

Insuffisances, erreurs et fautes du salarié

par *Alain Chirez*,

Professeur agrégé des Universités, Avocat au Barreau de Grasse

PLAN

I. Insuffisances et fautes

- A. L'insuffisance professionnelle n'est pas une faute, sauf exception
- B. L'insuffisance des résultats n'est pas en soi une faute

II. Erreurs et fautes

- A. L'erreur non fautive
- B. La faute professionnelle

La faute du salarié n'a pas fini de faire parler d'elle en ce début du XXI^e siècle, tant en doctrine que dans la jurisprudence, qu'il s'agisse de ses degrés (1) avec la définition de la faute inexcusable dans les arrêts *Amiante* (1 bis) ou qu'il soit question de la définition même de la faute avec l'inclusion de certaines erreurs nuisibles à l'entreprise parmi celles-ci (2). La question de l'appartenance d'une action ou d'une inaction d'un salarié à la gamme des fautes est importante en pratique car elle conditionne notamment l'application éventuelle du droit disciplinaire (3). Une mésentente non fautive n'exigera pas la convocation d'un conseil de discipline, alors qu'une mauvaise volonté délibérée du salarié aboutissant à une insuffisance de résultats nécessitera le respect de cette règle qualifiée de fond par la Cour de cassation (4).

Les arrêts rendus ces derniers temps nuancent certaines positions catégoriques : ainsi, la Cour de cassation a-t-elle apporté certaines restrictions à l'affirmation trop péremptoire contenue dans une série de décisions rendues depuis 1996 voulant que l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute (5).

Dans le même sens d'un affinement des concepts, la haute juridiction distingue de plus en plus l'erreur non fautive et la faute professionnelle.

I. Insuffisances et fautes

Les décisions des Cours et Conseils de prud'hommes sont riches de deux types d'insuffisances reprochés aux salariés : l'insuffisance professionnelle et l'insuffisance de résultats. Pour chacune de ces catégories de cause de licenciement, la Cour de cassation a apporté des précisions récentes.

A. L'insuffisance professionnelle n'est pas une faute, sauf exception

1. Le principe

L'insuffisance professionnelle du salarié qui « fait ce qu'il peut » mais ne parvient pas aux standards normaux de diligences exigibles, par comparaison notamment avec les productions d'autres salariés, n'est pas considérée comme une faute. La jurisprudence a posé clairement le principe du caractère non fautif de

(1) Mireille Poirier, La gradation des fautes en droit du licenciement, *Dr. Ouv. nov.* 2002 p. 511 et également, ce même auteur, *in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presse universitaire de Bordeaux 2003 p. 515 et s.

(1 bis) Cass. Soc. 28 février 2002, *Dr. Ouv.* 2002 p. 166, n. F. Meyer.

(2) Cass. soc. 19 avril 2000, Perrodin *c/ sociétés nouvelles Sitel Maille*, *Jur. Soc. UIMM* 2006, p. 175 ; Cass. soc. 15 janv. 2002, *Jur. Soc. UIMM* n° 668 p. 8.

(3) Pour les contraintes spécifiques au licenciement disciplinaires, cf. D. Jourdain, *Semaine juridique, ed. sociale*, n° 1724 p. 15 et s.

(4) Depuis un revirement opéré en 1999, la Chambre sociale de Cour de cassation décide que les formalités particulières imposées par les conventions collectives préalablement au licenciement, en particulier la réunion d'un conseil de

discipline ou la convocation du salarié devant une commission paritaire, ne constituent non pas des règles de forme, mais des règles de fond. Lorsque l'employeur ne respecte pas la procédure conventionnelle, le licenciement est sans cause réelle ni sérieuse (Cass. soc. 23 mars 1999, *Bull. civ. V* n° 134 p. 97, Cass. Soc. 28 mars 2000, *Dr. Ouv.* 2000 p. 453 n. A. de Senga, et encore confirmé plus récemment par Cass. soc. 5 avril 2005, *Bull. civ. V* n° 119). Le Conseil d'Etat a réaffirmé, de son côté, l'absence d'obligation de communiquer son dossier au stagiaire non titularisé en raison d'inaptitude professionnelle, en raison de l'absence de caractère disciplinaire de ce motif (cf. sur ce point, *Concl. G. Pélissier*, CAA Versailles, 13 janv. 2005, *Petites Affiches* 9 août 2006 n° 158 p. 5).

