

LE SALARIÉ, ENTRE RUPTURE CHOISIE ET RUPTURE SUBIE ?

Interrogations sur des ruptures du contrat de travail

Insuffisance professionnelle insuffisance de résultat, faute ou manquement extra-disciplinaire

par *Alain CHIREZ*, Professeur des Universités,
Avocat au Barreau de Grasse

I. Le déni de la faute

A. La jurisprudence dit
ce que ne sont pas les
insuffisances du salarié :
l'approche conceptuelle
négative

B. Approche conceptuelle
positive : des manquements
objectifs constituant une
faute professionnelle

II. Approche finaliste : l'attraction du disciplinaire

A. La conception élargie
de la faute

B. L'intérêt du « tout
disciplinaire »

Le licenciement disciplinaire est donc en eaux troubles. Le marin intrépide qui navigue sur la mer tumultueuse du licenciement personnel croit, au loin, apercevoir des terres accueillantes où il pourra s'abriter d'un droit centré sur la faute. Émergeant des eaux agitées du licenciement disciplinaire, il y a effectivement ces îlots de résistance que sont les insuffisances du salarié. L'insuffisance de résultat n'est pas, en soi, une cause de licenciement. L'insuffisance professionnelle n'est pas une faute, martèle la Cour de cassation.

Les motifs personnels extra-disciplinaires se sont raréfiés avec le temps, en même temps que les causes en soi. La perte de confiance ne permet plus, en elle-même, la rupture depuis longtemps (1). La mésentente, cause de licenciement, doit être imputable au comportement du salarié et, le plus souvent, à sa faute (2). La divergence d'appréciation, comme l'affichage d'opinions dissidentes ne sont plus causes de rupture (liberté d'expression oblige) que si elles contrarient frontalement un devoir particulier de loyauté ou porte gravement atteinte à l'intérêt de l'entreprise (3).

On peut se demander si la tendance profonde, par-delà certains soubresauts et résurgences, n'est pas à la bipolarisation, ce rêve simplificateur du droit du licenciement : faire de celui-ci une droite à deux extrémités : cause disciplinaire et cause économique. Même dans le droit de la rupture pour inaptitude, on voit poindre et s'immiscer l'exécution déloyale, et donc fautive, de l'obligation de reclassement (4).

Il resterait donc ces territoires vierges de faute, à côté, jusqu'à il y a peu, de la sphère intime et personnelle du salarié, qui résisteraient au disciplinaire : l'insuffisance de résultat et l'insuffisance professionnelle ne relèveraient pas du pouvoir de sanction de l'employeur. Si le salarié n'y arrive pas, ce n'est pas de sa faute au sens commun du terme.

Pourtant, lorsque le navigateur s'approche de ces îles, ce ne sont pas des chants attirants qu'il entend : c'est lui qui déchanté sur de hauts-fonds. Car il est assailli de questions et le doute l'envahit : ces îlots ne seraient-ils pas d'inutiles récifs inhospitaliers qu'il faudrait éviter ?

(1) Cass. Soc. 29 nov. 1990, *Fertray*, n° 87-40.184, Dr. Ouv. 1991 p.66 ; Cass. Soc. 29 mai 2001, n° 98-46.341.

(2) Cass. Soc. 26 mai 1998, n° 95-45.561 ; Cass. Soc. 18 janv. 2011, n° 09-65.107 ; sur la mésentente en tant que faute disciplinaire, Cass. Soc. 21 janv. 1992, n° 90-46.104 ;

A. Chirez, La mésentente reste-t-elle une cause de licenciement ?, Dr Ouv. 2005 p. 45.

(3) Cass. Soc. 23 fév. 2005, n° 02-45.988 ; Cass. Soc. 6 nov. 1984, n° 82-42.375.

(4) Cass. Soc. 5 déc. 2012, Dalloz Actualités, 21 janv. 2013.

