

Formation syndicale

Intervention de Maitre David METIN – Avocat

Juin 2011

L'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

L'incapacité technique du salarié à exécuter sa prestation de travail, telle peut être définie l'insuffisance professionnelle¹. Si ce motif de licenciement paraît parfois vaste, il n'en est pas moins encadré dans ses conditions de recours par l'employeur (I). Le salarié est en outre titulaire de droits dont le respect peut atténuer les conséquences du licenciement ou même lui faire échec (II).

I – L'insuffisance professionnelle : un motif de licenciement encadré

Pour justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle, l'employeur doit non seulement s'appuyer sur des éléments objectifs, sérieux et imputables au salarié (A), mais également faire preuve de cohérence (B).

A – La justification d'éléments objectifs, précis et imputables au salarié

La mention de l'insuffisance professionnelle dans la lettre de licenciement constitue en elle-même un motif de licenciement matériellement vérifiable pouvant être précisé et discuté devant les juges du fond². Il n'est dès lors pas imposé à l'employeur de développer dans la lettre de licenciement les éléments sur lesquels il se fonde pour conclure à l'insuffisance professionnelle de son salarié. En cas de contestation de la cause réelle et sérieuse invoquée, ces éléments devront en revanche être présentés au juge qui les appréciera souverainement.

Le juge dans son contrôle s'attachera à vérifier les caractères précis et objectifs, c'est-à-dire matériellement vérifiables des éléments invoqués par l'employeur.

Sont par exemple considérés comme tel la réalisation par le salarié d'erreurs comptables entraînant en permanence des opérations de redressement et son inaptitude à s'adapter aux conditions de travail liées à l'organisation du cabinet de comptabilité³. Il en est notamment de même pour un volume de travail très insuffisant et le rendu de travaux bien souvent inutilisables⁴.

¹J. Crépin, « Dossier disciplinaire et licenciement économique », SSL 2011, Supp. 1477.

² Soc. 20 nov. 1996, n° 93-45555, Bull. Civ. V, n° 396 ; Soc. 29 oct. 1997, n° 95-44152 ; Soc. 23 mai 2000, n° 98-42064, Bull. Civ. V, n° 194 ; Soc. 3 déc. 2003, n° 01-45039.

³ Soc. 6 déc. 2000, n° 98-45929.

⁴ Soc. 4 janv. 2000, n° 97-45292.

En outre, l'insuffisance professionnelle invoquée par l'employeur doit être suffisamment sérieuse pour rendre inenvisageable la poursuite des relations contractuelles. En vertu de cette obligation, caractérise l'absence de cause réelle et sérieuse la lettre de licenciement indiquant au salarié qu'il est licencié pour insuffisance professionnelle mais que toutefois si à l'expiration du délai de préavis il avait fait les progrès nécessaires, l'employeur reviendrait sur sa décision de licenciement⁵.

Par ailleurs, les éléments invoqués par l'employeur doivent être imputables au salarié. La caractérisation par ce dernier d'un manque de moyens fournis par son employeur⁶, du caractère irréalisable des objectifs lui étant attribués⁷, d'un lien de cause à effet entre ses mauvais résultats et la politique commerciale mise en place par l'employeur ou une conjoncture étrangère à son activité professionnelle⁸ sont autant de facteurs retirant au licenciement pour insuffisance professionnelle sa cause réelle et sérieuse.

Si l'insuffisance de résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement⁹, elle peut révéler une insuffisance professionnelle pouvant justifier un licenciement lorsqu'elle est imputable au salarié. Dans cette optique, l'insuffisance professionnelle d'un salarié peut être établie en comparant ses résultats à ceux des autres salariés¹⁰. Inversement, la comparaison d'un salarié avec ses collègues peut également lui permettre de démontrer une absence d'insuffisance professionnelle¹¹. En tout état de cause, il semble que si la technique de la comparaison intègre le faisceau d'indices utilisé par le juge¹², elle peut ne pas suffire à établir la réalité ou l'absence de l'insuffisance professionnelle¹³.

B – L'obligation de cohérence de l'employeur

Lorsque l'employeur notifie un licenciement pour insuffisance professionnelle, le juge doit vérifier qu'il a agi avec une certaine cohérence eu égard au comportement qu'il avait adopté par le passé vis-à-vis du salarié concerné. Ainsi, l'employeur ne peut pas valablement licencier pour insuffisance professionnelle un salarié doté d'une ancienneté importante dans l'entreprise, alors qu'il connaissait ses faiblesses depuis longtemps et que la situation n'a sur ce point subi aucune évolution. Le fait que l'employeur n'ait pas souhaité se séparer de ce salarié plus tôt démontre soit l'absence de caractère sérieux de l'insuffisance invoquée, soit l'acceptation implicite de cette dernière par l'employeur.

