

LA PERFORMANCE DU SALARIÉ CONFRONTÉE AU DROIT DU TRAVAIL

Marie-Cécile Escande-Varniol et Jean-François Paulin (*)



Les nouvelles formes de management des cadres échappent-elles au droit du travail? L'article étudie la gestion par la performance dans deux entreprises à haut niveau de qualification et les confronte aux garanties juridiques instaurées par le code du travail. Ignorée du droit positif, la notion de performance est fortement liée à celles de subordination, de négociation et de sanction. En mettant l'accent sur l'investissement personnel et sa récompense, elle semble annoncer une reconfiguration de la relation de travail en apparence plus égalitaire. Le salarié est impliqué tant dans son travail que dans sa personne : pour autant, la nature de la relation de subordination reste inchangée.

A l'occasion de la réalisation d'un programme de recherche initié par le Centre d'études pour l'emploi, il nous a été donné d'observer les modalités de traitement de la performance des salariés par les entreprises, à travers deux études de cas : une entreprise industrielle du secteur de la haute technologie (2000 salariés, dont 73 % d'ingénieurs et cadres), filiale d'un grand groupe international, et une entreprise de consultants (300 salariés, cadres et personnel administratif). Dans une démarche inhabituelle pour les juristes, il a été possible de confronter les pratiques révélées par l'enquête (étendue à d'autres entreprises), et par les analyses des autres disciplines associées à cette recherche, aux règles posées par le droit du travail. Le terrain d'observation est limité à la catégorie des cadres (à l'exclusion des cadres dirigeants) (1). Malgré ces limites, l'étude permet une approche intéressante de la réception du droit du travail dans des secteurs où les référents traditionnels (temps et lieu) paraissent parfois inadaptés, voire obsolètes.

Lorsque l'on s'intéresse à la « performance du salarié », la première difficulté concerne le vocabulaire utilisé. En effet, le mot performance, emprunté au vocabulaire du sport est, a priori, étranger aux catégories du droit ; il importe donc de le rattacher à des notions plus familières au juriste pour qualifier et analyser les situations rencontrées. L'emprunt au sport (DEJOURS, (2000)) et à ses méthodes ne se limite d'ailleurs pas à ce seul terme : le salarié « entretient » ses compétences, comme le sportif sa forme physique, pour l'y aider il a un « coach » (2), sorte d'entraîneur (supérieur hiérarchique en l'occurrence) qui fixe les objectifs, encourage, rappelle

à l'ordre et juge les résultats, ceux-ci donnant lieu d'ailleurs souvent à un classement (le cadre qui n'est pas sur le podium pourra en tirer les conséquences). Enfin, les salariés travaillent en équipe, encouragés par des sortes de « primes collectives » (les résultats d'un secteur donnant lieu à récompenses collectives indépendantes des primes individuelles). Cette méthode permet une certaine émulation, mais peut engendrer la mise à l'écart des moins performants par les collègues de travail eux-mêmes.

Quoi qu'il en soit, ce concept est ignoré du droit positif, il s'apparente plutôt au discours des gestionnaires ou des économistes. Cependant, son influence sur les règles reste à mesurer. Le terme de performance peut trouver une résonance dans divers domaines du droit du travail. Celui de la subordination d'une part, si la performance se réfère au travail attendu du salarié par l'employeur. D'autre part, la performance peut être recherchée par l'instrumentalisation de certaines institutions juridiques ; à ce titre, la négociation et les modalités d'exécution du travail peuvent être utilisés comme « outils de gestion ». Enfin, les salariés les plus performants méritent récompense, tandis que les moins bons seront renvoyés au vestiaire ; c'est alors le droit disciplinaire qui est concerné par des pratiques de gestion parfois originales. Dans le contexte des entreprises observées, ces trois domaines, subordination, négociation et sanction sont vus à travers un prisme particulier dans la mesure où les populations salariées concernées sont essentiellement des cadres dont l'activité est intellectuelle. Or le droit du travail n'a pas été conçu, à l'origine, pour ces sala-

(*) Maîtres de conférences en droit privé, membres du CRDS (Centre de recherche en droit social) I.E.T.L., Université Lyon II.

(1) Pour une définition de ces catégories, articles L. 212-15-1 et suiv. du Code du travail, modifiés par la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003.

(2) Haute technologie, modernisme ou gestion oblige, l'utilisation constante de mots anglais est frappante, rendant parfois les entretiens relativement hermétiques. La loi du 4 août 1994 relative à l'usage de la langue française semble largement méconnue.

riés et a parfois du mal à répondre aux besoins spécifiques de métiers nouveaux.

Toutefois, ces relations de travail n'échappent pas au champ du droit du travail, et la reconnaissance d'un contrat de travail engendre un lien juridique de subordination et réciproquement, l'existence d'un état de subordination conditionne la qualification contrat de travail. Selon la Cour de cassation, la subordination se caractérise par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné (3). L'employeur se voit donc reconnaître le pouvoir légitime d'adresser des ordres au salarié qui est tenu de s'y soumettre. Ce pouvoir exorbitant du droit commun (GAILLARD, 1985) est depuis longtemps encadré par le droit afin d'assurer la protection du subordonné. Le salarié, du fait de son état, est protégé et n'a pas à assumer les risques de l'exploitation de l'entreprise qui restent à la charge de l'employeur. Le salarié subordonné n'agit donc pas pour son propre compte ; son intégration dans l'entreprise implique qu'il n'ait pas à supporter les risques économiques inhérents à l'activité entrepreneuriale. La Cour de cassation a clairement reconnu qu'en présence d'un contrat de travail, la responsabilité des salariés envers leur employeur ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde (4). Plusieurs justifications soutiennent cette solution, au premier rang desquelles l'idée que par la mise à disposition de sa force de travail le salarié recherche une protection et non la rentabilité. Par le contrat de travail s'opère ainsi une « répartition des risques » (MORIN, 1994), l'un engage sa personne, l'autre sa fortune. Soumis au pouvoir de direction et au contrôle de l'employeur, le salarié en état de subordination n'a plus de volonté propre, il est un exécutant. Il est, selon la formule d'Alain SUPROT (1994), l'instrument de la volonté de l'employeur, ce qui justifie que ce dernier bénéficie des réussites du salarié mais assume également les fautes de son préposé et plus généralement les risques de l'exploitation.

Cet équilibre entre subordination-protection et irresponsabilité économique semble remis en cause par les nouvelles formes de travail. Les garanties inhérentes à l'état de subordination apparaissent également mises en cause par le poids d'obligations de résultat à la charge du salarié. Plus généralement, le droit du travail se trouve confronté à des logiques nouvelles, plus familières aux économistes ou aux gestionnaires qu'aux travaillistes. Le transfert d'une partie du risque économique vers le salarié en serait

un signe tangible. Vis-à-vis de la catégorie professionnelle observée, le pouvoir de direction paraît dilué, les rapports hiérarchiques semblent s'estomper. L'autorité de l'employeur n'apparaît pas tant dans la prescription de la tâche que dans les objectifs à atteindre, dans la détermination de la charge de travail par des méthodes au contour flou, qui semblent encore très imprécises.

La quête de performance peut encore passer par la négociation collective, soit par l'instrumentalisation des obligations légales, soit pour se conformer à un minimum légal. On constate que les droits collectifs s'exercent différemment dans une entreprise à forte culture industrielle où les syndicats sont bien implantés que dans une entreprise de services, composée de cadres très autonomes. Dans ce second cas, les pratiques peuvent cependant éclairer sur des modes nouveaux de dialogue entre employeur et salariés, même si, en l'état, il ne s'agit pas de véritables négociations.

La performance ainsi requise, par prescription individuelle ou collective, donne lieu à un contrôle en aval, qui permettra à l'employeur d'exercer éventuellement son pouvoir disciplinaire. Mais il est difficile de tenir un discours de responsabilisation et d'autonomie sous la menace de sanctions disciplinaires. Celles-ci, sans avoir totalement disparues, ont cédé la place à des modes de récompenses, substituant au rapport manquement/sanction celui de performance/récompense. Cette contrepartie de la performance se manifeste sous des formes très classiques : rémunération, intéressement, avancement.

La prescription de la performance

Convention synallagmatique, le contrat de travail met à la charge de l'employeur des obligations dont celle essentielle de fournir le travail convenu. L'employeur doit procurer au salarié un emploi conforme à la qualification professionnelle retenue lors de la formation du contrat ainsi que les moyens normaux pour remplir sa mission (5). Il doit également donner au salarié toutes instructions utiles à l'accomplissement de la tâche. En effet, il appartient à l'employeur de déterminer le cadre et les procédures d'exécution du travail, selon le degré d'indépendance et la qualification professionnelle du salarié (6). Dans un contexte hiérarchique clas

(3) Cass. Soc. 13 nov. 1996, Dr. Soc. 1996, 1067.

