

Jean Christophe Schwaab

La licéité du « forced ranking » en droit suisse du travail

Le « forced ranking » (« rank and yank », « forced distribution », « vitality curve », parfois : « recommanded ranking ») est une méthode d'évaluation qui classe les travailleurs en catégories (p. ex. « bons » devant être promus, « moyens » et « mauvais » devant être licenciés) et oblige l'évaluateur à atteindre un certain quota par catégorie. Cette méthode est surtout en vogue dans les grandes entreprises anglo-saxonnes. En sus de quelques considérations sur l'évaluation des prestations du travailleur par l'employeur en droit suisse du travail, l'auteur se penche sur les effets et la licéité de cette méthode d'évaluation.

Catégories d'articles : Contributions
Domaines juridiques : Droit du travail

Proposition de citation : Jean Christophe Schwaab, La licéité du « forced ranking » en droit suisse du travail, in : Jusletter 4 juillet 2016

Table des matières

1. Qu'est-ce que le forced ranking ?
2. Problèmes posés par le forced ranking
3. Considérations juridiques
 - 3.1. Droit de l'employeur d'évaluer
 - 3.2. Droit des salariés face à l'évaluation
 - 3.3. Respect de la protection des données
 - 3.4. Discrimination de genre
 - 3.5. Risque de mobbing
 - 3.6. L'évaluateur
4. Conclusion : le forced ranking n'est pas une méthode d'évaluation licite

1. Qu'est-ce que le forced ranking ?

[Rz 1] Le « forced ranking » (ou « forced distribution ») est une forme d'évaluation du personnel qui a pour but de classer les salariés en catégories (p. ex. : « bon », « moyen », « mauvais ») et qui fixe au départ un certain quota à atteindre pour ces différentes catégories (p. ex. selon une courbe de Gauss). Une variante consiste à une intervention de la hiérarchie *après* que les évaluations aient été faites, dans le but de corriger ses résultats, p. ex. s'il y a trop de « bons » ou pas assez de « mauvais ». Selon que l'on soit classé dans l'une des différentes catégories, cela peut avoir une influence sur le salaire (p. ex. annuité ou bonus), sur la carrière interne ou carrément sur la poursuite de la relation de travail si une mauvaise évaluation entraîne un licenciement ou si les résultats permettent la constitution d'une « réserve » d'employés pouvant être licenciés en cas de restructuration. Cela peut aussi avoir une influence sur le certificat de travail, et donc sur la suite de la carrière professionnelle auprès d'autres employeurs.

[Rz 2] Cette méthode d'évaluation a été inventée dans les années 1980 par le directeur de General Electric (GE) JACK WELCH : il s'agissait de classer chaque collaborateur en trois quotas de 20% « excellents » (à promouvoir), 70 % de « moyens » et 10% d'« insuffisants » (à licencier), dans le but d'augmenter la productivité et la motivation, car, grâce à cette méthode, « seuls les meilleurs restent à bord ». M. WELCH nommait malicieusement la courbe de Gauss ainsi obtenue « courbe de vitalité ». Cette méthode se résume parfois en « rank and yank » (classer et virer)¹. On la trouve (ou la trouvait, à tout le moins sous forme de rumeurs) surtout dans des multinationales anglo-saxonnes (HP, Yahoo, IBM, General Electric, PepsiCo, Sun Microsystems, Caterpillar, Cisco Systems, EDS, Dow Chemical, Amazon, American Airlines), dans les grandes banques (UBS²), mais aussi dans certains services et administrations publics (administration fédérale, CFF). Selon certaines estimations, un quart des grandes entreprises étatsuniennes du classement « Fortune 500 » pratiqueraient cette méthode³. Un sondage mené au Royaume-Uni auprès de 562 dirigeants d'entreprise révèle que, si 77% des sondés pensent que le forced ranking peut mener à des gains de productivité, seuls 4% le pratiquent par crainte d'instaurer une « culture de la peur »⁴.