(5) Cass. soc. 13 juin 1996, 22 janv. 1996, 8 juillet 1997, 25 avril 2001, cité *in Jurisprudence sociale UIMM* 2004-690 p. 342 et s.

l'insuffisance professionnelle dans un arrêt *IVARS/Sté Tricart* du 5 juin 2000 (6).

L'insuffisance professionnelle qui se distingue ainsi de la faute, se définit comme une « *incapacité durable et objective – non fautive – d'un salarié à accomplir normalement, et correctement la prestation de travail pour laquelle il a été embauché* » (7).

On conçoit, du moins dans une conception très traditionnelle de la faute, que l'insuffisance professionnelle du salarié qui mobilise cependant toutes les ressources dont il dispose, ne soit « *pas de sa faute* ». Selon la célèbre formule de Planiol, la faute est la violation d'une obligation pré-existante et le salarié ne commet pas de manquement, en mobilisant comme il le peut, les moyens, même parfois trop faibles, dont il dispose. Il n'est d'ailleurs tenu, dit-on – un peu vite d'ailleurs – que d'une obligation de moyens, ce qui distinguerait le contrat de travail du contrat d'entreprise. Au fond, l'insuffisance professionnelle a ceci de commun avec l'inaptitude physique qu'elle ne relève pas du libre choix du salarié dont le comportement nuit cependant objectivement à l'entreprise. Le droit du travail reste ici en retrait par rapport au droit civil contemporain qui, dans le droit de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi-délictuelle, a objectivé la faute avec la responsabilité des personnes privées de discernement qu'il s'agisse de l'infans (8) ou des personnes atteintes d'un trouble mental (9).

En refusant d'assimiler l'insuffisance professionnelle à la faute, la chambre sociale laisse transparaître en définitive, une conception très classique de la faute qui n'a rien d'un manquement objectif, mais s'apparente bien plutôt à une infraction consciente, sinon volontaire à la norme d'entreprise posée par son chef. Selon certains auteurs, avec l'obligation permanente de l'employeur d'adapter le salarié à son poste de travail, qui lui impose de prendre dès le début du contrat de travail des dispositions et mesures d'accompagnement pour réduire le décalage qui peut matériellement exister entre une qualification professionnelle déterminée et la réalité d'un poste de travail précis, il devrait y avoir moins de place pour l'insuffisance professionnelle (10).

2. L'exception

La Cour de cassation a nuancé sa jurisprudence précédente en introduisant une variable dans cette affirmation catégorique, voulant que l'insuffisance

professionnelle ne constitue pas une faute. Dans une décision du 17 février 2004 (11), elle a réservé le cas de « *la mauvaise volonté délibérée du salarié* ». Autrement dit, l'insuffisance professionnelle devient une faute lorsque le salarié « le fait exprès ». Le salarié insuffisant professionnellement à cause de sa paresse insigne ou de son obstination à ne pas suivre les consignes ou cadences imposées commet une infraction au contrat comme à la loi de l'entreprise, bref, une faute. On relèvera d'ailleurs que l'on reste toujours ici dans une logique très subjective de la faute puisque l'exigence de cette mauvaise volonté délibérée implique bien une analyse très personnelle de l'imputabilité de l'insuffisance, voulue en quelque sorte par le salarié. On retrouve cette même logique qui est celle de la faute civiliste à propos de l'insuffisance des résultats.