(4) Cass. Soc. 12 avril 1995, la Haute Juridiction a adopté une formule particulièrement significative dans son visa : « Vu le principe selon lequel la responsabilité du salarié n'est engagée envers son employeur qu'en cas de faute lourde », R.J.S. 5/95, n° 487, Dr. Soc. 1995, 654, note J. SAVATIER.

(5) Cass. Soc. 23 nov. 1989, R.J.S. 1/90, n° 79.

(6) Il faut noter que la totale indépendance dans le travail n'est pas un obstacle à la reconnaissance d'un lien de subordination ; c'est le cas du médecin ou de l'avocat lorsqu'ils sont salariés.

Encadré 1

**La négociation de la performance
à l'occasion de la réduction de la durée du travail
dans une entreprise industrielle de haute technologie**

Dans l'entreprise de haute technologie, on observe une culture traditionnelle de négociation d'entreprise. Les cinq centrales syndicales bénéficiant de la présomption de représentativité nationale sont présentes dans l'entreprise par l'intermédiaire de délégués. On se trouve ici dans le monde de l'industrie et de l'ingénierie dans lequel l'éventail des classifications professionnelles est large et où les rapports sociaux plongent leurs racines dans l'opposition des intérêts patronaux et salariés. Même si la réalité a beaucoup évolué, le nombre de cadres ayant considérablement augmenté et la matière grise remplacé en partie la force des bras, on n'est pas du tout dans un contexte de collaboration. La hiérarchie est forte et la performance est abordée de façon dynamique. Les possibilités légales nouvelles sont mises en œuvre. Dès 1987, l'entreprise négociait un accord sur la réduction du temps de travail. La recherche d'une meilleure performance à des fins de compétitivité économique y est particulièrement lisible. « Il est indispensable que le temps d'utilisation des équipements soit le plus long possible » ; à cette fin le travail est organisé 24h sur 24 et 7 jours sur 7 ; le travail de nuit des femmes devient une « nécessité ». Ces contraintes nouvelles sont assorties de contreparties salariales et de diminution du temps de travail. L'accord-cadre d'entreprise d'aménagement, d'organisation et de réduction du temps de travail est signé en avril 2000. La nécessité d'une bonne performance économique pour la mise en place de la réduction du temps de travail est rappelée dès le début de l'accord puisque les engagements en matière d'emploi sont soumis à la condition que « la compétitivité de l'entreprise soit à tout le moins maintenue et si possible améliorée ». L'originalité de cet accord réside dans la partie consacrée aux ingénieurs et cadres pour qui est prévu une « charte de gestion ». « Cette charte a pour objectif de prendre en compte les nouvelles réalités du contrat de travail, notamment pour les personnels et ingénieurs et cadres de la filiale française, qui répondent davantage à des impératifs d'activité qu'à une gestion de leur temps de travail basée sur un critère unique du temps de présence sur le lieu de travail ». Dès lors, la mesure de la « performance de ces salariés ne se mesure plus en temps, mais « par projets, avec objectifs individuels et collectifs ». Il est dit que ce nouveau mode de fonctionnement nécessite « un système de reconnaissance et de rétribution lié à l'atteinte de ces objectifs ». Ce système s'accompagne d'un « suivi régulier de la charge de travail » et de programmes de formation « permettant un développement permanent des compétences ».

sique il y a donc prescription (7) d'une tâche donnée. Pour les cadres, l'accent est mis de plus en plus sur l'autonomie et la responsabilisation du salarié (8). Les ordres qui sont donnés ne portent pas sur des « procédures », sur des méthodes, ils sont prescrits sous la forme d'objectifs à atteindre. Le contrôle de la bonne exécution du travail se fait en aval par l'examen des résultats. Autrement dit, le salarié « performant » est celui qui atteint (ou dépasse) le résultat qui lui avait été assigné en amont. Les éléments de la subordination sont donc présents à travers la prescription d'objectifs généraux. Ces « objectifs » constituent la « charge de travail » confiée au salarié, concept nouveau en passe de devenir un instrument de mesure du travail.

Des ordres par objectifs

La gestion des cadres passe par la prescription des résultats, plutôt que des moyens. La méthode n'est pas nouvelle (LYON-CAEN, 1988 ; RAY, 1995 ; WAQUET (2001)), mais le phénomène s'amplifie au rythme d'accroissement des salariés qualifiés. L'autonomie prônée se traduit par l'absence de directives dans le travail. Il ressort ainsi que les salariés doivent « trouver » leur travail, qu'ils

doivent l'ajuster aux circonstances particulières qui sont celles de l'entreprise ; les objectifs généraux sont fixés mais il leur revient de les décliner. L'étude dévoile le passage d'un mode de management de la prescription à celui de la réquisition personnelle (BARTOLI, ROCA, 2002). Cette mise sous tension du salarié par rapport à son activité implique à la fois le déploiement de ses compétences et leur entretien. Or, du fait de l'évolution des métiers, en particulier dans les domaines à haute technicité, les compétences professionnelles sont rapidement mises en cause ; le salarié doit rechercher en permanence de l'information et se former. Ainsi, à l'absence de directives précises dans le travail s'ajoute la nécessité pour le salarié d'entretenir sa compétence pour maintenir sa performance. Pour autant, l'autonomie dans le travail n'est pas incompatible avec la subordination, le rapport de pouvoir reste intact. En particulier, l'employeur décide des objectifs, quitte à les modifier en cours d'exercice. C'est également lui qui choisit les clients et distribue le travail, de même qu'il définit la politique de l'entreprise en terme de projets industriels ou commerciaux. L'état de subordination s'estompe néanmoins au profit de la recherche d'un rapport égalitaire. Ceci est spécialement vrai lorsque des objectifs quantitatifs ou qualitatifs atta-

(7) Par prescription, il faut entendre : ordre expressément formulé avec toutes les précisions utiles. (définition du dictionnaire Le Robert).

(8) Lors des entretiens avec le psychologue, un salarié a défini son entreprise de consultants comme un « agrégat de professions libérales ». Pour autant, la subordination n'est pas absente, d'autres salariés se définissent comme des « mercenaires ».

chés à la prestation de travail sont négociés (9) avec des salariés situés aux niveaux les plus élevés des grilles de classification. Mais dans les entreprises observées, cette négociation ne semble pas caractériser une véritable contractualisation de ces objectifs notamment parce qu'il sont souvent fixés collectivement ou remis unilatéralement en cause au gré des fluctuations économiques. Ce constat ajoute du flou à la détermination du pouvoir de direction. Celui-ci est dilué, partagé entre l'employeur et les salariés impliqués par la recherche de performance. Dans cette quête de performance, fonction du résultat d'un travail peu prescrit, la question du contrôle paraît centrale. La chambre sociale de la Cour de cassation, reconnaît d'ailleurs que le pouvoir de direction né du contrat de travail, confère à son titulaire le droit d'évaluer le travail de ses salariés (10) et considère qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier « si les objectifs, fussent-ils définis au contrat, étaient réalistes » (11). En dehors de critères d'ordre économique, les objectifs « réalisables » correspondent à la charge de travail assignée au salarié. Cette notion nouvelle pour qualifier la quantité et la qualité du travail demandé à un salarié a été introduite dans le Code du travail par la loi du 19 janvier 2000 (12), obligeant le juriste à s'interroger sur la nature et le régime de cette nouvelle catégorie juridique (MOREAU, 2000).

La charge de travail

L'autonomie accrue du salarié a pour contrepartie sa responsabilisation dans l'atteinte des objectifs de l'entreprise conduisant à une intériorisation de la contrainte (SUPIOT, 2000); la recherche de performance provoque une mise sous tension du travail, donc des individus (BARESI, 2000). En effet, si la détermination de la performance doit d'abord être rattachée à la sphère du pouvoir de l'employeur (MOREAU, 1999), des limites qualitatives et quantitatives bornent cette prescription. D'une part, la qualification contractuelle fixe l'étendue des fonctions du salarié (13) et à l'intérieur de ce champ l'employeur ne peut accroître démesurément la charge de travail lorsque le référent temps est moins

prégnant. Dans cette perspective, la notion juridique de charge de travail, paraît devoir jouer un rôle essentiel en contrepoint du management par la performance. Au demeurant, l'évolution du droit positif atteste assurément une conception renouvelée de la protection de la personne du salarié notamment caractérisée par le passage du diptyque hygiène/sécurité à celui associant santé/sécurité au travail (VACARIE, 1999). On passe ainsi d'un corpus de règles strictement techniques à la fixation de principes dont ceux du droit à l'intégrité physique et mentale du travailleur et d'adaptation du travail à l'homme. Ce dernier semble pouvoir constituer une prémisse solide pour apprécier les problèmes auxquels renvoie la performance du travailleur. Ce principe est directement énoncé dans de nombreuses règles internationales (14) ou nationales (15) et trouve encore un fondement dans l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail (16). Toutefois, ces énoncés normatifs ne dispensent pas de rechercher un critère opératoire indispensable à l'évaluation des faits et des actes.

