réelle et sérieuse : 9, 53, 60 s, 89 s

Comparaison : 334 s

- Classement : 129, 132 s., 145, 228, 348 s.
- Méthodes : 357 s.
- Périmètre : 361 s., 367

Comptabilité

- V. Savoir
- Normes comptables : 435, 325, 332
- Normalisation : 136, 325
- Plan comptable général : 328
- IASB/IFRS : 329
- IFRS : 329

Critères

- Différenciation : 14, 100 s.
- Comportementaux : 345 s., 368

-D-

Délibération

- Concertation : 177
- Différence avec négociation : 178
- Effet utile : 197 s.
- Information-consultation : 176 s.
- Négociation délibérative : 178 s.

Discrétionnaire : 5, 8 s., 14 s., 60 s., 69 s., 84, 103, 156, 238

Discrimination

- Directe : 79 s., 355
- Indirecte : 80 s.

Différences de traitement v. Egalité de traitement

Droits et libertés

- Fondamentaux : 498 s.
- Liberté religieuse : 80 s.
- Vie personnelle/privée : 70 s., 504 s.
- Restrictions : 501 s.

Données v. Factualité

-E-

Egalité de traitement : 100 s., 156, 182

- Catégorie professionnelle : V.
catégorie-cadres

Enonciation

- Graphique : 130 s
- Chiffrée : 125 s.
- Littéraire : 111 s.

Evaluation

- Critères : 338 s
- Méthodes et techniques : 285 s., 338 s.
- Valeur prédictive : 283 s.
- Valeur explicative : 334 s.

Entretien

- Préalable : 255 s.
- Evaluation : 244 s.
- Embauche : 305.

Expertise

- Audit comptable et financier : 415 s.
- Commissaire aux comptes : 394 s., 415 s.
- Expert-comptable : 394 s., 415 s.

Extériorité : 49 s., 85 s., 99, 104, 136, 152 s.

-F-

Factualité

- Données matériellement vérifiables :
107 s.
- Preuve : 269 s.

Faute : 69 s., 452, 491

Fiabilité : 269 s.

- Pertinence : 285
- V. Preuve

Formalisation : V° énonciation

-G-

Garanties collectives : 141 s.

-I-

Imputabilité : 73 s., 91 s.

Indicateurs : V° Factualité

Information : 107 s., 176 s., 185 s., 197 s., 220 s., 231 s., 259, 265

Intégrité : 1, 455 s., 474

Intérieur : 57 s.

-L-

Licenciement

- V° Entretien préalable
- Lettre : 111 s.
- Licenciement pour motif économique : 98
- Licenciement pour motif personnel : 91 s.
- Insuffisance professionnelle : 96
- Insuffisance de résultats : 125 s.

-M-

Mode de contrôle/surveillance

- Dépistage : 484 s.
- Cybersurveillance : 463, 532
- Ecoute téléphonique : 530
- Géolocalisation : 526
- Vidéosurveillance : 528

Motifs

- V° Discrimination
- Différence avec mobiles : 53

-N-

Narration

- Réalisme : 111 s.

- Récit : 111 s.
- Temps : 120, 153
- Lieu : 122, 154
- Action : 155, 116

Négociation collective : 178 s., 212 s.

-O-

Objectivité

- Définition : 1, 29
- Origine : 9 s.
- Positivismes : 1
- Scientifique : 1
- Statut : 1, 8
- Subjectivité : V° Opinions

Opinions

-P-

Personne

- Identité : 462
- Dignité : 502, 518 s.

Pouvoir

- Sanction disciplinaire : 70 s., 535

Preuve

- Charge : 182, 274
- Présomption : 76 s., 182 s.

Procédures

- Internes : 26 s., 161 s.

- Procédure de licenciement : V°
licenciement
- Procédure d'évaluation : V° Entretien
- Information-consultation : V°
Délibération

Proportionnalité : 125 s.

-R-

Réalisme V° Narration

Représentants du personnel

- Comité social et économique : V°
information-consultation
- CHSCT : 518 s., 537 s.

-S-

Savoirs

- Sciences : 276 s.
- Science des données : V° Algorithme
- V. Comptabilité
- Gestion des ressources humaines : 295
s.