B. L'insuffisance des résultats n'est pas en soi une faute

Ici encore, rien de moins classique au regard du droit de la faute que la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 janvier 2003 (12). Dans cette décision, la Cour de cassation énonce que l'insuffisance des résultats ne peut constituer en soi une cause de licenciement, et qu'il appartient au juge du fond de vérifier si cette situation procède soit d'une insuffisance professionnelle, soit d'une faute imputable au salarié. C'est dire qu'il n'y a pas correspondance systématique entre l'insuffisance des résultats et faute. La Cour de cassation a ainsi ajouté un élément au catalogue des situations qui ne constituent pas « en soi » une cause de licenciement (perte de confiance, mécontentement, etc.). Ici encore, c'est adopter une conception très subjective de la faute dans son imputabilité. On aurait pu penser – et ce fut d'ailleurs la position de la jurisprudence il fut un temps –, qu'il y avait bien violation par le salarié d'une obligation pré-existante, posée par le contrat, d'atteindre certains objectifs. Il est vrai que ces objectifs peuvent n'être pas atteints du fait de l'employeur ou des moyens insuffisants mis à la disposition du salarié ou parce qu'ils sont inaccessibles, ce que vérifient systématiquement les juges du fond (12 bis).

S'agissant de l'insuffisance des résultats consécutive à une insuffisance professionnelle non fautive, on revient aux observations précédentes. On ne se situe pas dans le domaine disciplinaire. Point n'est donc besoin, en principe, de respecter la procédure disciplinaire.

(6) P. n° 98-46337 cf. également pour une distinction de l'insuffisance professionnelle et de la faute, Cass. soc. 31 mars 1998, JCP Ed. Ent. 19 nov. 1998 p. 1835 obs. Mouly.

(7) Cf. J.Y. Frouin, Inaptitude et perte d'emploi, Dr. Ouv. 2006 p. 105 et s. et spéc. p. 106.

(8) Cass. ass. Pl. 9 mai 1984, bull. civ. n° 2 et 3, arrêts époux Derguini, et Lemaire et autres, Dalloz 1984 p. 525, concl. J. Cabannes, n. F. Chabas, JCP 1984, 2^e partie 20256 n. P. Jourdain.

(9) Article 489-2 du Code Civil.

(10) J.Y. Frouin, article précité, Dr. Ouv. précité.

(11) Juris. Soc. UIMM n° 690 p. 342.

(12) N° 01-40713 ; cf. également Cass. soc. 3 nov. 2004 n° 02-46.077.

(12 bis) Par ex. CA Nîmes 15 avril 2003, Dr. Ouv. 2003 p. 540 n. N. Bizot.

Pourtant, en pratique, la prudence s'impose pour deux raisons : la première est liée à l'attraction importante du droit disciplinaire dans le droit du licenciement. En effet, cette branche du droit du travail tend de plus en plus, en pratique, à se focaliser autour de deux pôles que sont le licenciement économique et le licenciement disciplinaire. Des pans entiers de licenciements extra-disciplinaires,

non économiques, disparaissent comme chutent des falaises de glace dans l'océan, telle la perte de confiance par exemple. La seconde provient du fait que l'on trouve fréquemment dans le droit conventionnel des dispositions assimilant le licenciement pour insuffisance de résultat au licenciement pour faute (13).

II. Erreurs et fautes

Si une infraction au règlement constitue le plus souvent une faute, une addition fautive est une erreur. La faute apparaît comme un manquement plus précis que l'erreur, un peu sur le même modèle que le droit revêt un degré de précision plus élevé qu'une liberté.

Deux types d'erreur émaillent les relations de travail. L'erreur en principe est non fautive. Dans certaines conditions, elle peut cependant s'analyser comme une faute professionnelle.

A. L'erreur non fautive

L'erreur se distingue de l'insuffisance professionnelle par son aspect ponctuel. Cette mauvaise appréhension des réalités n'est pas un état, une sorte d'incapacité comme l'insuffisance, c'est un phénomène sporadique et ponctuel. L'erreur peut être assez souvent explicable et excusable. Ainsi, l'erreur de caisse de l'employé de supermarché en fin de journée, si elle est isolée, ne peut constituer une faute permettant le licenciement. L'erreur informatique du salarié non formé aux nouvelles technologies s'explique également. Lorsqu'on voit dans ce type d'erreur une faute, ce sera le plus souvent une faute légère, c'est à dire une faute insuffisamment caractérisée pour permettre le licenciement.