La notion de charge de travail peut y contribuer même si elle est cantonnée pour l'heure aux seuls salariés cadres soumis à des conventions de forfait en heures ou en jours sur l'année. Or, dans ce domaine, la prise en compte réelle de la charge de travail nous semble conditionner la validité des accords collectifs instituant le régime de réduction du temps de travail des cadres en forfaits heures ou jours sur l'année. Les accords instituant ces conventions de forfait doivent assurer la détermination du suivi de l'organisation du travail et de la charge de travail des salariés concernés. Pour remplir cette obligation, les négociateurs doivent s'intéresser à la mise en place de procédures de quantification, de modification et d'évaluation des objectifs et des résultats. Surtout, il apparaît que le suivi de la charge travail est bien une condition de validité de la mise en place des ces forfaits. La lecture des accords montre que les partenaires sociaux, spécialement les syndicats, ont négligé cette prescription pourtant déterminante. Seuls de vagues principes sont énoncés qui ne peuvent pas être considérés

(9) Et donc moins imposées et ce même si la fixation des résultats peut procéder du pouvoir de direction, en ce sens, Cass. Soc. 18 avril 2000, Bull. V., n° 138; v. également, Cass. Soc. 13 juin 2001, R.J.S. 8-9/01, n° 998.

(10) Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° 00-42368.

(11) Cass. Soc. 14 nov. 2000, Bull. V., n° 367, JCP (E) 2001, 574, note F. PETIT.

(12) Article 5 de la loi du 19 janvier 2000, article L. 212-15-3 du Code du travail.

(13) En ce sens, Cass. Soc. 18 nov. 1998, Bull. V., n° 497 et Cass. Soc. 16 déc. 1998.

(14) Conv. n° 155 de l'OIT (1981) article 5 « l'adaptation du temps de travail, de l'organisation du travail et des procédés de travail aux capacités physiques et mentales des travailleurs. »; Dir. CEE du 12 juin 1989 relative à la mise en œuvre des mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs; Dir. CEE du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation. Dir. CE du 23 nov. 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

(15) Article L. 230-2 I. – Le chef d'établissement prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs de l'établissement, y compris les travailleurs temporaires. (...)

d) Adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de limiter le travail monotone et le travail cadencé et de réduire les effets de ceux-ci sur la santé.

(16) Article L. 120-4 du Code du travail.

comme satisfaisant à l'obligation posée par la loi.

Dépassant cet aspect technique, on peut considérer que tous les salariés sont concernés par la question de la charge de travail et pas seulement les cadres au forfait. On peut dès lors se demander si la performance, comme mode de management, ne heurte pas le principe d'adaptation du travail à l'homme compte tenu de l'augmentation induite de la charge de travail? En effet, le juge sans substituer son appréciation à celle de l'employeur pose une exigence forte de justification des actes de l'employeur. Cette exigence de justification est essentielle lorsque le juge se prononce sur une décision relative à l'appréciation de l'aptitude professionnelle du salarié dans le cadre de la réalisation d'objectifs. Il est donc probable qu'un contentieux de la charge de travail émerge autour de l'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement ou de la qualification des « temps ». Deux arrêts en témoignent (17). Dans l'un, la Cour d'appel refuse de voir une faute grave dans des faits d'insubordination, alors que « le salarié ne pouvait accomplir le travail demandé dans un temps compatible avec ses horaires ». Dans le second, les juges du fond estiment que « le salarié ayant toute latitude pour organiser son emploi du temps suivant les nécessités de service et la mission qui lui avait été confiée ne pouvait être présent au magasin pendant toutes les heures d'ouverture de celui-ci comme le demandait l'employeur, sous peine d'exécuter un temps de travail excédant les limites légales ». La motivation des juges du fond, reprise par la Cour de cassation, attire l'attention sans toutefois fonder un renouvellement des problèmes posés. Le travail continue à être mesuré à l'aune du temps de travail. Plus novatrice peut-être, apparaît la motivation d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (18). En l'espèce, un CHSCT sollicite un expert en raison de la conclusion d'un accord d'entreprise ayant pour objet le système de rémunération du personnel de vente. Afin de fonder le recours à l'expert, les juges du fond retiennent « qu'en mettant l'accent sur « la performance individuelle » de chaque salarié, le nouveau système de rémunération proposé est de nature à influencer sur le comportement des intéressés, sur leurs conditions d'hygiène, de sécurité ou de travail ». Le champ ouvert par les notions de performance et de charge de travail commence donc à être exploré par les juges. En outre, il peut y avoir des catégories juridiques qui dans leur mobilisation laissent entrevoir la question de la charge de travail ou de la performance. On pense particulièrement à

celle du harcèlement moral. La loi le définit comme « des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel » (19). Cette définition prend spécialement en compte les effets sur la personne d'agissements d'autrui. Le harcèlement moral semble envisagé de prime abord dans le cadre d'une relation bilatérale (HIRIGOYEN, 2000, 2002). Mais, des méthodes de management de la performance ne peuvent-elles pas aussi constituer une forme de harcèlement moral (20), surtout lorsqu'elles développent des pratiques de « coaching » ou de « ranking », sans doute beaucoup plus dangereuses de ce point de vue que les traditionnelles incitations financières.

La négociation de la performance

Depuis vingt ans, pour répondre aux demandes insistantes de « flexibilité » de l'emploi, le législateur a assoupli le caractère impératif de certaines règles du Code du travail par la conjugaison de normes minimales impératives avec la possibilité d'aménagements permettant d'en personnaliser la mise en œuvre en fonction des spécificités des entreprises. Cependant, ces dérogations sont soumises à des exigences de négociation collective (21). La mise en place de la réduction du temps de travail est, de ce point de vue, particulièrement probante : le législateur fixe une règle impérative, la durée légale du travail, et l'assortit de possibilités de moduler, d'annualiser, de mettre en place des forfaits, etc., sous condition que ces aménagements soient négociés avec les représentants syndicaux. Ces négociations relèvent des accords dérogatoires, c'est-à-dire qui échappent à ce que l'on appelle le principe de faveur. On ne sait pas si le contenu de l'accord est plus ou moins avantageux que la situation antérieure, mais du moins a-t-il emporté l'assentiment des négociateurs (employeurs et syndicats). Dans ce contexte de négociation où les deux parties cherchent à tirer avantage de la situation, les accords d'entreprise sont parfois l'occasion d'innovations initiées par les gestionnaires et acceptées par les syndicats de salariés. Dès lors, le dialogue social participe au pouvoir de gestion de l'employeur par des décisions relevant de la sphère patronale (LYON-CAEN, 1979 ; JEAMMAUD, LYON-CAEN,

(17) Cass. Soc. 16 nov. 1999 et 12 janv. 2000, n° 97-44015 D, Liaisons Sociales n° 665, jurisprudence 9 janv. 2000.

(18) Cou d'appel de Paris, 30 oct. 2002, 14ème chambre, section A 2002/08353.

(19) Article L. 122-49 du Code du travail.

(20) Sur cette ambiguïté, voir Le Monde 14-15 juillet 2002.

(21) Depuis 1982 la négociation collective a connu une véritable transformation : d'un droit des conventions collectives (l'important c'est le résultat, c'est à dire les avantages octroyés, consignés dans l'acte), il devient un droit de la négociation en raison du développement des accords dérogatoires, appelés parfois de façon imagée « donnant-donnant ».

LE FRIANT, 1998). L'action des syndicats et des représentants du personnel s'en trouve sensiblement déformée.