La position de la Cour de cassation, arc-boutée sur l'extra-disciplinaire, n'est-elle pas elle-même contre-productive ? Pourquoi le salarié estimé improductif ne devrait-il pas bénéficier de la commission disciplinaire prévue, par exemple, par la convention collective ? Pourquoi l'insuffisance professionnelle, lorsqu'elle sert de fondement au licenciement prononcé à la suite de retards divers, voire de manquements à la sécurité, échappe-t-elle à la prescription des faits fautifs ? À la prohibition des doubles sanctions ? La réalité, pour ne pas dire le quotidien, n'est-elle pas, du côté de l'employeur, face à l'insuffisance du salarié, la perception d'une faute ? Du côté du salarié qui n'atteint pas ses quotas, n'y a-t-il pas un manquement à une obligation préexistante et donc... une faute ?

Mais c'est surtout cette interrogation inquiétante qui assaille notre matelot qui hésite à jeter l'ancre dans ces eaux devenues, elles aussi, bien troubles : comment concilier cette jurisprudence récente, qui considère comme une faute tout ce qui compromet la bonne exécution du contrat, avec celle qui dit non fautive l'insuffisance du salarié (5) ?

Comment concevoir que le sportif qui a une vie déréglée dans les boîtes de nuit (6),

ou le pilote qui « s'envoie » artificiellement « en l'air » à la maison (6 bis), commettent des fautes, et non le salarié qui ne s'investit pas assez dans sa tâche et n'atteint pas les objectifs fixés ? Est-ce que, plus ou moins ouvertement, la morale ne se cacherait pas derrière ces distinctions juridiques délicates ? Est-ce que le salarié trop peu motivé ou trop peu énergique ne compromet pas, lui aussi, la bonne exécution du contrat ? Outre la difficile frontière à tracer entre l'inertie et la mauvaise volonté délibérée. Et puis, comment concevoir le mariage actuel de la mise à pied conservatoire et du licenciement pour insuffisance professionnelle, sinon en s'intéressant à ce qui pourrait être naturel et contre-nature ?

Il nous faut tenter de répondre à ces questions en analysant d'abord ces insuffisances. Ce sera l'approche conceptuelle du problème, avec le déni de la faute (I). Puis, nous nous intéresserons, par-delà la jurisprudence actuelle, à l'indéniable, et peut-être irrésistible, attraction du disciplinaire (II). Celle-ci nous amène à nous demander pourquoi tant de résistance. Ne vaudrait-il pas mieux céder à cette force gravitationnelle qui ferait des insuffisances une faute, dans une optique progressiste ? Ce sera l'approche finaliste de la question.

I. Le déni de la faute

La jurisprudence enferme les insuffisances dans un statut excluant, jusqu'ici, avec une belle constance, la faute disciplinaire. À vrai dire, la Cour de cassation dit ce que ne sont pas ces insuffisances, mais ne définit pas ce qu'elles sont. L'approche positive reste à mener.

A. La jurisprudence dit ce que ne sont pas les insuffisances du salarié : l'approche conceptuelle négative

1. L'insuffisance de résultat n'est pas en soi une cause réelle ni sérieuse

L'insuffisance de résultat peut se définir comme une insuffisance quantitative des résultats au regard des objectifs unilatéralement ou bilatéralement fixés.

Depuis une dizaine d'années (7), la Haute juridiction énonce que l'insuffisance de résultat ne constitue pas **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.

L'insuffisance de résultat a donc rejoint le catalogue assez consistant des situations caractérisées par la prohibition de la cause « en soi ». Ainsi, outre la perte de confiance, on y trouve la mésentente ou la divergence de vue sur la politique de l'entreprise, l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail, qui ne constitue en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté (8).

(5) Cass. Soc. 27 mars 2012, *aff. X c/Air Tahiti Nui*, contrairement à Cass. Soc. 9 mars 2011, n° 09-42.150, qui posait en principe qu'un fait de la vie personnelle ne peut justifier un licenciement disciplinaire.

(6) Cass. Soc. 28 juin 1995, inédit, qui justifie le licenciement d'un joueur de football aperçu dans un bar avant un match.