Cela ne veut pas dire que le domaine disciplinaire lui est étranger. « *Comment qualifier la décision de ne pas faire bénéficier un salarié d'une augmentation en raison des trop nombreuses erreurs qu'il a commises* » s'interroge un auteur ? (14)

La distinction de l'erreur et de la faute n'est d'ailleurs pas propre au droit du travail. On la trouve également dans le domaine médical. L'erreur du médecin n'est pas nécessairement une faute.

La diligence exigible du salarié est, à défaut de clause particulière, une diligence normale. Dans ce standard de normalité, il y a place pour une marge d'erreur humaine. Le caractère d'ordre public de la non-responsabilité du

salarié, sauf faute lourde, est, à cet égard, assez parlant, même s'il intéresse au premier chef la gradation des fautes et non l'erreur. Cette règle traduit cependant aussi la constatation de l'impossibilité d'exercer une activité laborieuse sans commettre d'erreur un jour ou l'autre. La perfection n'est pas de ce monde, même si, culte de la performance aidant, la barre des attentes normales a tendance à être placée de plus en plus haut. A un moment où (arrêts *Pages Jaunes*) (14 bis) la sauvegarde de la compétitivité future peut permettre le licenciement dans l'entreprise en bonne santé actuelle, il est, sinon légitime, du moins cohérent et prévisible, qu'une certaine tonicité caractérise la diligence exigible. Le modèle contractuel un peu médiocre du bon père de famille devient plutôt celui, en droit du travail, d'un salarié flexible, diligent, joignable à tout moment sur son portable...

Rien d'étonnant, dans un tel contexte, que l'erreur ordinairement caractérisée par l'innocuité disciplinaire puisse facilement devenir faute professionnelle.

B. La faute professionnelle

Ce n'est pas le manquement du but à atteindre, en soi, qui caractérise la faute. Ce sont des éléments extrinsèques à l'erreur elle-même qui vont transformer l'erreur en faute. Il peut s'agir aussi bien des circonstances tenant à la personne du salarié lui-même qu'aux répercussions sur le crédit et plus généralement, l'intérêt de l'entreprise. La faute est, sous l'influence de ces données, l'erreur entrée dans le champ d'attraction du droit disciplinaire. Dans sa décision du 11 octobre 2005 (14 ter), la Chambre sociale caractérise la faute disciplinaire du salarié qui a commis des erreurs, en relevant d'une part que les opérations au cours desquelles ces erreurs avaient été commises relevaient de sa compétence et de sa fonction, et d'autre part, que ces mêmes erreurs pouvaient avoir des conséquences graves pour l'entreprise.

(13) Ainsi, dans certains accords collectifs, on peut lire : « *Tout licenciement individuel pour motif professionnel, sauf cas de faute grave ou lourde, ne peut intervenir qu'après deux avertissements motivés...* » : art. 700 de l'accord collectif de Scheider Automation.

(14) La réaction de l'employeur à la faute du salarié, Serge Frossard, in *Mélanges Pélissier*, Dalloz 2004 p. 239.

(14 bis) Cass. Soc. 11 janvier 2006, Dr. Ouv. 2006 p. 380 et 384 n. M.F. Bied-Charreton et P. Darves-Bornoz.

(14 ter) Reproduite ci-après page suivante.

1. L'erreur, pour être fautive, doit être commise dans le cadre des diligences habituellement liées aux fonctions du salarié (15)

D'une manière générale, un salarié ne commet pas de faute s'il refuse d'exécuter un acte n'entrant pas dans ses attributions, ou pour lequel il n'a pas reçu la formation nécessaire. Il ne peut d'avantage être sanctionné si les erreurs par lui commises sont dues au fait qu'il n'est pas qualifié pour ce genre de travail. Si le salarié manque de spécialisation pour les tâches qui lui sont confiées, l'erreur alors commise n'est pas fautive (16).