¹ MARC MOUSLI, Le « forced ranking », un système pervers, Alternatives Economiques no 299, février 2011.

² LUKAS HÄSSIG, Inside Paradeplatz du 15 février 2016 sur <http://insideparadeplatz.ch/2016/02/15/ubs-fuehrt-forced-ranking-durch-hintertuer-ein/> (consulté en juin 2016)

³ JOHANNES BERGER/CHRISTINE HARBRING/DIRK SLIWKA, Performance Appraisals and the Impact of Forced Distribution : An Experimental Investigation, IZA DP No. 5020, Juin 2010, p. 3.

⁴ UNITE THE UNION, Forced Ranking in Performance Management, papier de position sur www.unitetheunion.org, 2011 (consulté en juin 2016).

[Rz 3] Souvent, les entreprises soupçonnées d'appliquer ces méthodes nient ou annoncent qu'elles vont les supprimer. Parfois, elles prétendent qu'il ne s'agit que d'une « recommandation aux évaluateurs »⁵ et parlent alors de « recommended ranking » (Unilever⁶, HSBC), même si lesdits évaluateurs n'ont pas d'autre choix que de suivre la recommandation, de peur de se voir mal noter à leur tour. Dans ce cas, le résultat attendu de l'évaluation est bel est bien contraignant, malgré la présence du terme « recommandation ».

[Rz 4] Certaines recherches ont montré que cette méthode d'évaluation couplée à la menace systématique de licencier le 10% des employés les moins bien classés, pouvait avoir des effets positifs sur la productivité, mais que ces effets étaient à court terme, et, surtout, marginaux⁷. D'autres études⁸ ont par la suite montré que les effets négatifs l'emportaient, notamment au niveau des coûts de recrutement, de perte de savoir-faire, de motivation et de volonté des employés de contribuer à l'amélioration des profits, mais aussi des problèmes causés par l'obligation de mal noter un collaborateur dont la qualité du travail est pourtant bonne, tels que les conflits, la démotivation, la perte de loyauté et les problèmes de santé, ainsi que les procédures juridiques qui en découlent. Certaines entreprises comme Ford, Goodyear ou Capital One ont abandonné le forced ranking en raison des discriminations dues à l'âge qu'il impliquait⁹. D'autres (Microsoft), ont dû affronter des actions en justice pour cause de discrimination raciale ou de genre¹⁰.

[Rz 5] En France, le forced ranking a tout d'abord été considéré comme légal, seule une application discriminatoire ou visant à contourner la procédure en cas de licenciement économique ne l'étant pas. En 2011, la Cour d'appel, dans un arrêt du 8 septembre, a commencé par ne considérer licite que les quotas « indicatifs » et s'appuyant sur des « critères objectifs de compétences ». Plus récemment, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a, dans un arrêt du 27 mars 2013, posé le principe que « la mise en uvre d'un mode d'évaluation reposant sur la création de groupes affectés de quotas préétablis que les évaluateurs sont tenus de respecter est illicite ». Un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 21 septembre 2011 avait déjà relevé qu'un tel système serait illicite quand bien même la mise en uvre des évaluations individuelles serait totalement régulière.

⁵ MICHAEL BECKMANN (Université de Bâle), cité par OBERHUBER NADINE/BREITINGER MATTHIAS, Abschied vom Low-performer, Zeit Online du 18 août 2015 (<http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2015-08/amazon-jeff-bezos-arbeitnehmer-ausbeutung-forced-ranking-mitarbeiterbeurteilung> consulté le 19 mai 2016).

⁶ JULIA GRAVEN, Mitarbeiterbewertung in Deutschland « Die Schlechten ins Kröpfchen », Spiegel Karriere, 14 novembre 2013.