- Informatique : 455 s.
- Sociologie : 355 s.
- Psychologie du travail : 295
- Clinique du travail : 515 s.
- Méthodes symboliques :
 - Graphologie : 292 s.
 - Astrologie : 290

Santé

- Atteintes : 515 s.
- Drogues : 484 s., 512 s.

-T-

Tiers

- V° Expertise
- Attestations : 409 s.
- Indépendance : 383 s.
- Sincérité : 387 s., 394 s.

-V-

Vérité : 1, 269 s., 276 s., 325 s., 499

Table des matières

Sommaire	7
Liste des principales abréviations	9
Introduction	11
I. L'objectivité au service de la vérité	11
II. L'objectivité par l'extériorisation des raisons d'agir	18
A. La genèse de l'exigence d'objectivité	19
B. L'essor de l'exigence d'objectivité	25
1) L'extension de l'exigence d'objectivité à l'appréciation des qualités professionnelles	25
2) L'extension de l'exigence d'objectivité aux différences de traitement : l'influence du droit européen et communautaire.....	27
III. L'objectivité pour convaincre d'une réalité conforme aux choix de l'employeur	30
A. Les moyens de preuve	31
B. L'ambivalence de l'exigence d'objectivité en droit du travail.....	32
IV. Plan de l'étude	34
Partie 1 : L'énonciation des raisons d'agir	37
Titre 1 : Les caractères des énoncés.....	39
Chapitre 1 : L'exclusion des mobiles au profit des motifs.....	40
Section 1 : L'incompatibilité de l'exigence d'objectivité avec les opinions personnelles de l'employeur.....	41
Paragraphe 1 : L'incompatibilité de l'exigence avec un registre de justification domestique	42
A. L'essor du registre domestique sous l'empire de la théorie de l'employeur seul juge.....	44
B. Le déclin du registre domestique avec le recul de la théorie de l'employeur seul juge.....	49
1. Un déclin illustré par l'éviction de la perte de confiance des motifs de licenciement	49
a) Une éviction progressive	50
b) Une éviction confirmée par l'exigence d'imputabilité des éléments	

objectifs.....	52
2. Un déclin à relativiser	54
a) La résurgence du licenciement pour perte de confiance sous les habits de la faute disciplinaire pour un fait tiré de la vie personnelle	54
b) La survie de motifs apparentés à la perte de confiance : les licenciements pour mésentente ou incompatibilité d'humeur.....	60
Paragraphe 2 : L'incompatibilité de l'exigence avec les discriminations	64
A. Un instrument de lutte contre les préjugés dans le cadre de la justification des discriminations directes	66
B. Un instrument au service de l'intérêt de l'entreprise dans le cadre de la justification des discriminations indirectes	68
Section 2 : L'énoncé d'éléments indépendants du pouvoir de l'employeur	72
Paragraphe 1 : La référence à une cause extérieure à l'employeur	74
A. L'existence d'une cause réelle de licenciement	75
1. Des griefs imputables au salarié.....	76
a) La faute	77
b) Les motifs non disciplinaires de licenciement	80
i) L'insuffisance professionnelle	80
ii) Le trouble objectif au bon fonctionnement de l'entreprise	82
2. Une cause liée à l'environnement économique de l'entreprise.....	84
B. L'existence de critères de différenciation	85
Paragraphe 2 : L'incompatibilité avec l'énoncé de formules génériques	86
Conclusion de chapitre	90
Chapitre 2 : La formalisation de données matériellement vérifiables.....	91
Section 1 : La narration	93
Paragraphe 1 ^{er} : L'effet de réalité diffusé par le récit descriptif.....	96
A. L'exposé d'exemples dans la lettre de licenciement.....	96
B. Les indicateurs spatio-temporels	99
1. Les indicateurs de temps	100
2. Les indicateurs géographiques	103
Paragraphe 2 nd : L'effet de réalité diffusé par la sophistication du récit.....	104
A. Le recours aux données quantifiables	105
1. L'ancrage des données quantifiables dans l'entreprise	107
a) Les données internes à l'entreprise.....	107