En revanche, dès lors que les carences relevées s'inscrivent bien dans les qualifications et les compétences du salarié, les erreurs commises deviennent fautives. Le salarié diligent pouvait ou se devait de les éviter. On parle de faute professionnelle. Il peut s'agir de fautes de degrés divers dont certaines ne justifient pas la sanction ultime du licenciement car ce sont des fautes légères. D'autres au contraire, peuvent être qualifiées de graves ou lourdes, notamment lorsqu'il y a des manquements à des règles d'hygiène ou de sécurité (17). La faute professionnelle sérieuse est souvent constituée par l'erreur caractérisée d'un salarié investi des compétences nécessaires (18).

2. L'erreur pour être fautive, doit être sérieusement nuisible aux intérêts de l'entreprise.

C'est l'une des exigences posées par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 11 octobre 2005 qui se fonde sur le fait que « *les erreurs commises par le*

salarié lors d'opérations qui ressortaient de sa compétence et de sa charge, étaient susceptibles d'avoir des incidences sur la situation fiscale des clients ». Autrement dit, l'erreur doit être, sinon préjudiciable, du moins attentatoire à l'intérêt de l'entreprise, pour être fautive. La solution est assez logique. A défaut, on pourrait parler d'erreur indifférente si l'expression n'avait pas déjà un sens très précis en droit civil des contrats. L'erreur de caisse de quelques centimes de la caissière de supermarché ne peut, en ce sens, être considérée comme fautive. La faute d'orthographe du ou de la secrétaire, si elle est isolée, constitue, malgré son appellation, une erreur insusceptible de sanction, tout au plus de remarques. En revanche, la multiplication habituelle des fautes de syntaxe dans des lettres destinées aux clients, peut, par le discrédit qu'elle peut entraîner, constituer un comportement fautif et entrer dans la catégorie des fautes professionnelles.

En définitive, si une tendance jurisprudentielle peut être décelée, c'est peut-être celle d'une attraction renforcée des causes personnelles vers les motifs disciplinaires, lorsque les erreurs nuisibles et insuffisances délibérées pouvaient être évitées. La jurisprudence récente fait ainsi entrer dans le champ disciplinaire les insuffisances délibérées et les erreurs évitables. Le droit du licenciement poursuit donc sa course vers la bipolarisation, économique et disciplinaire, tout en affinant ses concepts.

Alain Chirez

(15) Cass. soc. 25 nov. 1998 n° 96-45.648.

(16) Cass. soc. 24 janv. 1995, CSB 1995 p. 72.

(17) Cass. soc. 30 oct. 2000, Hoarau / Sté Le bellevue, Jur. Soc. UIMM 2006-707 p. 175.

(18) Cf. par exemple le fait pour un cadre directeur des ventes d'une concession automobile, l'absence de suivi rigoureux

des dossiers de véhicules repris, Cass. soc. 4 avril 2001, Dupré/Société automobile Clermontoise. Ce peut être aussi le fait d'une collaboratrice avertie d'un service de développement qui a interverti des contrats de franchise ayant un caractère confidentiel : Cass. soc. 3 avril 2001, Pedrero / Société La Foir'fouille, Jur. Soc. UIMM 2006-707 p. 75 précité.

Annexe

LICENCIEMENT POUR MOTIF PERSONNEL – Faute – Notion – Manquements du salarié – Opérations ressortant de la compétence du salarié – Incidences sur les clients de l'entreprise – Caractère fautif (oui).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 octobre 2005
X contre société Soluc

Attendu que M. X..., engagé le 1^{er} janvier 1987 par la société Soluc, société Luzienne de comptabilité, en qualité d'assistant confirmé, a été licencié pour faute grave le 3 avril 1998 ;