⁷ VICTOR ASSAD, Forced Ranking : The good, the bad, the ugly, and what to do about it, Forbes du 18 mai 2015. JOHANNES BERGER/CHRISTINE HARBRING/DIRK SLIWKA, p. 30s., constatent p. ex. une augmentation à court terme de la productivité de 8%, suivie de fortes chutes en raison de la diminution de la motivation des travailleurs qui n'obtiennent pas les notes, et donc les bonus, escomptés. STEVE SCULLEN (Université Drake à Des Moines ; cité par Business Week, Nr. 3966 (2006), p. 26) constate une hausse de la productivité de 16% les deux premières années, hausse qui passe à env. 6% les deux années suivantes avant de retomber à zéro une dizaine d'années après l'introduction du forced ranking.

⁸ CHARLOTTE A. DONALDSON, Performance Management : Forced Ranking et DEVELOPPMENT DIMENSIONS INTERNATIONAL, cités par ASSAD (note 7) ; STEPHEN M. GARCIA/ACISHALOM TOR, Rankings, standards, and competition : Task vs. scale comparisons, Organizational Behavior and Human Decision Processes 102 (2007), p. 107s. ; EDWARD E. LAWLER III, Getting rid of the bottom 10%,... sounds good but... , Center for Effective Organizations, Los Angeles, janvier 2002 ; CHINTAN VAISHNAV (et al.), Punishing by Reward : When your Performance Bell-curve Stops Working for You, International Conference of System Dynamics, Nijmegen, The Netherlands, 2006, disponible en ligne sur : <http://web.mit.edu/chintanv/www/Publications/Chintan%20Vaishnav%20Punishing%20by%20Rewards%20for%20Publication%20Final.pdf> (consulté le 28 avril 2016).

⁹ TOM OSBORNE/LAURIE McCANN, Forced Ranking and Age-Related Employment Discrimination », American Bar Association, Human Rights Magazine, 2004, Vol. 31 No. 2.

¹⁰ ELIZABETH G. OLSON, Microsoft, GE, and the futility of ranking employees, Fortune du 18 novembre 2013, OSBORNE/McCANN et les références citées.

[Rz 6] De nombreux syndicats se sont élevés contre ces méthodes, en Suisse et à l'étranger. Dans notre pays, il y a eu notamment des interventions de l'Association suisse des employés de banque (ASEB), du syndicat du personnel des transports SEV ou de syndicats de la fonction publique comme l'Association du Personnel de la Confédération (APC). En revanche, leur licéité n'a à notre connaissance jamais été portée devant les tribunaux.

2. Problèmes posés par le forced ranking

[Rz 7] La majorité des études qui se sont penchées sur les conséquences des évaluations forcées s'accordent sur le fait qu'elles encouragent la concurrence à outrance, le découragement, le sentiment d'infériorité voire d'inutilité, le favoritisme, la pression, voire le mobbing¹¹, tant entre collègues de travail de même niveau hiérarchique que dans les relations verticales, à plus forte raison si l'évaluateur est lui-même évalué et que sa note dépend des quotas de l'évaluation forcée de ses subordonnés. Cette méthode peut aussi mener les cadres à perdre un temps considérable à négocier des faveurs avec leurs pairs dans le but d'améliorer leur propre évaluation ou de se répartir les mauvaises notes devant être attribuées pour que les quotas soient respectés. Elle peut aussi pousser les collaborateurs à fuir le contact et la collaboration des « bien notés », de peur d'être mal notés par comparaison¹². Chez Amazon, elle incite aussi les responsables d'équipe à incriminer, comme dans le cadre d'un procès, les membres performants des autres équipes, dans le but d'éviter que de bons éléments de sa propre équipe ne soient licenciés, ce qui tirerait son évaluation vers le bas¹³.