Face à cette situation, deux regards peuvent être portés sur le droit du travail par les entreprises : l'un passif de celles qui subissent la règle et préfèrent souvent l'ignorer, attendant l'accord de branche pour une application a minima des règles légales ; l'autre dynamique utilise le droit comme un outil au service de sa politique de gestion du personnel. Les entreprises, objet de notre étude, illustrent ces deux attitudes (voir les encadrés). En fait, la négociation en entreprise est étroitement liée à la présence en son sein d'une représentation syndicale, les stratégies de négociation et de mise en œuvre des accords collectifs dépendent de la situation de chaque entreprise à cet égard.

L'instrumentalisation de la négociation

Dans les entreprises où la présence syndicale est forte, une tradition de négociation est mise désormais au service des accords dérogatoires qui permettent de faire entrer la performance des salariés dans le champ de la négociation. L'accord pose des exigences en terme d'objectifs, de résultats, en échange de temps. Ces exigences concernent particulièrement les cadres pour qui le temps octroyé prendra la forme de jours de congé. Dès lors, pour répondre aux exigences légales (22), l'accord énonce quelques vagues principes tendant à la fixation et au contrôle régulier de la charge de travail par la hiérarchie. On voit dans ces aménagements la reconnaissance normative d'un nouveau mode de contrôle de la performance des salariés, La quantification en heures perdant de son intérêt, on instaure un mode de contrôle de rendement du salarié en comparant les objectifs fixés au résultat atteint. L'un des accords étudiés va assez loin dans ce processus puisqu'il prévoit que le salarié peut « faire appel si besoin à une médiation » d'un supérieur hiérarchique ou de la DRH. Cependant, la prise en compte de la charge de travail reste incertaine et pourrait mettre en cause la validité même de l'accord (23).

La prise en compte de la performance tend à déformer l'action des représentants du personnel dans leurs rapports avec l'employeur. La négociation, spécialement au niveau de l'entreprise tendrait à se définir moins par opposition au pouvoir patronal (LYON-CAEN, 1979) que comme une participation, sans distance, aux décisions de l'employeur

(JEAMMAUD, LYON-CAEN, LE FRIANT, 1998). On sait, en effet, que par l'objet même des accords dérogatoires, un employeur disposera de pouvoirs auxquels il ne peut prétendre sans négociation (par exemple dans le domaine de l'aménagement du temps de travail). L'élaboration négociée de règles de rémunération nous semble participer d'un processus proche. On remarquera d'abord, que les organisations syndicales, puisque la conclusion d'une convention collective est parfois indispensable (accord de participation), laissent néanmoins échapper une partie importante de leur capacité d'influence en s'engageant sur des compléments de rémunération dès lors que la voie de la négociation annuelle obligatoire (24) paraît bloquée. Ne pouvant plus s'imposer sur le terrain classique du rapport de force lié à la négociation traditionnelle, les organisations syndicales investissent des champs, peut être valorisant, mais dans lesquels ne s'établit aucun contre-pouvoir effectif. L'espace de négociation reconquis ici, en prenant pour objet la performance ne doit donc pas faire illusion. Mais surtout, à l'instar parfois de la loi, l'accord collectif devient une norme support où se déploient des règles techniques d'une étonnante complexité. Si les accords sur la rémunération édictent sans doute des règles objectives de calcul pour parvenir, par la voie de formules, à un chiffre, ces règles n'en demeurent pas moins insuffisantes dans la mesure ou celles relatives à l'évaluation de la performance ne sont quant à elles pas établies. Si donc les modes de calcul sont objectivement fixés, on ne sait pas précisément comment s'évalue la performance des salariés lorsque ces normes participent à la détermination du complément de salaire ou de rémunération.

Le dialogue social sans représentants syndicaux

En l'absence de représentation syndicale dans l'entreprise, l'attitude est plus passive. Cependant, on observe une certaine forme de dialogue social atypique, passant essentiellement par la voie du comité d'entreprise. Cette pratique, reflet de nouveaux rapports de subordination (25), se situe souvent en dehors du strict cadre légal, mais pourrait inspirer des réformes juridiques (26). Les attributions économiques et professionnelles du comité d'entreprise sont régulièrement renforcées par le législateur depuis quelques années. Pour autant, le comité d'entreprise n'a, en ce domaine, qu'un droit d'information et de consultation. En particulier, la

(22) Article L. 212-15-3 II du Code du travail.

(23) Supra n° 9.

(24) Négociation annuelle obligatoire sur les salaires effectifs, article L. 132-27 du Code du travail.

(25) Ce phénomène concerne des petites entreprises ou des entreprises de taille moyenne liées au secteur des services, dans lesquelles les cadres ou assimilés sont majoritaires.

(26) V. le document de travail remis par le ministre du travail aux partenaires sociaux pour « un approfondissement de la négociation collective », Dr. Soc. 2003, 360.

négociation collective et la signature d'accords d'entreprise lui échappent totalement, du moins quant à la qualification juridique de ces actes. Rien n'empêche en effet l'employeur de passer un accord avec son comité d'entreprise, mais cet acte n'aura qu'une valeur d'engagement unilatéral de la part de l'employeur, ce qui n'est pas neutre quant au régime juridique applicable (DOCKÈS, 1994). La multiplicité des représentations salariées dans les entreprises françaises et la répartition des compétences entre délégués du personnel, délégués syndicaux et comité d'entreprise, associée à la désaffection du syndicalisme, se heurte à de réelles difficultés d'application dans de nombreuses entreprises de petite ou moyenne dimension. Beaucoup n'ont pas de délégués syndicaux en leur sein. Cette carence bloque les possibilités de négociation au niveau de l'entreprise (PÉLISSIER, VERDIER (2001)). Cependant, ces entreprises, dès lors qu'elles atteignent une certaine importance (50 salariés selon la loi), doivent mettre en place un comité d'entreprise. On constate que ce dernier a en réalité des fonctions très différentes selon qu'il y a ou non une présence syndicale dans l'entreprise. Dans le premier cas, le comité d'entreprise remplit les fonctions assignées par la loi et se cantonne dans son rôle de veille économique, restant maître de la gestion de ses activités sociales et culturelles. Dans le deuxième cas de figure, le comité d'entreprise devient, de fait, le seul organe de dialogue social. Même si il sort de ses compétences légales, il présente l'avantage d'être le seul lieu de débat des intérêts collectifs des salariés.

Cependant, dans les entreprises à majorité de cadres, le dialogue qui s'y instaure est plus dirigé vers le consensus, le compromis, voire la collaboration que vers la revendication des droits des salariés (LYON-CAEN, 2003). Le mode de travail des consultants (comme de nombreux autres emplois dans le secteur des services), souvent appelés à exercer leur activité à l'extérieur, n'incite pas au regroupement, l'individualisme de la profession ne favorise pas l'esprit de corps. Aussi, la direction de l'entreprise tente-t-elle de fédérer ses salariés autour d'une forme de culture d'entreprise ou de réunions conviviales (organisation, par le comité d'entreprise, d'un pot tous les vendredis soir, par ex.) (27). Si, à travers les documents qui nous ont été transmis on constate que les rapports entre la direction et les délégués du personnel semblent rares ou informels, en revanche, le comité d'entreprise, créé par obligation légale, est devenu le lieu du dialogue social dans l'entreprise.

En définitive, la négociation d'entreprise, au sens juridique de l'expression, est totalement absente

dans les entreprises sans délégués syndicaux. La direction prend seule les décisions de gestion et octroie des avantages selon son bon vouloir. Le comité d'entreprise occupe néanmoins une place intéressante pour l'amorce d'un dialogue social. Il est utilisé comme forum de discussion, lieu d'échange de nouvelles et fédérateur de l'esprit d'entreprise selon lequel il n'y a pas de confrontation entre les salariés et les employeurs, tous collaborent à un même objectif : la réussite de l'entreprise et l'accroissement du chiffre d'affaires, niant ainsi tout antagonismes d'intérêts inhérents pourtant aux rapports de travail salariés. Le comité d'entreprise participe donc à la recherche d'une performance collective dont l'objectif est une amélioration des motivations individuelles pour un travail mis sous tension. Le salarié adhère à cette fédération et collabore ou quitte l'entreprise. D'une manière générale, on constate que, au-delà de la négociation sur la durée du travail, c'est à une véritable mutation des modes de prescription du travail et de son contrôle que se livrent aujourd'hui les négociateurs. En somme, la réévaluation des conventions du travail dans l'idée que le « négocié » tend à estomper le rapport hiérarchique ou à réduire les conflits d'intérêts laisse entrevoir une figure nouvelle des modèles conventionnels. Ces évolutions ne peuvent être rejetées par principe, au moins tant que le droit du travail pose certains garde-fous ; il n'en va sûrement pas de même lorsque ses règles sont évincées. Dans cette perspective, il convient alors de s'intéresser aux mécanismes de contrôle de la performance fixée par voie de prescription individuelle ou collective.