b) Les données externes à l'entreprise.....	109
2. L'essor des données quantifiables dans l'appréciation du travail	111
B. Le recours aux formes graphiques.....	114
1. Le réalisme diffusé par la rigidité spatiale des données factuelles	115
2. Le réalisme diffusé par l'effet de généralité des données factuelles.....	121
Section 2 : L'identification de catégories pertinentes	123
Paragraphe 1 : La formalisation de critères d'identification imposés par le législateur	124
Paragraphe 2 : La formalisation de critères d'identification unilatéralement choisis	134
A. Le réalisme par la formalisation de critères liés à un contexte	135
1) Des critères temporels	135
2) Des critères géographiques.....	136
3) Des critères liés à des actions	137
B. L'exigence de réalisme tempérée par la recevabilité de critères dépendants du pouvoir de l'employeur	140
Conclusion de chapitre	144
Conclusion de titre	145
Titre 2 : Les contextes de l'énonciation	146
Chapitre 1 : L'extériorisation inscrite dans une délibération	150
Section 1 : La délibération avec un contradicteur extérieur à l'employeur.....	153
Paragraphe 1 ^{er} : La participation des représentants des destinataires de la mesure à la décision.....	155
A. L'information-consultation	157
B. La négociation collective d'entreprise	160
1. Les accords de gestion.....	161
2. Les accords catégoriels.....	165
Paragraphe 2 nd : La capacité des représentants des destinataires de la mesure à questionner les raisons d'agir	170
A. L'accès à une information de qualité.....	170
B. La compréhension de l'information	176
1. La compréhension par la formalisation sur un support	177
2. La compréhension par l'assistance.....	178
3. La compréhension par la formation.....	182

Section 2 : L'effet utile de la délibération	185
Paragraphe 1 ^{er} : Une transmission de l'information en temps utile	186
A. La reconnaissance du caractère préalable de l'information-consultation ..	186
B. La reconnaissance du caractère préalable de l'information dans le cadre de la négociation collective.....	193
Paragraphe 2 nd : La nécessité d'un temps d'examen suffisant, une condition remise en cause	194
A. La procédure de consultation du comité social et économique en matière de grands licenciements pour motif économique.....	195
B. La négociation d'un accord de gestion.....	200
Conclusion de chapitre	204
Chapitre 2 : L'extériorisation sans délibération	205
Section 1 : Une communication sans consultation.....	206
Paragraphe 1 ^{er} : La passivité des destinataires de la mesure	207
A. La passivité en amont de la décision	207
1) Le caractère facultatif de la transparence sur la mise en œuvre des critères d'ordre des licenciements.....	209
2) Le caractère impératif de la transparence sur les raisons d'agir dans les autres cas	211
a) La publicité sur l'octroi d'un avantage unilatéral à caractère collectif	212
b) La transparence sur les procédés de contrôle des salariés.....	213
B. La vérification a posteriori.....	214
Paragraphe 2 nd : La marge laissée pour l'exercice du pouvoir.....	217
A. Un effort de formalisation par écrit.....	218
B. Un effort de réflexion interne préalable	219
Section 2 : L'entretien individuel.....	220
Paragraphe 1 : L'entretien d'évaluation	221
A. Un encadrement procédural spontané	224
1. Le compte-rendu d'évaluation	226
2. La signature du compte-rendu d'évaluation.....	229
B. Critique de l'absence de droits procéduraux d'origine légale.....	230
Paragraphe 2 : L'entretien préalable	233
A. L'apparence d'une délibération avec le salarié	234
1. La recherche d'une conciliation comme finalité affichée	234