[Rz 8] Les évaluations forcées ont pour effet d'être discriminantes dans leurs conséquences. En effet, selon une enquête menée par le Prof. FRANZ SCHULTHEISS (Université de Saint-Gall) dans une grande banque suisse, les facteurs suivants ont tendance à influencer négativement le classement des salariés concernés lors du forced ranking : le sexe (le fait d'être une femme), l'âge (>55 ans), le fait d'avoir des enfants (notamment en âge scolaire), les handicaps, le niveau de formation, le fait de travailler à temps partiel (ce qui touche à nouveau plus particulièrement les femmes). Ces résultats corroborent ceux d'autres études¹⁴. En outre, certains autres facteurs influencent négativement le classement, comme le lieu de domicile ou, dans une entreprise issue d'une fusion, le fait d'être issu du plus petit des partenaires de la fusion. Donc, outre le fait qu'ils ne sont pas uniquement évalués sur leurs propres prestations de travail, les salariés peuvent voir leur évaluation se dégrader encore plus pour d'autres raisons. Comme il est presque impossible d'évaluer de manière objective, les salariés seront en outre rarement d'accord avec une évaluation négative, d'autant plus si celle-ci repose sur un résultat prédéterminé.

[Rz 9] Les évaluations forcées sapent par ailleurs le climat de travail des équipes. En effet, encourager la concurrence entre collègues collaborant étroitement à un ou plusieurs projets communs et en classer certains, d'autorité, comme étant insuffisants nuit à la bonne collaboration et à la mo-

¹¹ THOMAS RIGOTTI (Université de Mainz) et MICHAEL BECKMANN (Université de Bâle), cités par OBERHUBER/BREITINGER (note 5).

¹² ANDREW HILL, Forced ranking is a relic of an HR tool, Financial Times du 16 juillet 2012.

¹³ JODI KANTOR/DAVID STREITFELD, Inside Amazon : Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace, New York Times du 15 août 2015.

¹⁴ STEFAN BORNEMANN, cité par OBERHUBER/BREITINGER (note 5).

tivation¹⁵. Cela peut aussi pousser certains collaborateurs, même bien notés, à saboter sciemment le travail de leurs collègues¹⁶. Cette tendance peut s'aggraver encore si c'est l'équipe qui évalue elle-même ses membres. SCOTT SEDAM résume ainsi les effets du forced ranking : « Si vous évaluez les dix membres d'une équipe selon le schéma « deux bons, sept moyens et un mauvais », vous obtiendrez : Une superstar qui ne va pas tarder à quitter le groupe parce qu'elle aura été promue, une star suspecte qui finira par devenir improductive à force de tout faire dans l'unique but de conserver son statut, trois frustrés qui pensent qu'on aurait dû les choisir parmi les « bons » et qui se demandent ce qu'ils ont fait faux, trois paranoïaques morts de peur à l'idée d'être les prochains qui seront classés « mauvais » et le dernier qui travaille sans pression et sans motivation parce qu'il sait qu'il sera le prochain à être viré. En d'autres termes, vous avez juste détruit une équipe »¹⁷.

[Rz 10] Enfin, les évaluations (même si elles ne se font pas sous la forme d'un forced ranking) posent problème en raison de la numérisation de l'économie. En effet, dans une économie numérique, la rémunération (des entreprises comme des travailleurs) est plus basée sur la performance relative des divers acteurs (celui qui propose la meilleure offre emporte la totalité du marché) que sur leur performance absolue (rémunération en fonction des biens produits)¹⁸. Cela est encore accentué lorsque l'organisation du travail toute entière est définie par des algorithmes tenant notamment compte des évaluations¹⁹. Celui qui reçoit une évaluation moins bonne que ses collègues (quelle qu'en soit la raison), subit donc des désavantages beaucoup plus importants.

[Rz 11] Enfin, ces systèmes d'évaluation ne sont jugés ni justes, ni équitables par de nombreux travailleurs qui connaissent leurs défauts. Leur emploi n'est donc pas propice à assurer la bonne réputation de l'employeur.