Le contrôle et la récompense de la performance

Depuis un arrêt resté célèbre dans les annales de droit du travail (28), la Cour de cassation considère que le pouvoir disciplinaire est inhérent à la qualité d'employeur ; il est le corollaire de la mise en œuvre du pouvoir de direction. Un grand nombre d'études juridiques ont été consacrées à cette question. Beaucoup se sont intéressées aux manifestations du pouvoir disciplinaire et à son encadrement, mais on retiendra en particulier celle de M. Jean-Marc BÉRAUD (1989) qui souligne une mutation de l'exercice de ce pouvoir. En effet, lorsque l'on parle de discipline, on pense d'abord à la punition, elle peut cependant prendre une autre forme : celle de la récompense. Le salarié qui n'atteint pas l'objectif fixé ne subit pas forcément un châtement, mais il sera privé de la récompense promise à ceux dont les

(27) Pratique qui se retrouve dans d'autres entreprises de consultants : Liaisons Sociales mag. Oct. 2002 p. 36 « Claude CZECHOWSKI dorlote les consultants de CSC Peat Marwick », où l'on constate que les pratiques de gestion diffèrent peu d'une entreprise de consultants à l'autre.

(28) Cass. soc. 16 juin 1945, POLLIET et CHAUSSON, Dr. Soc. 1946, 427, note Paul DURAND.

Accord de rémunération dans l'entreprises de services

L'entreprise a mis en place un système dit « Variable Initiative Plan ». Ce système est décrit comme une démarche de recherche de performance globale de l'entreprise faisant suite à la mise en œuvre d'un accord de réduction du temps de travail. Le système de VIP permet une variation du salaire allant de 4 à 10 % du salaire des intéressés ou la transformation de ce gain en équivalent « temps loisirs ». Ce système n'est pas appliqué à l'ensemble des salariés mais uniquement à 200 ingénieurs; son extension au plus grand nombre est cependant envisagée. A l'intérieur de la population des ingénieurs bénéficiaires du VIP, une répartition en pourcentage s'effectue selon le « job grade » (niveau de classification dans l'entreprise). Les salariés classés 15 ont une prime de 4 % alors que ceux classés 16, 17 et 18 ont une prime de 10 % variable sur objectif. Ce système collectif est simplement relayé par le contrat de travail. Ainsi, le point 6 du contrat de travail type, relatif à l'organisation du temps de travail en forfaits jours, rappelle que l'entreprise applique un accord de réduction du temps de travail (accord du 7 avril 2000). Le système de la réduction du temps de travail mis en place sous forme d'un forfait jours (217) s'accompagne des primes déjà mentionnées. C'est la seule référence, indirecte, à la performance.

résultats sont les plus satisfaisants (29). Cette analyse trouve un écho certain dans le secteur des services où travaillent des salariés hautement qualifiés. Par le biais de promesses de récompenses financières, les salariés vont se trouver plus fortement impliqués dans le résultat de leur travail en étant, de fait, associés à la rationalité économique de l'entreprise (GORZ, 1988). Cela suggère aussi, qu'en amont des effets attendus de la performance, des systèmes, le plus souvent liés à la politique de rémunération, soient mis en place, l'idée étant que la performance individuelle du salarié, associée ou non à la performance collective, aura une incidence sur la performance économique de l'entreprise. De fait, la rémunération est de plus en plus instrumentalisée en tant qu'élément incitatif permettant d'impliquer plus directement le salarié dans les résultats de l'entreprise : elle sert moins à rémunérer le temps du travail que le résultat produit (B). Encore faut-il mettre en place des procédures de contrôle qui permettent de vérifier si les objectifs sont atteints et de déclencher les systèmes rémunérateurs de la

performance.

Le contrôle des objectifs

Le lien de subordination permet à l'employeur de contrôler l'exécution des ordres qu'il donne. Lorsque les prestations prennent la forme de services dans lesquels le résultat est immatériel, on observe que le contrôle ne porte pas tant sur le travail réalisé que sur l'évaluation de l'aptitude professionnelle (VERNAC, 2002). Les entreprises concernées mettent en place non seulement une procédure de fixation des objectifs mais également un « accompagnement » du salarié ou une analyse ex post des résultats. Quoique l'évaluation de la performance de chaque salarié puisse prendre des formes différentes, elle résulte, dans tous les cas, de normes supposées objectives. En effet, alors qu'a priori l'appréciation de la performance peut s'avérer subjective, des normes sont construites afin de se départir de tout arbitraire. Ces règles sont parfois négociées, plus souvent imposées par les directions. Dans tous les cas, le jugement d'aptitude ou la procédure y conduisant demeure bien une prérogative patronale. Mais la formalisation en interne de l'évaluation conduit à des pratiques distinctes selon les entreprises, en lien étroit avec le mode de fixation des objectifs. Ainsi, l'évaluation peut être faite par un « coach », qui prépare et réalise les entretiens d'évaluation, sur la base des rapports d'activité de l'année du salarié concerné, et propose les augmentations et la promotion des consultants. Toutefois, l'évaluation peut être modifiée par l'intervention d'une autre personne. Dans les entreprises les plus « prescriptives » en matière de performance, les objectifs sont identifiés et fixés qualitativement, non pas quantitativement. Ainsi, les capacités professionnelles du salarié sont mises en rapport avec les ressources dont il dispose et comparées aux résultats de ses collègues, ce qui donne lieu souvent à un classement (WAQUET, 2002). Malgré une formalisation de l'évaluation tendant à rendre objectif, et donc acceptable, le jugement de la performance, les pratiques développées soulèvent des problèmes qui interrogent le rapport hiérarchique quant à l'évaluation, l'objet même de celle-ci et l'imputabilité de la défaillance au salarié évalué.

On peut tout d'abord discuter du bien-fondé de l'évaluation lorsque celle-ci n'est pas effectuée par un organe ou une personne ad hoc mais par le salarié lui-même amené à s'auto évaluer ou lorsqu'un jugement informel est porté par le groupe dans

(29) Ces procédés sont encore très proche des mécanismes en vigueur dans le monde du sport : le perdant n'est pas sanctionné, mais le gagnant remporte primes et trophées. Là s'arrête la comparaison. En effet, se pose le problème de savoir si l'absence de rétribution en cas de non performance ne tombe pas sous le coup des sanctions pécuniaires prohibées. En l'état du droit positif, il semble que lorsque la promesse de gain résulte d'un support conventionnel instituant une partie aléatoire de la rémunération, la perte de salaire ne constitue une sanction pécuniaire interdite qu'à l'égard de salariés qui ne sont pas rémunérés en fonction d'un rendement (Cass. Soc. 12 avril 1995, Dr. Soc. 1995, 599, obs. J. SAVATIER). Autrement dit, il semble, que la sanction pécuniaire prohibée est celle qui remet en cause un avantage de rémunération fixe, ce qui par nature n'est pas le cas pour la partie aléatoire du salaire liée à la performance.

lequel s'insère le salarié, sa moindre performance compromettant la performance collective d'une unité. Ce qui est en cause dans ces situations c'est l'habilitation conférée à une personne ou à un groupe par le titulaire du pouvoir. En effet, si l'objectivité nécessaire au jugement d'aptitude ne requiert pas que ce soit le titulaire du pouvoir de contrôle qui l'exerce directement, il importe en revanche que l'organe évaluateur ait reçu délégation pour exercer cette prérogative. Par ailleurs, l'objet même de l'évaluation peut être discuté. Ainsi, il apparaît assez nettement que l'évaluation porte moins sur le résultat, les objectifs, que sur les manières, ce que d'aucuns nomment « savoir être ». Autrement dit, le jugement va prendre en compte la part subjective du travail, c'est-à-dire, de fait, le comportement de l'individu, qui relève par essence de la sphère personnelle. En réalité, il y a un risque sérieux que l'évaluation s'effectue plus sur l'inféodation aux valeurs de l'entreprise que sur des résultats lorsqu'au surplus aucun objectif individualisé n'est effectivement affecté à chaque salarié. Un contrôle subjectif de la performance se dévoile. Dans cette perspective, l'idée de réquisition de l'individu, et pas uniquement de ses compétences professionnelles, apparaît décisive et éclairée par le discours de l'entreprise. On parle de « plaisir », de la « recherche du dépassement » de soi, de « mix » entre compétence technique et « savoir être ». Au fond, le salarié face à l'évaluation devrait démontrer en permanence non seulement sa capacité professionnelle mais également son implication personnelle. Certains pensent déceler dans l'évaluation un « renversement de la charge de la preuve », par l'obligation faite aux salariés de démontrer à l'employeur qu'ils ont bien fait leur tâche (COHEN, 2000). L'observation n'est, sur le plan juridique, pas totalement recevable. On comprend néanmoins le raisonnement fondé sur l'opposition entre obligation de moyens et obligation de résultat, qui rapproche les exigences d'objectifs et de résultats imposées aux salariés des conceptions civilistes en matière de responsabilité civile. Toutefois, pareille analyse se heurte aux règles de preuve énoncées par le code du travail (30) et à la position adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle a clairement affirmé que l'insuffisance des résultats au regard des objectifs fixés, contractuellement ou unilatéralement, ne constitue pas en soi une cause de rupture qui aurait pour effet de priver le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse (31). Autrement dit, bien que la fixation d'un résultat puisse apparaître comme un critère objectif, l'appréciation de la