⁵ Soc. 23 mai 2000, n° 98-40634, Bull. civ. V, n° 195.

⁶ Soc. 4 oct. 1990, n° 88-43946.

⁷ Soc. 3 fév. 1999, n° 97-40606, Bull. civ. V, n° 56. Il appartient au juge d'apprécier le caractère réaliste des objectifs fixés : Soc. 14 nov. 2000, n° 98-42371 ; Soc. 13 mars 2001, n° 99-41812.

⁸ Soc. 2 oct. 1991, n° 88-44005.

⁹ Soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.121.

¹⁰ Soc. 31 oct. 2007, n° 06-44165.

¹¹ Soc. 29 janv. 2008, n° 06-44224.

¹² Soc. 30 mai 2000, n° 97-45920.

¹³ Soc. 5 févr. 2003, n° 00-46169 : en l'espèce la Cour de cassation avait décidé « Qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que la salariée avait obtenu après neuf mois de présence dans l'entreprise de bons résultats et que la seule comparaison de ses résultats avec ceux de son collègue ne pouvait suffire à caractériser son insuffisance professionnelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Sur cette problématique, la fin d'une période d'essai constitue un moment délicat pour l'employeur. En vertu de l'article L. 1221-20 du Code du travail, « la période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail [...] ». Elle est instaurée dans le but que l'employeur puisse rompre facilement le contrat dans le cas où il décèlerait une insuffisance professionnelle. Si en principe, le fait que l'embauche du salarié soit devenue définitive au terme de la période d'essai ne saurait priver l'employeur du droit d'invoquer par la suite son insuffisance professionnelle¹⁴, certaines circonstances démontrent une incohérence de sa part. Ainsi, il ne peut pas valablement invoquer une incapacité du salarié qui était parfaitement connue au moment de la confirmation de l'embauche au terme de la période d'essai¹⁵. Le caractère sérieux de l'insuffisance professionnelle est en effet remis en cause par un tel comportement.

Les résultats de l'évaluation professionnelle menée par l'employeur tout au long de l'exécution du contrat de travail peuvent également conditionner l'appréciation par les juges de l'existence d'une insuffisance professionnelle.

D'une part, il serait évidemment très compliqué pour un employeur d'invoquer l'insuffisance professionnelle d'un salarié dont toutes les évaluations loueraient les qualités.

D'autre part, les employeurs s'appuient très souvent sur des entretiens d'évaluation critiques pour justifier l'incompétence d'un salarié. Il convient dès lors de rappeler que, par principe, les éléments permettant à l'employeur d'invoquer une insuffisance professionnelle doivent être objectifs. Par conséquent, l'employeur ne remplira cette obligation qu'à la condition que les critères d'évaluation fixés par lui soient eux-mêmes objectifs. A ce propos, nous exprimions en octobre 2010 un scepticisme que nous renouvelons : « les résultats médiocres issus de cette évaluation fondent bien souvent des licenciements pour insuffisance professionnelle. Lorsque le salarié est sanctionné au terme d'un processus d'évaluation se fondant sur des critères subjectifs, la finalité du système s'oriente insidieusement vers une nature disciplinaire »¹⁶.

II – Les Droits du salarié face au licenciement pour insuffisance professionnelle

Face au licenciement pour insuffisance professionnelle, le salarié est doté de droits. D'une part, l'employeur doit respecter son droit de ne pas voir déclarer fautive une défaillance involontaire de sa part (A). D'autre part, si, en principe, le salarié ne peut se prévaloir d'un droit au reclassement, il peut en revanche invoquer la violation de son droit à « l'employabilité » (B).

¹⁴ Soc. 15 nov. 1978, n° 76-40902.

¹⁵ Soc. 18 avr. 1985, n° 82-43829.

¹⁶ **A. Le Quinquis et D. Métin**, « L'évaluation des systèmes d'évaluation, à propos du jugement du TGI de Versailles du 28 octobre 2010 », SSL 2011, Suppl. 1477.