3. Considérations juridiques

3.1. Droit de l'employeur d'évaluer

[Rz 12] L'employeur a le droit d'évaluer son personnel et la façon dont il accomplit ses tâches contractuelles. Cela fait partie de son droit de donner des directives (et de vérifier qu'elles ont bien été exécutées). Cela fait également partie de son devoir de protéger la personnalité de son personnel (art. 328ss du Code des obligations ; CO), en veillant à ce qu'on lui confie des tâches pour lesquelles il est qualifié, le cas échéant qu'on lui propose les formations continues qui lui permettent de rester à la page ou de développer les nouvelles compétences qu'exigent d'éventuelles nouvelles tâches. L'évaluation est donc en principe justifiée par un intérêt prépondérant de l'employeur, voire du travailleur.

¹⁵ OSBORNE/McCANN (note 9) et les références citées.

¹⁶ ROBERT SUTTON (Université de Stanford), cité par MOUSLI (cf. note 1).

¹⁷ Rank and Yank : the curious legacy of Jack Welch, Professional Builder, 1er juin 2005.

¹⁸ CHRISTOPHE DEGRYSE, Les impacts sociaux de la digitalisation de l'économie, Working Paper 2016.02 de l'ETUI, Bruxelles 2016, p. 45s.

¹⁹ Voir l'exemple d'AMAZON cité par DEGRYSE (note précédente), p. 43.

[Rz 13] Toutefois, et c'est important, la prestation de travail ne contient pas d'obligation de résultat, mais seulement de moyen²⁰. L'évaluation ne pourra donc pas porter exclusivement sur le résultat de la prestation de travail, qui ne peut être qu'un indicateur parmi d'autres pour évaluer le travail, mais devra aussi porter sur la façon dont la prestation est effectuée, quel qu'en soit le résultat. Il faut aussi ajouter que, dans bien des cas, il est très difficile, voire totalement impossible, de quantifier le résultat d'une prestation de travail. Ce sera notamment le cas lorsque cette prestation correspond non pas à la production d'un certain nombre de biens ou au règlement d'un certain nombre de dossiers, mais à une attitude à adopter face à des usagers, des clients ou des collègues²¹.

[Rz 14] En évaluant, l'employeur doit cependant toujours protéger la personnalité de son personnel (art. 328 CO). Il ne peut donc pas avoir recours à des méthodes qui la violent ou qui en encouragent la violation. Une évaluation qui porte sur le « savoir-être » des salariés et qui conclut à ce qu'un travailleur doit « modifier sa personnalité » ou, dans le cas du *forced ranking*, le pousse à s'adapter pour recevoir une bonne note, n'est certainement pas compatible avec l'obligation de protéger la personnalité²². L'employeur ne peut pas non plus évaluer son personnel en fonction de critères étrangers à l'accomplissement du contrat de travail. Il ne peut enfin pas restreindre les critères d'évaluation de telle sorte que les critères retenus donnent une image incomplète, voire erronée, de la prestation de travail. Ce sera par exemple le cas lorsque l'évaluation ne porte par exemple que sur le nombre de dossiers traités, indépendamment de la qualité du travail fournie. Pareille évaluation purement quantitative est encore moins admissible si elle a pour effet de diminuer la qualité des prestations, par exemple si les travailleurs sont incités à bâcler leur travail pour « faire du chiffre ». A contrario, une évaluation purement qualitative fondée sur des critères subjectifs, confus, voire manipulables en fonction des intentions ou de l'humeur de l'évaluateur, peut aussi porter atteinte à la personnalité des travailleurs. Ce sera par exemple le cas d'une évaluation fondée sur une notion aussi floue que le « savoir-être »²³.

[Rz 15] Enfin, en cas de difficultés conjoncturelles, les objectifs doivent être adaptés au climat des affaires ; exiger que l'on atteigne des objectifs devenus impossibles à atteindre en raison d'une dégradation de la conjoncture ou de la situation économique de l'entreprise n'est pas conforme à l'obligation de protéger la personnalité.

3.2. Droit des salariés face à l'évaluation

[Rz 16] Si les salariés ont le droit de ne pas se voir attribuer des tâches qu'ils ne sont pas en mesure d'accomplir et donc à ce que leur employeur évalue régulièrement si leur compétences sont à jour ou si des mesures de soutien telles que formation continue sont nécessaires, le droit à

²⁰ Cf. p. ex. JEAN-PHILIPPE DUNAND in Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N 10 à l'art. 319 CO, RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd., Berne 2014, p. 20, ZK-STAEHELIN, N8 à l'art. 319 CO.