cause de licenciement s'effectue toujours *in concreto*, permettant au juge de tenir compte, par exemple, des circonstances économiques ou de la fixation d'objectifs irréalisables (ANTONMATTÉI, 2000). Il reste que l'idée d'une apparence d'objectivité attachée à l'insuffisance professionnelle en raison de l'habillage formel que constitue la procédure d'évaluation peut faire craindre, sinon un renversement de la charge de la preuve, à tout le moins la constitution d'un motif en apparence réel et sérieux pouvant expliquer le développement de pratiques de management fondées sur le classement des performances (32).

Enfin, se pose surtout le problème de l'imputabilité de la défaillance de performance puisque celle-ci ne semble, d'une part, ni précisément fixée ni vraiment mesurable et que, d'autre part, la réalisation des objectifs n'est pas la conséquence de l'action d'une personne identifiable mais d'un groupe. Ainsi, la performance ne peut pas seulement être appréhendée au niveau individuel, l'interdépendance individuelle créée par le travail en réseau, l'activité partagée, ne sont-ils pas des facteurs contredisant toute recherche d'imputation personnelle de responsabilité à supposer que des actes pris par l'employeur fassent suite au jugement d'aptitude? Or, et cela peut surprendre, l'ingénierie et le temps déployés autour de l'évaluation de la performance ne semblent pas se traduire directement par des actes de direction des personnes. Sur ce plan, le pouvoir de sanction semble s'estomper. Il apparaîtrait plutôt que les résultats pourraient servir de support à la gestion de l'emploi organisant peut être, à l'instar d'IBM ou d'HP un management par l'incompétence. Ainsi confronté aux résultats de l'évaluation, le salarié attesterait de son insuffisance professionnelle, justifiant l'acte patronal de gestion ou amenant le salarié à en tirer les conséquences et à quitter l'entreprise (WAQUET, 2002). Au fond, le salarié, face à l'évaluation, devrait en permanence démontrer sa capacité professionnelle pour toucher les dividendes de sa performance.

La récompense de la performance

Dans de nombreuses entreprises, des systèmes de récompense très sophistiqués sont mis en place. Ainsi, à côté de leviers traditionnels telles que la discipline et l'organisation du travail, la politique de rémunération mise en œuvre dans les entreprises participe à la promotion de la performance. Les incitations financières mises en place sont souvent complexes et leurs régimes juridiques varient selon la catégorie dont elles relèvent. La qualification

(30) Article L. 122-14-3. En matière de licenciement, la preuve n'incombe pas à une partie, il appartient au juge de forger sa conviction au vue des éléments fournis.

(31) Cass. Soc. 3 fév. 1999, Bull. V., n° 56; 3 avril 2001, Bull. V., n° 117.

(32) Notamment, Le Monde Interactif, 8 et 12 mars 2002; Le Monde, 16 mars 2002. Selon les syndicats français, le groupe IBM aurait mis en place un système d'évaluation pouvant conduire au licenciement pour insuffisance professionnelle des « faibles contributeurs ».

« salaire », au sens strict de contrepartie du travail fourni (33), constitue une garantie, alors qu'il n'en va pas de même lorsqu'elle est écartée. Il convient cependant de souligner que les règles du Code du travail ne s'opposent pas à ce que le salaire puisse être un moteur de la performance. (34) Sa libre détermination, sous certaines réserves cependant, a valeur de principe. La négociation du salaire permet donc le libre choix de son niveau mais aussi de son mode de calcul en fonction de critères liés à la performance du salarié (35). Toutefois, le salaire ne saurait dépendre de la seule performance du salarié, en raison du caractère obligatoire du salaire minimum. Cette réserve essentielle cantonne donc le rapport entre performance et salaire à un complément du salaire, dont la base demeure un rapport au temps. Les mécanismes de récompense mis en place dans les entreprises concernent tant la performance collective qu'individuelle (cf. encadré). Du point de vue juridique, le régime applicable doit être nettement différencié, la performance collective relève des accords d'intéressement ou de participation (36), alors que c'est le contrat qui règle les rapports individuels. Les contreparties pécuniaires distribuées au titre d'accords d'intéressement et de participation ne peuvent donc pas se substituer au salaire. Pourtant, qu'elles soient traditionnelles ou plus imaginatives, qu'elles favorisent globalement plus la performance collective qu'individuelle, ces pratiques apparaissent bien comme des signes de l'évolution du rapport salarial.

Prenant pour objectif la performance, ces techniques d'incitation au dépassement de soi, quoique limitées, s'inscrivent non seulement dans un cadre légal qui les légitime, mais encore dans des contextes où elles semblent favorisées. On relèvera ainsi que certaines organisations syndicales n'y paraissent pas hostiles et que les salariés, eux-mêmes, voient avec intérêt la possibilité d'augmenter leurs gains. Il en résulte, de fait, une déconnexion partielle entre la détermination de la rémunération par rapport au temps de travail adossé lui-même à une organisation collective. La relation rémunération/performance, même si elle passe par des incitations collectives, conduit à l'individualisation de la

récompense. Pour autant, cette individualisation ne saurait introduire une part de discrétionnalité dans la détermination de la part variable de la rémunération. Tout d'abord, le niveau de la rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat qui ne peut être modifié, même de façon minimale sans son accord ; il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat (37). Tout contournement de cette règle est par ailleurs interdit, la Cour de cassation rappelant avec fermeté que la clause par laquelle un employeur se réserve le droit de modifier, en tout ou partie, le contrat de travail est nulle (38). Mais ces règles ne condamnent pas la possibilité d'individualiser le salaire. Cette faculté a d'ailleurs été reconnue par les juges qui ont estimé que l'employeur pouvait librement déterminer des rémunérations différentes pour tenir compte des compétences et capacités de chacun de ses salariés (39). Les hauts magistrats ont confirmé cette analyse en affirmant qu'une clause du contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs, indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque de l'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels (40). On retiendra spécialement que la variation doit être fondée sur des éléments objectifs. Dès lors, se pose la question de savoir si le critère de la performance constitue un élément objectif ne contredisant pas le principe « à travail égal, salaire égal », aussi dégagé par le juge (41). Ce principe signifie que l'attribution d'avantages particuliers à un salarié n'est licite qu'à condition que tous les salariés de l'entreprise, placés dans une situation identique, bénéficient également de ces mêmes avantages. L'analyse repose donc sur l'identité de situation, critère objectif, dont on peut se demander s'il n'est pas purement formel dès lors que la justification de la différenciation repose sur la performance ? Monsieur Antoine LYON-CAEN ne condamne pas toute différence en insistant précisément sur l'exigence de justification. Toutefois, la simple référence à la performance ne devrait pas suffire ; il n'y aurait sinon qu'une apparence de

(33) Et non pas de rémunération, notion plus large. Mais le salaire est juridiquement une notion relative ; son contour est variable selon les règles en cause (SMIC, calcul d'indemnités). De ce point de vue, tout élément de rémunération n'est pas un élément du salaire.

(34) On relèvera néanmoins que le droit légiféré ne s'intéresse guère au rapport entre performance et salaire, même si un texte aujourd'hui disparu de notre ordonnancement prohibait l'interdiction des clauses conventionnelles de rendement : Loi du 28 août 1942 abrogée par la loi du 27 déc. 1973.

(35) Le salaire au rendement, qui varie en fonction de la quantité de production réalisée par un individu ou une équipe dans un temps donné, selon une formule déterminée et répondant aux normes de qualité exigées, ou le salaire proportionnel au chiffre d'affaires sont des modes opératoires classiques liant performance et salaire.