2.	L'instauration de droits procéduraux	237
B.	Une apparence mise à mal par la faible capacité de questionnement des raisons de licencier ou de sanctionner	240
1.	Une information incertaine sur les raisons de licencier ou de sanctionner	241
a)	L'absence d'obligation de motiver la lettre de convocation à l'entretien préalable	241
b)	Une étendue incertaine de l'information lors de l'entretien.....	243
c)	La faculté d'énoncer des raisons non discutées lors de l'entretien.....	244
2.	L'absence de pouvoirs d'investigation de l'assistant du salarié sur les raisons du licenciement	244
	Conclusion de chapitre	246
	Conclusion de titre	247
	Conclusion de partie.....	248
	Partie 2 : La preuve des éléments avancés au soutien des raisons d'agir	249
	Titre 1 : L'objectivité attachée au savoir mobilisé	253
	Chapitre 1 : La reconnaissance du savoir.....	255
	Section 1 : La valeur prédictive des procédés d'évaluation	258
	Paragraphe 1 ^{er} : La qualité prédictive des procédés d'évaluation prospective des salariés	259
A.	Un usage critiquable des procédés issus des pseudo-sciences	261
1)	Une ambiguïté juridique persistante à l'égard des pseudo-sciences	262
2)	Une légitimation discutable de la graphologie	264
B.	Les procédés réputés raisonnablement fiables	267
1)	Les procédés évalués par les sciences humaines et sociales	269
a)	Les tests	269
i)	Les tests de personnalité.....	270
ii)	Les tests d'aptitude.....	271
iii)	Les tests de situation	273
b)	L'entretien	274
2)	Les procédures ou technologies relevant de la science des données.....	277
a)	La raison algorithmique : l'émergence d'une pseudo-objectivité mécanique.....	278
b)	Perspectives d'un encadrement procédural de la conception et de	

l'usage des algorithmes prédictifs	286
i) Un principe d'intervention humaine dans la prise de décision au moyen d'algorithmes.....	286
ii) Garantir l'exclusion de données sources de discriminations prohibées	289
iii) Garantir la transparence de la décision par la tenue d'un débat contradictoire préalable	292
Paragraphe 2 nd : La capacité prédictive de l'évaluation comptable de l'entreprise	293
A. Le caractère controversé de la valeur prédictive des indicateurs comptables au sein de la communauté des comptables.....	295
1) La normativité des indicateurs comptables	295
2) La coexistence d'une pluralité de modèles d'évaluation comptable.....	299
B. L'absence de validité scientifique des normes comptables.....	303
Section 2 : La valeur explicative de la comparaison	304
Paragraphe 1 : La valeur explicative de la comparaison au prisme de ses méthodes	305
A. La comparaison dans l'évaluation rétroactive des salariés	306
1) La valeur explicative de la comparaison par référence à des critères préalablement définis	307
2) La valeur explicative de la comparaison par référence à autrui.....	316
B. La comparaison dans la caractérisation des difficultés économiques	319
C. La comparaison dans la mise en œuvre de l'exigence d'égalité	321
1) L'analyse comparative aux fins de défense d'une différenciation.....	323
2) L'analyse comparative aux fins de contestation de l'existence matérielle de la défaveur alléguée	326
Paragraphe 2 nd : La valeur explicative de la comparaison tributaire de ses dimensions.....	329
A. Le cadre temporel de la comparaison.....	330
1) La valeur explicative attribuée aux évaluations régulières des salariés.	330
2) L'absence de valeur explicative des périodes de référence fixées par le législateur pour caractériser les difficultés économiques.....	332
3) Le principe de comparaison de situations contemporaines et simultanées dans la mise en œuvre de l'exigence d'égalité.	334
B. Le périmètre de la comparaison	334

1) Les incertitudes sur le périmètre de l'objet de l'évaluation professionnelle des salariés.....	335
2) La variabilité des périmètres d'appréciation du motif économique de licenciement	336
a) La justesse du périmètre de la comparaison lorsque l'entreprise n'appartient pas à un groupe	337
b) L'artificialité des périmètres de la comparaison lorsque l'entreprise appartient à un groupe	338
3) L'absence de pertinence des périmètres de la comparaison dans la défense du respect de l'exigence d'égalité	343
Conclusion de chapitre	346
Chapitre 2 : La reconnaissance du savoir détenu par les tiers.....	347
Section 1 : La présomption de sincérité des déclarations ou des écrits et l'indépendance des tiers	349
Paragraphe 1 : La sincérité des attestations émanant des salariés en faveur de l'employeur	352
Paragraphe 2 : La sincérité des écrits des commissaires aux comptes et des experts comptables.....	358
A. Une sincérité fortement présumée.....	361
B. Une indépendance relative	362
1) Le sens de l'obligation d'indépendance à la lumière de la finalité de sincérité des documents comptables.....	362
2) Exemples de menaces pesant sur l'indépendance des professionnels de la comptabilité.....	364
a) Les menaces caractéristiques d'un conflit d'intérêts.....	365
b) La dépendance financière.....	369
Section 2 : La fiabilité des déclarations et des écrits.....	370
Paragraphe 1 : La fiabilité du savoir fondé sur l'expérience personnelle	371
A. Les capacités de perception et d'appréciation des tiers.....	372
B. La qualité des déclarations	374
Paragraphe 2 : La fiabilité du savoir fondé sur l'expertise professionnelle : l'exemple de l'audit comptable et financier	377
A. L'efficacité judiciaire des appréciations émises par les commissaires aux comptes et les experts-comptables	379