²¹ JEAN-BERNARD WAEBER, Les méthodes d'évaluation modernes et le respect des droits de la personnalité, Plaidoyer 3/10, p. 22ss., p. 22.

²² WAEBER (note 21), p. 24.

²³ JEAN-PIERRE LE GOFF, cité par WAEBER (note 21), p. 23.

la protection de la personnalité ne leur confère pas de droit à une évaluation régulière²⁴. Le droit à un certificat de travail intermédiaire (art. 330a CO) ne donne pas non plus droit à une telle évaluation²⁵.

[Rz 17] La doctrine est peu disserte sur les conditions qui rendent l'évaluation licite. Selon FISCHER, à l'avis duquel nous nous rallions, les travailleurs ont droit à une évaluation complète, conforme à la vérité, concrète et individuelle. En outre, l'employeur doit faire preuve de bienveillance lorsqu'il évalue²⁶.

[Rz 18] Les travailleurs doivent en outre être informés à l'avance des critères d'évaluation, lesquels doivent être objectifs et transparents, afin qu'ils sachent ce qu'ils doivent faire pour s'y conformer. L'évaluation est en effet une conséquence du droit de donner des directives. L'employeur ne peut donner des directives que si ses salariés peuvent les accomplir. L'évaluation ne peut donc pas porter sur des critères essentiellement subjectifs ou vagues comme « l'esprit d'entreprise », à moins que ces critères n'aient auparavant été explicités de manière à ce que chacun sache ce qu'il doit faire pour s'y conformer.

[Rz 19] Les travailleurs ont également le droit d'être évalués par quelqu'un qui est compétent en matière d'évaluation, qui a donc été formé pour cela, qui maîtrise le domaine de compétences de l'évalué (cf. infra 3.6) et qui est en mesure d'évaluer sans contraintes. L'évaluation « par les pairs » est donc à éviter si les pairs n'ont pas été formés pour évaluer, à plus forte raison si leur façon d'évaluer leurs collègues a un impact sur leur propre évaluation, ou sur leurs propres conditions de travail et de carrière.

[Rz 20] Les salariés ont aussi le droit de ne pas être évalués de manière arbitraire. Si l'évaluation à une quelconque conséquence sur les conditions de travail (p. ex. augmentation salariale) ou de carrière (p. ex. promotion), elle doit se faire selon des critères précis, transparents et connus. Et l'évaluation doit être conforme à la réalité : qui est jugé « bon » en fonction des critères doit être classé comme tel et pas rétrogradé pour la seule raison qu'il y a trop de « bons ». Selon la prof. ANTOINETTE WEIBEL (Université de St. Gall), une évaluation fondée sur une courbe de Gauss est fondée sur une « erreur statistique », car elle compare des critères qui n'ont aucun lien entre eux et sont choisis de manière arbitraire²⁷. A n'en pas douter, le forced ranking ne remplit pas ce critère de conformité à la réalité (cf. aussi infra 3.3).

[Rz 21] Les salariés ont enfin le droit d'être évalués pour eux-mêmes, pour autant que cela soit possible. Lorsqu'ils sont évalués, c'est leurs prestations et leurs compétences qui doivent jouer un rôle, pas une contrainte extérieure. Si c'est une équipe toute entière qui est évaluée, seuls le comportement et les prestations de l'équipe en tant que telle doivent jouer un rôle. Et chaque membre a le droit d'être aussi évalué pour lui-même, de manière séparée, pour autant que l'on puisse réellement individualiser ses prestations. Cela dit, l'évaluation individuelle au sein d'une

²⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPFH, *Arbeitsvertrag*, 7. Aufl., Zurich/Bâle/Genève, 2012, N 2a à l'art. 330a CO. Opinion contraire : PASCAL FISCHER, *Die Mitarbeiterbeurteilung aus juristischer Perspektive*, in : Jusletter 12 février 2007, Rz 9.