(36) Spécialement pour les sommes versées au titre de l'intéressement, Cass. Soc. 26 oct. 2000, R.J.S. 1er janvier, n° 73 et Dr. Soc. 2001, 88. De même, les versements opérés par l'employeur au titre d'un PEE ne peuvent pas être fondés sur l'appréciation des performances individuelles. Cass. Soc. 26 oct. 2000, R.J.S. 1/01, n° 73. Ces modes de rémunération doivent demeurer collectifs.

(37) Cass. Soc. 14 avril 1999, n° 97-40096.

(38) Cass. Soc. 27 fév. 2001, Bull. V., n° 60.

(39) Cass. Soc. 10 déc. 1987, Dr. Ouv. 1989, 36.

(40) Cass. Soc. 2 juillet 2002, Bull. V., n° 229.

(41) Cass. Soc. 29 oct. 1996, Dr. Soc. 1996, 1014, obs. A.

justification (42). Les accords collectifs établissant un rapport entre salaire et performance doivent préciser les procédures d'évaluation de cette dernière. Or, ces accords se bornent, le plus souvent, à fixer des chiffres et non les procédures. Le risque est en effet que l'habillage formel ne pare d'objectivité la décision, d'autant que les juges rappellent avec constance que l'employeur est seul juge de l'aptitude professionnelle des salariés qu'il emploie.

Mais là n'est pas la seule interrogation relative à l'application des règles du droit du travail. En effet, selon la nature juridique des sommes versées, ce sont des pans entiers de la politique de rémunération qui peuvent échapper aux règles du droit du travail. En effet, parmi les sommes que perçoit le salarié, toutes ne sont pas la contrepartie directe de la tâche effectuée et ne reçoivent donc pas la qualification de salaire. La question n'est pas ici de déterminer si tel ou tel élément est relevant de cette qualification juridique; on se bornera à constater que certaines sommes qui ont cependant, par la performance, un lien avec l'emploi occupé n'en relèvent pas. C'est le cas du produit de la vente des stock-options (PÉLISSIER, SUPLOT, JEAMMAUD, (2002), VATINET, 1997)) dont il est fréquemment souligné que les gains ainsi procurés sont « à n'en pas douter un salaire déguisé » (43). En l'état du droit positif, ces avantages ne sont pas des éléments de rémunération et ne sont donc pas soumis aux règles du droit du travail. Ainsi, le principe « à travail égal salaire égal » n'est plus applicable. La distribution de ces compléments peut même se faire de manière discrétionnaire (44), à la différence de l'intéressement ou de la participation qui doivent profiter à tous les salariés de l'entreprise (45). Sans exagérer la part dévolue à ces compléments non salariaux, il n'en reste pas moins que le profil d'un salarié actionnaire de sa propre entreprise tend sinon à se généraliser à

tout le moins à se banaliser (46). Par ces instruments, les salariés deviennent propriétaires d'une fraction de l'entreprise et sont intéressés à sa performance à défaut d'être partie à sa gestion stratégique. A la vérité, cette double qualité de salarié et actionnaire n'est pas nouvelle. Mais dans ses anciennes formes, telles que la SCOP (société coopérative de production) (47), la voie ouverte à un contrôle des salariés demeure sans commune mesure avec la simple représentation dont bénéficient les salariés actionnaires (article L. 441-1 du Code du travail). La dualité de statut par l'ambivalence ainsi créée pose avec plus d'acuité la question de la représentation effective des intérêts des salariés dans les organes de gestion. Les enjeux sont importants. Au plan théorique d'abord puisque sous cette double casquette l'actionnaire doit avoir un pouvoir de contrôle *es qualité* sur les décisions prises par l'employeur alors que ce dernier ordonne, contrôle l'activité des salariés et sanctionne le cas échéant. L'association des salariés à l'actionnariat laisse ainsi demeurer le lien de subordination tout en tentant de faire converger des intérêts pourtant opposés. Au plan pratique enfin le salarié peut être amené à assumer une partie du risque économique. On peut ainsi craindre un « rétrécissement » de la base du salaire (48) par effet de substitution au profit d'instruments de compléments de rémunération, disponibles immédiatement ou non et l'accroissement de tensions physiques et mentales procédant des contradictions nées à la fois du travail et de la situation de ses subornés autonomes.

*

* *

Au terme de cette étude, deux réflexions peuvent être faites. En premier lieu, on constate l'extraordinaire plasticité du droit du travail, qui, contrairement à certaines idées reçues, a su s'adapter aux évolutions techniques et économiques des entrepri-

(42) Ce à quoi les juges semblent être attentifs comme en témoigne un arrêt 26 déc. 2002 de la chambre sociale de la Cour de cassation (Bull. V., n° 354) : « la cour d'appel, qui a constaté que depuis de nombreuses années le salarié, employé en qualité de câbleur au niveau 2, coefficient 185 de la convention collective, percevait une rémunération inférieure à celles de ses collègues n'ayant pas plus d'ancienneté que lui, occupant strictement le même poste et exerçant les mêmes fonctions, avec les mêmes niveau et coefficient, a retenu que l'employeur qui ne contestait pas cette situation de fait ne fournissait comme seule explication que la prétendue médiocre qualité du travail accompli par l'intéressé; qu'elle a ainsi fait ressortir, que l'employeur ne rapportait pas la preuve que l'inégalité de traitement dont le salarié a été la victime, reposait sur un critère objectif tenant à la différence du travail fourni ».

(43) Le Monde, 11 juillet 2002. Par une forme de lapsus, les travaux parlementaires faisaient déjà ressortir que les stock-options constituaient « un mode nouveau de rémunération à long terme des personnels des entreprises, en particulier des cadres » (JOAN 11 déc. 1970, p. 6416 - Loi n° 70-1322 du 31 déc. 1970; J.O. 3 janv. 1971).

(44) Dans l'une des entreprises observées, le comité d'entreprise interroge, sans succès, la direction de l'établissement afin de savoir « qui sont les cadres qui ont eu des stocks options et suivant quels critères ».

(45) Article L. 441-2 du Code du travail. Il peut être introduit, toutefois, dans l'accord une condition d'ancienneté minimale qui ne doit pas excéder six mois; à l'exception de toute autre.

(46) On relèvera que la France se place au second rang pour la distribution de stock-options après les États-Unis (in Les stock-options, Grasset), concernant quelques 28 000 salariés J.O.A.N. du 28 avril 00, p. 3518. Cf. loi du 19 février 2001 relative à l'épargne salariale.

(47) Loi n° 78-763 du 19 juillet 1978.

(48) Aboutissant, d'une part, à un rétrécissement de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale et, d'autre part, à une baisse brutale de rémunération ou de l'épargne compte des aléas économiques. A cet égard la situation des salariés de la firme Enron aux États-Unis est éclairante. L'une des entreprises observées fut, elle-même, atteinte par un retour de conjoncture; comme l'indique un procès verbal du comité d'entreprise, la politique de rémunération a été suspendue (sic) en 2001! Plus généralement, voir Le Monde 4 oct. 2002 p. 18, les actionnaires salariés auraient perdu 29 % de leurs avoirs en 2002.

ses, du moins dans les domaines abordés ici. En second lieu, on peut douter de la totale assimilation des récentes réformes du droit du travail par les entreprises. En effet, si la réduction du temps de travail par exemple a été mise en œuvre, il n'en va pas de même d'autres innovations telles que la charge de travail ou le harcèlement moral. Ces éléments paraissent cependant devoir jouer un rôle essentiel en contrepoint de la performance. Ils pourraient être mobilisés tant par les salariés que par leurs représentants pour contrer certaines pratiques managériales dangereuses pour la santé des personnes à qui elles s'appliquent. La relation de travail lorsqu'elle est soumise au critère de la performance, paraît bien faire refluer les garanties juridiques contre les risques liés à l'état de subordination. Le rapport hiérarchique et le conflit d'intérêts qui ont

marqué le contrat de travail tendent à être supplantés par un rapport égalitaire dans lequel le salarié est impliqué tant dans son travail que dans sa personne. La négociation ou l'adhésion remplacent les manifestations unilatérales du pouvoir sans pour autant que la nature de la relation de travail en soit elle-même fondamentalement changée. L'évolution qui transparaît nous semble affecter les conséquences qui s'évincent du lien de subordination. Le salarié ne met plus seulement sa force de travail à la disposition de l'employeur, il s'engage sur des objectifs, lesquels déterminent la rémunération d'un travail dont le résultat lui est difficilement imputable. Cette reconfiguration de la relation de travail invite à reconsidérer certes les frontières entre les activités de travail, mais il ne faudrait pas négliger la teneur même du rapport de subordination.