Sur le second moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt attaqué (Pau, 23 juillet 2002) d'avoir dit son licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et de l'avoir en conséquence débouté de ses demandes indemnitaires à ce titre, alors, selon le

moyen, que les motifs énoncés dans la lettre de licenciement fixent le cadre du débat ; que s'il résulte des termes de cette lettre que l'employeur a reproché au salarié des fautes et prononcé un licenciement disciplinaire, les juges du fond doivent se prononcer sur le caractère fautif ou non du comportement du salarié ; qu'en l'espèce, pour justifier le licenciement disciplinaire, la société Soluc s'était prévalu d'erreurs commises par lui dans le traitement du dossier de deux clients du cabinet ; qu'en retenant, pour dire fondé sur

une cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié, la réalité des erreurs qui lui étaient reprochées, la cour d'appel, qui ne s'est pas prononcée sur le caractère fautif ou non de ces erreurs, a violé l'article L. 122-14-2 du Code du travail ;

Mais attendu que la Cour d'appel, qui, contrairement au moyen, ne s'est pas bornée à constater la matérialité des faits reprochés, mais a relevé que les erreurs commises par le salarié lors d'opérations qui ressortaient de sa compétence et de sa charge étaient susceptibles d'avoir des incidences sur la situation fiscale des clients de l'entreprise, a par là-même caractérisé la faute ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen :

Vu les articles L. 122-14 du Code du travail, ensemble les articles 641 et 642 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, le salarié a la faculté de se faire assister par un conseiller de son choix et l'entretien préalable ne peut avoir lieu moins de cinq jours ouvrables après la présentation au salarié de la lettre recommandée de convocation ou sa remise en main propre ; qu'il résulte du deuxième que lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de la notification qui le fait courir ne compte pas ; qu'aux termes du troisième, tout délai expire le dernier jour à 24 heures ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande en paiement d'une indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la convocation à l'entretien préalable fixé au mercredi 11 mars 1998 a été envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception le jeudi 5 mars et présentée le vendredi 6 mars, que le fait qu'il n'ait pu retirer la lettre recommandée que le samedi 7 mars n'a aucune incidence sur la régularité de

la procédure en l'absence de grief ou de volonté délibérée de nuire à ses droits ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la lettre de convocation avait été présentée le vendredi 6 mars, en sorte que le délai de cinq jours n'était pas expiré à la date de l'entretien préalable, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles 1134 du Code civil et L. 212-5 du Code du travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande de rappels de salaires au titre des heures supplémentaires, l'arrêt retient, qu'il a reçu de manière constante une rémunération supérieure au salaire conventionnel, qui compensait largement les horaires effectués et que la pratique dérivant de l'application de la convention collective nationale des cabinets d'experts-comptables aboutissait à un aménagement mensuel du salaire pour tenir compte de la répartition inégale de l'horaire de travail sur l'année ;

Qu'en statuant ainsi, alors que sauf s'il est rémunéré par un forfait incluant des heures supplémentaires, le salarié a droit au paiement des heures supplémentaires effectuées, et que l'existence d'une telle convention ne peut se déduire ni du fait qu'il perçoive un salaire supérieur au minimum conventionnel, ni de l'absence de réclamation pendant la durée des relations contractuelles, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté le salarié de ses demandes tendant au paiement d'une indemnité pour irrégularité de la procédure et au titre de rappel d'heures supplémentaires, l'arrêt rendu

(M. Bailly, prés.)



Le Peuple

On notera dans le n° 1635 du Peuple un dossier approfondi de Isabelle Fortier et Gérard Fuchs "Handicap : obtenir des changements réels" qui présente le dispositif et pointe les limites de la loi du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées ; les concepts de santé, de handicap et de libre choix sont mobilisés en vue d'obtenir des changements.

Ce dossier peut être utilement complété par les trois livrets "Aide aux syndicats" relatifs à ces sujets (premier semestre 2006 disponible dans les UD, fédérations et régions).

Pour tout renseignement : travail-handicap@cgt.fr

Abonnement annuel au Peuple : 50 € (72 € hors CGT). Le numéro : 2,72 €

Contacts : lepeuplecgt@free.fr et lepeuple@cgt.fr