1) La certification ou la validation des comptes comme gage de sincérité des documents comptables	380
2) L'autorité conférée aux écrits des commissaires aux comptes et des experts-comptables dans la preuve du motif économique de licenciement ...	384
B. Les limites des appréciations émises par le commissaire aux comptes et l'expert-comptable	392
1) Les limites des opinions émises dans le cadre d'un audit externe des comptes.....	392
a) Les limites de la mission d'audit	393
b) Les limites de la méthode des sondages au soutien de l'audit	396
2) Les limites des opinions émises dans le cadre d'un audit interne de l'organisation.....	400
Conclusion de chapitre	405
Conclusion de titre	406
Titre 2 : L'objectivité attachée aux supports de contrôle des salariés	407
Chapitre 1 : La fiabilité des supports technologiques	410
Section 1 : L'intégrité des supports numériques	411
Paragraphe 1 : Des supports exposés à des altérations malveillantes	412
A. L'usurpation de l'identité numérique du salarié	413
B. Les autres procédés d'altération	416
Paragraphe 2 : Des supports propices à des montages portant atteinte à l'intégralité des informations	420
Section 2 : La qualité des données incorporées aux supports technologiques	422
Paragraphe 1 : La qualité des enregistrements	424
A. La qualité des images issues de la vidéosurveillance.....	424
B. La qualité de l'enregistrement vocal	426
C. La qualité de l'enregistrement de la trace issue de la géolocalisation.....	428
Paragraphe 2 : La validité scientifique des tests de dépistage.....	432
A. La validité des éthylotests	434
B. La validité des tests salivaires	438
Conclusion de chapitre	443
Chapitre 2 : La collecte des données à l'épreuve des droits et libertés des salariés.....	444
Section 1 : Les atteintes à la personne du salarié	445
Paragraphe 1 : La vie personnelle du salarié à l'épreuve des supports technologiques	

.....	448
A. TIC et collecte de données personnelles	450
1) La traçabilité des actions du salarié dans un espace physique	450
2) La traçabilité des actions du salarié sur l'espace numérique	453
B. Tests de dépistage et collecte des données de santé.....	456
1) Atteinte à la vie privée et risque de discrimination en raison de l'état de santé.....	456
2) Une atteinte au respect du corps humain ?.....	458
Paragraphe 2 : La santé du salarié à l'épreuve des procédés d'évaluation.....	459
A. La reconnaissance des atteintes à la santé par la clinique du travail.....	459
B. La reconnaissance des atteintes à la santé par le droit	461
Section 2 : L'encadrement du recueil des données	464
Paragraphe 1 : Les supports technologiques à l'épreuve de l'exigence de proportionnalité	466
A. L'encadrement de l'usage des TIC.....	468
1) L'utilisation de la géolocalisation du véhicule du salarié	468
2) L'utilisation de la vidéosurveillance	471
3) L'utilisation des dispositifs d'écoute et d'enregistrement des conversations téléphoniques.....	472
4) L'utilisation des procédés de cybersurveillance.....	473
B. L'encadrement de l'usage des tests de dépistage par l'employeur	474
Paragraphe 2 : L'évaluation à l'épreuve de la prévention.....	478
Conclusion de chapitre	483
Conclusion de titre	484
Conclusion de partie.....	485
Conclusion générale	486
Bibliographie.....	489
Index alphabétique.....	525
Table des matières.....	529