(6 bis) *Aff. X /Air Tahiti Nui*, *prec.*

(7) Cass. Soc. 22 janv. 2003, n° 01-40.713 ; cf. également Cass. Soc. 3 nov. 2004, n° 02-46.077.

(8) Cass. Soc. 11 juin 2003, n° 02-42.818.

Dans sa décision du 29 novembre 1990, la Chambre sociale avait commencé par dire que, si la perte de confiance ne constituait pas en soi un motif de licenciement, du moins pouvait-on l'invoquer lorsqu'elle reposait sur des éléments objectifs (9). Puis, elle a jugé que la perte de confiance ne pouvait jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même si elle repose sur des éléments objectifs (10).

Le refus du juge d'accepter que telle ou telle situation, attitude ou fait, pouvant, le cas échéant, perturber la bonne marche de l'entreprise, constituent en eux-mêmes une cause de licenciement, traduit, outre un recul de la cause abstraite et un pouvoir accru du juge, une élimination de l'idée de faute systématique ou nécessaire. C'est un peu l'idée inverse de celle du « préjudice nécessairement causé » par le licenciement sans cause réelle ni sérieuse, par exemple (11) ou le non-respect de la procédure.

En tout cas, la prohibition de la cause en soi est aussi une éviction de la faute en soi. L'inexécution d'un objectif irréaliste ou irréalisable, ou incompatible avec le marché, ou non porté à la connaissance du salarié, ne sera pas, par exemple, fautive.

Ceci n'empêche pas qu'on puisse se demander si l'attente ferme de résultats qui innerve la société tout entière, société de plus en plus technicisée (12), n'atteint pas un degré tout particulier dans le monde de l'entreprise. L'attente de résultat est aujourd'hui intense. La foi dans le chiffre a supplanté la confiance en l'homme. L'évolution du droit de la responsabilité médicale, dans d'autres branches du droit caractérisées pourtant, elle aussi, par une obligation de moyens du débiteur de l'obligation, montre une courbe similaire. Le salarié pourrait bien, lui aussi, devoir faire toujours plus dans les temps qui viennent. Se voir prescrire des quotas élevés, des résultats improbables. Devoir se fixer sur un standard trop héroïque qui fixera la barre de l'insuffisance.

2. L'insuffisance professionnelle n'est pas, en principe, une faute

L'insuffisance professionnelle a un aspect moins quantitatif que l'insuffisance de résultat. Elle revêt une dimension qualitative. On peut, d'ailleurs, concevoir

une insuffisance professionnelle en présence d'objectifs, pourtant atteints, par un salarié qui aurait des relations exécrables avec ses collègues de travail et se révélerait, par exemple, incapable de travailler en équipe.

L'insuffisance professionnelle se définit comme « une incapacité durable et objective d'un salarié à accomplir normalement et correctement la prestation de travail convenue » (13).

Le principe du caractère non fautif de l'insuffisance professionnelle a été affirmé clairement dans un arrêt *Ivars c/Société Tricard* du 5 juin 2000 et constamment réaffirmé depuis (14). La Cour de cassation a, d'abord, dit que ce n'était pas une faute grave, puis que ce n'était pas une faute du tout.

La qualification de faute et, à plus forte raison de faute grave, est ainsi exclue. Le licenciement qui serait prononcé pour faute grave et serait justifié par une insuffisance professionnelle n'aurait pas de cause réelle et sérieuse, dans la mesure – estime la Haute juridiction – où la rupture prononcée pour faute grave a « nécessairement un caractère disciplinaire », or « l'insuffisance professionnelle ne présente pas un caractère fautif » (15). Dont acte.

La jurisprudence admet, cependant, une exception à ce principe voulant que l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute. Elle le devient lorsque le salarié *le fait exprès* ou ne fait rien. En 2004 (16), c'est la mauvaise volonté délibérée du salarié qui confère un caractère fautif à l'insuffisance professionnelle.