Bibliographie

- ANTONMATTÉI P.-H. (2001), « Le motif économique du licenciement : les limites du contrôle judiciaire », *RJS*, p. 95.
- ANTONMATTÉI P.-H. (2000), « Les cadres et les 35 heures, de la règle de trois à la règle de quatre », *Dr. Soc.*, 159.
- ANTONMATTÉI P.-H. (1999), « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois », *Dr. Soc.*, 996.
- AUBERT-MONPEYSSSEN Th. (1997), « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », *Dr. Soc.*, 616.
- BARTOLI M. et ROCA M. (2002), « Quelle maîtrise d'un travail mis sous tension? », in *Travail et performance*, Rapport du Ministère du travail.
- BARISI G. (2000/3), « L'appréhension et la mesure de l'intensité du travail en entreprise », *Revue de l'IREES*, n° 34, p. 137.
- BÉLIER G. (1998), « L'évolution des temps de travail : le déplacement des enjeux économiques et sociaux », *Dr. Soc.*, 757.
- BÉRAUD J.-M. (1989), « La discipline dans l'entreprise », in *Les transformations du droit du travail*, Études offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz.
- BOUSEZ F. et MOREAU M. (1997), « Performances et relations de travail », *JCP éd. E.*, n° 20, p. 654.
- COHEN D. (2000), « La polyvalence dans le travail est-elle toxique? » *Esprit*, janv.
- COLLECTIF (1994), « Les clauses du contrat individuel de x relatives à la rémunération », *JCP (E)*, n° 366, p. 289 et suiv.
- COLLECTIF (2000), « Les compétences au cœur de la performance », *Liaisons Sociales mensuel*, avril.
- CORRIGNAN-GARCIN D. (1995), « Loyauté et droit du travail, Mélanges en l'honneur d'Henri BLAISE », *Economica*.
- DARES (1996), « Les primes de performance en 1992, un salarié sur trois, deux établissements sur cinq », n° 122, 12 janv.
- DEJOURS Ch. (2000), « La course folle à la performance », *Le Monde* 21 nov.
- DEPREZ J. (1992), « Vers une évolution du régime de la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur? », *R.J.S.* 5/92, p. 319.
- DOCKÈS E. (1997), « La réciprocité des dispositions des clauses du contrat de travail », *Dr. Ouv.*, 503.
- DOCKÈS E. (1994), « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. Soc.*, 227.
- ESCANDE-VARNIOL M.-C. (1997), « La sophistication des clauses du contrat de travail », *Dr. Ouv.*, 479.
- GAILLARD E. (1985), *Le pouvoir en droit privé*, Économica.
- GAUDU F. et VATINET R. (2001), *Les conventions du travail*, LGDJ.
- GÉLINEAU LARIVET G. (2000), « Le temps et le droit du travail », *Dr. Soc.*, 238.
- GORZ G. (1988), *Métamorphoses du travail, quête de sens*, Galilée.
- HIRIGOYEN M.-F. (2000/2002), *Le harcèlement moral dans la vie professionnelle, démêler le vrai du faux*, Pocket.
- JAVILLIER J.-Cl. (1988), « Négociations et accords d'entreprise en matière de rémunération », *Dr. Soc.*, 68.
- JEAMMAUD A., LEFRIAND M., LYON-CAEN A. (1998), *L'ordonnancement des relations de travail*, Recueil Dalloz.
- JEAMMAUD A., PÉLISSIER J. et SUPLOT A. (2002), *Droit du travail*, Précis Dalloz, 21ème éd.
- KRYNEN B. (1980), « Le droit des conditions de travail droit des travailleurs à la santé et à la sécurité? », *Dr. Soc.*, 523.
- Liaisons Sociales (2000), « L'essor de l'épargne salariale : vers un nouveau contrat social », *Liaisons Sociales divers* n° 33.
- LIAISONS SOCIALES (2000), « La santé des salariés », *Liaisons Sociales documents* 43.
- LIAISONS SOCIALES (2000), « Le mal-être au travail », *Liaisons Sociales documents* 18.
- LYON-CAEN A. (2003), « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. Soc.*, 355.
- LYON-CAEN A. (1992), « Le droit et la gestion des compétences », *Dr. Soc.*, 573.
- LYON-CAEN G. (1988), « Actualité du droit du travail, brefs propos », *Dr. Soc.*, 542.
- LYON-CAEN G. (1981), « Les salaires », *Traité de Droit du travail*, Tome 2, *Dalloz* 2ème éd.
- LYON-CAEN G. (1979), « Critique de la négociation collective », *Dr. Soc.*, 350.
- LYON-CAEN G., VERKINDT P.-Y., AUBERT-MONPEYSSSEN Th. (1988), « La protection de la santé du travailleur, approche juridique de la notion de prévention », in *La santé du salarié*, *Revue juridique des Barreaux*, Dalloz oct. déc.
- MAGGI-GERMAIN N. (2000), *Travail et santé : le point de*

- vue d'un juriste », *Dr. Soc.*, 486.
- MEYER F. (1998), (dir.) *Certifier la qualité?* P.U. Strasbourg.
- MEYER F. et SACHS-DURAND C. (1994), « L'évolution du rapport salarial, Études en l'honneur d'Hélène Sinay », éd. P. Lang, p. 369.
- MOREAU M.-A. (1999), « Des perspectives pour mieux protéger la santé des salariés », *Liaisons Sociales mensuel* juin, p. 66.
- MOREAU M.-A. (2000), « Temps de travail et charge de travail », *Dr. Soc.*, 263.
- MORIN M.-L. (1994), « Sous-traitance et relations salariales, aspects de droit du travail », *Travail et Emploi*, n° 60.
- PAULIN J.-F. (2000), « La charge de travail, approche juridique », in *Études et Documents*, ANACT.
- PÉLISSIER J. (2001), *Le pouvoir du chef d'entreprise*, Dalloz, Thèmes et commentaires.
- PÉLISSIER J. (2001), *Droit des conventions collectives : évolution ou transformation, Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz.
- PÉLISSIER J., SUPIOT A., JEAMMAUD A. (2002), « Droit du travail », *Précis Dalloz*, n° 1059.
- PICOD Y. (1989), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ.
- RAY J.-E. (2002), « De la sub/ordination/à la sub/organisation », *Dr. Soc.*, 5.
- RAY J.-E. (2000), « Les sanctions des performances individuelles », *Liaisons Sociales mensuel*, avril.
- RAY J.-E. (1995), De Germinal à internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail, *Dr. Soc.*, 634.
- RENAUX-PERSONNIC V. (2001), « De la contractualisation obligatoire à la décontractualisation possible des objectifs », *R.J.S.* 2/01, p. 101.
- SPYROPOULOS G. (1990), « Conditions de travail : élargissement du concept et problématique juridique », *Dr. Soc.*, 859.
- SUPIOT A. (1994), *Critique du droit du travail*, PUF, 1ère éd.
- SUPIOT A. (1999), (Dir.), *Au delà de l'emploi*, Flammarion.
- SUPIOT A. (2000), Les nouveaux visages de la subordination, *Dr. Soc.*, 133.
- SUPIOT A. (2002), *Critique du droit du travail*, PUF, 2ème éd.
- TANGUY L. (1998), « De l'évaluation des postes de travail à celles des qualités des travailleurs : définitions et usages de la notion de compétences », in *Travail et perspectives*, sous la direction d'A. SUPIOT, LGDJ.
- VACARIE I. (1989), « Travail et santé : un tournant », in *Les transformations du droit du travail*, Études G. LYONCEAN, Dalloz.
- VERKINDT P.-Y. et AUBERT-MONPEYSSSEN Th. (1999), « La protection de la santé du travailleur, approche juridique de la notion de prévention », in *La santé du salarié*, Revue juridique des Barreaux, Dalloz oct. déc.
- VATINET R. (1997), « Le clair-obscur des stocks-options à la française » *Rev. Soc.*, p. 31 ; « Quelques incertitudes du régime juridique des stocks-options », *Dr. Soc.*, p. 690.
- VERNAC S. (2002), *L'évaluation des qualités professionnelles, mémoire DEA*, Université Paris X, Nanterre.
- WAQUET Ph. (2002), « Questions sur le ranking », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1100.
- WAQUET Ph. (2001), « Les objectifs », *Dr. Soc.*, 120.
- WAQUET Ph. (2000), « Les libertés dans l'entreprise », *R.J.S.*, p. 335.