A – L'absence de caractère fautif de l'insuffisance professionnelle

Il est un principe intangible selon lequel l'insuffisance professionnelle ne présente pas en elle-même un caractère fautif¹⁷. Elle ne peut dès lors fonder un licenciement disciplinaire. Seule la violation volontaire d'une obligation professionnelle¹⁸ ou un total désintérêt du salarié pour son travail à l'origine d'erreurs grossières caractérisent un comportement fautif¹⁹.

Toutefois, un licenciement pour faute grave fondé en réalité sur une insuffisance professionnelle n'est pas nécessairement sans cause réelle et sérieuse. L'appréciation du juge étant souveraine, si l'insuffisance du salarié est démontrée, ce dernier a vocation à requalifier le motif du licenciement²⁰, et le défaire de son seul caractère fautif.

Le pouvoir d'appréciation du juge conserve toute sa souveraineté lorsque le salarié a fait l'objet d'une mise à pied à titre conservatoire avant la notification de son licenciement pour insuffisance professionnelle. En effet, le prononcé d'une telle mesure n'implique pas nécessairement que le licenciement prononcé ultérieurement présente un caractère disciplinaire²¹. Au terme de l'entretien préalable, l'employeur peut se raviser et, par exemple, notifier au salarié un licenciement pour insuffisance professionnelle. Dans ce cas, la mise à pied est rémunérée. En définitive, c'est le motif de rupture mentionné dans la lettre de licenciement qui détermine le caractère disciplinaire ou non du licenciement, peu important le recours, éventuellement fautif, de l'employeur à une mise à pied conservatoire²².

¹⁷ Soc. 7 janv. 1998, n° 95-42586 ; Soc. 9 mai 2000, n°97-45163, Bull. civ. V, n° 170 ; Soc. 25 avr. 2001, n° 98-44835 ; Soc. 25 nov. 2001, n° 98-44.835 ; Soc. 19 juin 2002, n° 00-43602 ; Soc. 25 janv. 2006, n° 04-40310.

¹⁸ Soc. 31 mars 1998, n° 95-45639, Bull. civ. V, n° 186.

¹⁹ Soc. 28 nov. 2006, n° 06-40013.

²⁰ Soc. 7 juill. 2008, n° 07-40303. Inversement, le juge a la possibilité de requalifier un licenciement pour insuffisance professionnelle en licenciement pour faute grave : Soc. 18 déc. 1996, n° 94-44908. S. Brissy, « licenciement disciplinaire : qualification des faits invoqués », JCP S 2008, 1671 : « Il convient cependant de préciser le contenu de la règle selon laquelle la lettre de licenciement fixe les termes du litige. Ce qui est avant tout exigé de l'employeur c'est qu'il énonce un grief matériellement vérifiable pour que le juge puisse ensuite vérifier que ce ou ces griefs constituent bien une cause de licenciement. La limite fixée par la lettre concerne le grief mais pas les arguments qui peuvent permettre de faire de ce grief une cause réelle et sérieuse de licenciement ou une faute (V. J.-Y. Frouin, Le point sur la motivation de la lettre de licenciement : RJS 1999, p. 547). C'est pour cette raison que la jurisprudence considère notamment que l'insuffisance professionnelle suffit à motiver la lettre de licenciement, rien n'empêchant ensuite l'employeur ou le juge d'appuyer cette insuffisance par des arguments plus précis ne figurant pas dans la lettre. La situation est similaire ici. Le juge peut développer des arguments qui ne figurent pas dans la lettre de licenciement parce qu'ils se rattachent à un grief invoqué dans cette même lettre ».

²¹ Soc. 3 févr. 2010, n° 07-44491, Bull. civ. V, n° 32.

²² Soc. 16 janv. 2007, n° 04-46414.

B – Un Droit à « l’employabilité » mais pas au reclassement

L’insuffisance professionnelle doit être totalement distinguée de l’inaptitude médicale. La première, notamment, n’engendre en principe aucune obligation de reclassement pour l’employeur. Dès lors, le juge n’a pas à rechercher les possibilités d’affectation du salarié dans l’entreprise à un poste qui pourrait convenir à ses compétences²³. La protection exorbitante dont bénéficient les représentants du personnel déroge toutefois à ce principe. En effet, le Conseil d’Etat décide qu’il appartient à l’inspecteur du travail et le cas échéant au ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l’excès de pouvoir, si l’insuffisance professionnelle invoquée est telle qu’elle justifie le licenciement, compte tenu notamment de la possibilité d’assurer le reclassement du salarié protégé dans l’entreprise²⁴.