La Cour de Cassation définit ainsi ces deux insuffisances – résultat et professionnelle – de manière négative ; elle dit ce qu'elles ne sont pas. On peut à la fois critiquer cette approche et essayer de dire plus positivement ce que sont ces insuffisances.

B. Approche conceptuelle positive : des manquements objectifs constituant une faute professionnelle

Une chose est certaine : l'insuffisance de résultat et l'insuffisance professionnelle, dès lors qu'elles sont avérées, constituent des manquements objectifs. Une proposition pourrait être avancée – qui peut

(9) *Fertray* préc.

(10) Cass. Soc. 29 mai 2001, préc.

(11) Cass. Soc. 27 fév. 2006, n° 03-46.086, *Semaine Juridique*, Édition sociale n° 20, p. 24, n. P.-Y. Verkint.

(12) Sept spécialistes italiens condamnés en 2012 à 6 ans de prison ferme pour avoir sous-estimé le risque de tremblement de terre qui a ravagé la capitale des Abruzzes en 2009.

(13) Comp. J.-Y. Frouin, *Inaptitude et perte d'emploi*, Dr. Ouv. 2006, pp. 105 et s. et spéc., p. 106.

(14) Cass. Soc. 17 déc. 2003, n° 01-45.172 ; Cass. Soc. 17 fév. 2004, n° 01-44.543 ; Cass. Soc. 28 nov. 2006, n° 05-42.062.

(15) Cass. Soc. 31 mars 2010, n° 08-70.277.

(16) Cass. Soc. 17 fév. 2004, nos 01-44.543 et 01-45.643 et, depuis lors, Cass. Soc. 27 fév. 2011, n° 10-16.825.

soulever des objections. Il pourrait s'agir de fautes professionnelles. Et peut-être même plus, si affinités.

1. Les insuffisances sont des manquements objectifs aux obligations de résultat ou de moyens

Le plus souvent, la faute contractuelle, en droit du travail comme en droit commun du contrat, réside dans l'inexécution de l'obligation. On ne se réfère pas à l'intention, à la subjectivité du débiteur de l'obligation (en droit du travail, on se réfère même plutôt à la subjectivité de l'employeur, créancier de l'obligation...). Il est vrai que cette définition vaut en droit civil pour déterminer la responsabilité contractuelle, et non la motivation de la rupture. Mais il ne peut y avoir de définition différente suivant les situations envisagées. On peut utiliser la distinction des obligations de moyens et de résultat en ce qui concerne les insuffisances du salarié.

a. Insuffisance de résultat et obligation de résultat

Lorsqu'il existe une clause de résultat et que des objectifs ont été fixés, unilatéralement ou par accord, il y a bien un manquement au contrat (ou au pouvoir de direction qui puise sa source dans le contrat).

Le résultat convenu ou prescrit n'est pas atteint et l'obligation n'est donc pas exécutée. Il ne s'agit certes pas d'une garantie d'exécution, car le débiteur de l'obligation, le salarié, pourra toujours prouver, le cas échéant, que la promesse ou l'injonction n'a pas été honorée par suite d'une cause étrangère. Une conjoncture étrangère à son activité professionnelle ou le choix d'une politique commerciale désastreuse seront exonérateurs, ou plutôt rendront le licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Traditionnellement tenu d'une obligation de moyens, le salarié peut, sans violer l'ordre public, s'engager à faire plus. La jurisprudence a encadré, mais non interdit, les clauses de résultat. Les tribunaux se contentent de vérifier que l'engagement, souscrit par ou enjoint au salarié, n'a pas un objet impossible.

b. Insuffisance professionnelle et obligation de moyens

Le salarié s'engage à exécuter sa prestation de travail avec diligence. Il doit, de bonne foi, mettre en œuvre la force de travail dont il dispose, pour parvenir à exécuter la tâche qui lui est confiée. Il est donc traditionnellement tenu d'une obligation de moyens.