²⁵ Fischer (note 24), Rz 9.

²⁶ Fischer (note 24), Rz 10.

²⁷ HR Today du 09 décembre 2014. Les problèmes de validité statistique du modèle ont également été discutés par RACHANA CHATTOPADHAYAY/ANIL KUMAR GHOSH, *Performance appraisal base on a forced distribution system : its drawbacks and remedies*, *International Journal of Productivity and Performance Management*, Vol. 61 Iss : 8 (2012), p. 881ss. et ANDY MEISTER, *Dead's Man Curve*, *Workforce*, Juillet 2003, p. 44ss.

équipe est souvent très mal vue par les travailleurs, et peut avoir pour effet de générer de la concurrence entre les membres d'une même équipe, voire des règlements de compte²⁸.

3.3. Respect de la protection des données

[Rz 22] Les évaluations sont des données personnelles et tombent donc sous le coup de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD). L'employeur est autorisé à récolter ces données, pour autant qu'elles portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail (art. 328b CO). Les réflexions ci-dessus s'appliquent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'évaluation remplit bel et bien ces critères de licéité.

[Rz 23] Une évaluation forcée ne remplit à notre sens pas ces critères, pour les raisons suivantes. Elle ne porte en premier lieu pas sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi, mais se base plutôt sur le quota imposé étant donné que le résultat (lequel porte éventuellement sur ces aptitudes) peut être modifié en fonction du quota. Elle ne respecte par ailleurs pas le principe de la proportionnalité et de la bonne foi (art. 4 al. 2 LPD), étant donné que le classement dans telle ou telle catégorie peut dépendre au final non pas de ce qui a été évalué, mais du quota imposé. La simple possibilité que le résultat soit corrigé pour respecter le quota est à notre avis contraire aux règles de la bonne foi. La possibilité que le résultat soit corrigé contrevient enfin au principe de la qualité des données (art. 5 al. 1 LPD). En effet, si un classement dans une catégorie ou une autre est modifié a posteriori, non pas à cause des aptitudes du travailleur, mais à cause du quota, l'exactitude des données n'est pas respectée, car le classement ne correspond au final pas à la réalité. Les salariés concernés par une évaluation forcée peuvent, à ce titre, exiger la correction des données inexactes, en particulier la correction de l'évaluation afin d'être classés dans la bonne catégorie (art. 5 et 15 al. 1 LPD). C'est à l'employeur qu'incombe le fardeau de la preuve de l'exactitude des données²⁹.

3.4. Discrimination de genre

[Rz 24] Plusieurs enquêtes concernant le forced ranking ont montré que les femmes ont plus de chances d'y être moins bien classées que les hommes. C'est aussi le cas des personnes travaillant à temps partiel, majoritairement des femmes (cf. supra 2.). Si le résultat des évaluations forcées aboutit à des différences systématiques entre femmes et hommes, il s'agit d'une discrimination indirecte prohibée par l'art. 3 de la Loi sur l'égalité (LEg); le système d'évaluation est en soi neutre du point de vue du genre, mais son résultat reflète une discrimination. L'employeur ne pourra guère justifier ces pratiques par des différences objectives des prestations de travail évaluées. En effet, pour respecter les quotas, l'employeur aura souvent dû classer des salariés dans une autre catégorie que celle où il les aurait classés en l'absence de quotas imposés. Les raisons de cette évaluation différente ne sont pas à chercher dans une différence des prestations fournies, mais bien dans l'obligation de remplir, a posteriori, le quota imposé.

²⁸ WAEBER (note 21), p. 24.

²⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (note 24), N 16 à l'art. 328b.