En revanche, pour qu’une insuffisance professionnelle constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, il faut que l’employeur ait respecté son obligation de formation envers le salarié concerné. Aux termes de l’article L. 6321-1 du Code du travail, « l’employeur assure l’adaptation des salariés à leur poste de travail ». Lorsque l’employeur ne dispense pas d’actions de formation permettant l’adaptation de ses salariés à leurs postes de travail, il viole cette obligation. Or, en Droit, *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*²⁵. L’employeur ne peut se prévaloir d’une insuffisance professionnelle de ses salariés engendrée par sa propre inaction face à l’évolution des techniques et méthodes de travail²⁶. De même, l’employeur ne peut invoquer l’inadaptation du salarié à un nouveau poste de travail, s’il n’a pas préalablement assuré son adaptation²⁷.

Ainsi, « La jurisprudence prépare [...] l’émergence d’un droit à l’employabilité à partir des arrêts contestant la qualification de cause sérieuse de licenciement à celle fondée sur l’insuffisance professionnelle si l’employeur n’a pas tout mis en œuvre, par la formation spécialement, pour adapter la compétence aux caractéristiques du poste et à son évolution »²⁸. En revanche, l’abstention volontaire du salarié d’apprendre une nouvelle méthode de travail justifie le licenciement en cas d’insuffisance professionnelle consécutive²⁹. En effet, comme l’employeur, le salarié ne peut invoquer ses propres carences intentionnelles pour s’exonérer de ses responsabilités.

Par ailleurs, l’article L. 6321-1 du Code du travail impose aux entreprises employant au moins 50 salariés d’organiser pour chacun de ces salariés dans l’année qui suit leur 45^{ème} anniversaire un entretien professionnel au cours duquel l’employeur informe le salarié notamment sur ses droits en matière d’accès à un bilan d’étape professionnel, à un bilan de compétences ou à une action de professionnalisation. Comme l’explique un auteur, « Puisque l’obligation d’organiser les entretiens semble être de même portée [que l’obligation d’adaptation], les sanctions risquent d’être identiques. [...] Cette solution est transposable au licenciement pour insuffisance professionnelle des salariés qui ont atteint 45 ans et qui n’ont pas bénéficié d’un entretien de mi-carrière.

²³ Soc. 11 févr. 1981, n° 79-41532.

²⁴ CE, 27 sept. 1989, req. n° 91.613 ; CE. 7 déc. 2009, req. n° 315588.

²⁵ « Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

²⁶ Soc. 20 avr. 1988, n° 85-42010 ; Soc. 5 janv. 1995, n° 93-43350 ; Soc. 21 oct. 1998, n° 96-44109 ; Soc. 29 oct. 2002, n° 00-40630.

²⁷ Soc. 29 mai 2002, n° 00-40996.

²⁸ J. Barthélémy, “*Ordre public et Droit du travail*”, Les Cahiers du DRH, 2011.

²⁹ Soc. 22 oct. 1991, n° 90-43412.

Le licenciement pourrait être déclaré abusif par la faute de l'employeur qui n'a pas respecté cette obligation. En l'absence d'entretien de mi-carrière, la direction risque en effet d'être dans l'impossibilité de démontrer que le salarié était incapable d'atteindre ses objectifs, même s'il avait bénéficié d'une formation complémentaire »³⁰.

De même, l'absence de mise en place d'entretien d'évaluation de droit commun par l'employeur lui interdirait d'invoquer une insuffisance professionnelle à l'appui d'un licenciement. En effet, comment démontrer les carences de quelqu'un dont le travail n'a jamais fait l'objet d'évaluation. En outre, le respect par l'employeur de l'obligation d'adaptation des salariés à leur poste de travail passe préalablement par l'évaluation des lacunes et des atouts de chacun.

En définitive, si l'insuffisance professionnelle paraît être pour l'employeur un motif « ouvert » de licenciement, son recours demeure balisé par le juge.

David METIN

³⁰ S. Niel, « *Entretien senior : mode d'emploi* », Les Cahiers du DRH, 2011 : « Un collaborateur qui ne se présente pas à un entretien senior ne commet donc, selon nous, aucune faute, mais ne peut pas faire grief à l'employeur de n'avoir pris aucune mesure de nature à maintenir son employabilité dans l'entreprise. Le licenciement motivé par une insuffisance professionnelle serait dès lors pleinement justifié dans la plus grande partie des cas ».