3.5. Risque de mobbing

[Rz 25] D'autres enquêtes sur les évaluations forcées montrent que ces pratiques ont tendance à encourager le mobbing (cf. supra 2.). Or, de par son obligation de protéger la personnalité de ses salariés (art. 328), l'employeur est tenu de tout mettre en uvre pour éviter le mobbing, en particulier la mise à l'écart de salariés par leur hiérarchie ou leurs collègues. Il doit donc renoncer à tout système d'évaluation propre à favoriser ces dérives.

[Rz 26] Dans un arrêt récent consacré au mobbing, le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé que l'art. 6 de la Loi sur le travail (LTr) prévoit que, dans le but de prévenir les atteintes à la santé des travailleurs, l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise³⁰. A contrario, l'employeur doit renoncer aux méthodes dont l'expérience a démontré qu'elles étaient propices à générer des atteintes à la santé. Comme il est avéré que l'emploi du forced ranking induit un risque important de mobbing, l'employeur doit donc y renoncer. Par ailleurs, l'emploi d'une telle méthode doit être considéré comme un risque psycho-social. Enfin, face à un cas concret de mobbing, l'usage de forced ranking devra être considéré comme circonstance aggravante lorsqu'il s'agira de déterminer la responsabilité de l'employeur.

3.6. L'évaluateur

[Rz 27] La personne de l'évaluateur joue un rôle déterminant dans la licéité d'une évaluation. Afin que l'évaluation puisse être considérée comme équitable, il faut que l'évaluateur soit lui-même en mesure d'apprécier les qualités des évalués de manière objective et hors de toute contrainte extérieure. En premier lieu, l'évaluateur doit connaître personnellement l'évalué pour être en mesure d'évaluer son travail. Cette condition peut paraître trop évidente pour qu'on la mentionne, mais il arrive fréquemment que, dans des entreprises multinationales ou actives sur plusieurs sites géographiquement très éloignés, les membres des équipes qui collaborent au même projet ne se rencontrent jamais. Ensuite, celui qui évalue doit être doté de compétences suffisantes pour juger de la qualité de la prestation de travail. Il n'est par exemple pas admissible qu'un économiste ou un juriste dirigeant un service de recherche pédagogique évalue la qualité scientifique du travail des chercheurs placé sous ses ordres³¹. L'évaluateur ne saurait en outre se trouver en situation de concurrence avec l'évalué, car cela risquerait d'altérer son jugement et de le pousser à donner des évaluations plus négatives que nécessaire. Si l'évaluation par les pairs est en principe admissible, il ne faut pas qu'une mauvaise évaluation par ses collègues ait des conséquences sur sa propre carrière. Le même raisonnement vaut lorsque l'évaluation de l'évaluateur lui-même dépend des notes qu'il va distribuer : si sa propre note dépend du respect de quotas, on ne saurait considérer comme équitables les évaluations qu'il fait de ses subordonnés.

³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_462/2011 du 9 mai 2012, c. 4.1

³¹ WAEBER (note 21), p. 23.

4. Conclusion : le forced ranking n'est pas une méthode d'évaluation licite

[Rz 28] Le forced ranking ne respecte à notre avis aucune des conditions qui légitiment l'évaluation du travailleur par l'employeur. C'est en effet une méthode qui ne permet pas une évaluation de la prestation de travail bienveillante, objective et conforme à la vérité. Elle aggrave le risque de violation de l'obligation de protéger la personnalité des travailleurs, voire, pis, constitue en elle-même une telle violation. Les études qui se sont penchées sur ses conséquences parviennent en outre à la conclusion que, outre ses effets économiques peu convaincants, voire totalement négatifs à terme, cette méthode est propice aux discriminations et au mobbing et doit donc être bannie en raison de l'obligation de l'employeur de protéger les travailleurs. Enfin, un licenciement qui suit une évaluation ne respectant pas les critères évoqués précédemment sera un fort indice de licenciement abusif.

JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Dr en droit.

L'auteur remercie Denise Chervet, Luca Cirigliano et Jennifer Lygren pour leur relecture critique, ainsi que les services du Parlement pour leur précieux soutien en matière de documentation.