L'insuffisance professionnelle non délibérée n'est ordinairement pas fautive en droit du travail. Le salarié qui fait ce qu'il peut, n'est pas fautif.

Ici encore, la Cour de cassation a vu sa jurisprudence évoluer. Elle avait commencé par juger que l'insuffisance professionnelle n'était jamais une faute grave, avant de décider qu'elle n'était pas une faute. Lorsque la Cour de cassation juge que l'insuffisance professionnelle n'est pas une faute, elle entend par là, nous semble-t-il, que ce n'est pas une faute disciplinaire. Il faut dire que la notion de faute disciplinaire en droit du travail est assez infantilisante : elle est non seulement ce que le patron considère comme fautif – ça, c'est l'aspect juridique – mais aussi ce que, subjectivement, le salarié considère comme infractionnel – c'est l'aspect psychologique. C'est une faute qui n'est pas pure de toute idée de péché contre l'entreprise. C'est la faute préhistorique du droit civil. On conçoit que cette faute-là ne soit pas retenue pour l'insuffisance professionnelle. Le salarié qui ne fait pas exprès d'être mauvais n'a pas fauté dans ce sens-là... Comme l'enfant ou le dément, en droit civil, n'étaient pas fautifs avant la mise en place de régimes jurisprudentiel et légal qui définissent autrement l'imputabilité.

On doit distinguer faute disciplinaire et faute professionnelle. La faute professionnelle, avons-nous dit, est cette incapacité durable et *objective*. Cette distinction entre le professionnel et le disciplinaire est même considérée comme « capitale » (17). En ce qu'elle va, dit-on, induire le choix du terrain, disciplinaire ou non, sur lequel va se placer l'employeur en réponse aux manquements incriminés. La référence déterminante pour apprécier l'insuffisance professionnelle est celle du salarié normalement diligent. Autant l'appréciation de l'insuffisance de résultat se fait *in concreto* (en fonction des objectifs fixés), autant celle de l'insuffisance professionnelle se fait *in abstracto*. Autre différence avec l'insuffisance de résultat, l'insuffisance professionnelle constitue en soi une cause de licenciement et constitue aussi un motif suffisant au regard de l'exigence de motivation.

Il y a d'ailleurs une frontière, parfois ténue, entre insuffisance professionnelle et faute, puisque, si le motif de l'insuffisance professionnelle n'est pas fautif, la motivation, quant à elle, pourra reposer sur des fautes. Des rapports insuffisants ou tardifs, des retards répétés, des erreurs (18), pourront, alors même que, pris isolément, ils constituent autant de fautes, constituer une insuffisance professionnelle

(17) Lamy Social, Obligations et responsabilités du salarié.

(18) V. A. Chirez, Erreurs, insuffisances et fautes, Dr. Ouv. 2006, pp. 513 et s.

non fautive (19). Curieux changement de cap : des manquements à l'obligation de sécurité, souvent considérés comme des fautes graves (20) peuvent ainsi se transmuier en une insuffisance professionnelle non fautive.

Il existe, on le voit, des points de convergence entre les insuffisances et les fautes. Même si la Cour de cassation enferme celles-ci dans un statut exclusif de la faute (disciplinaire !), on peut soutenir qu'il s'agit, au moins, de faute professionnelle.

2. Les insuffisances devraient être des fautes professionnelles

Celles-ci, peu évoquées en droit du travail, peuvent se définir comme la violation injustifiée d'une obligation née du contrat ou de la relation de travail (21). Pour M. Pélissier, la faute professionnelle résulterait d'une négligence dans l'exécution de son travail ou d'une inexécution, même involontaire, de sa prestation, sans qu'il y ait nécessairement violation d'une règle de discipline (22). Pour certains auteurs, la faute professionnelle relève d'avantage d'une erreur ponctuelle dans la réalisation des travaux que d'une incompétence habituelle et généralisée du salarié (23).

Pourtant, la faute professionnelle recouvre un ensemble plus vaste que la faute disciplinaire. Comme le souligne Madame Mireille Poirier, la faute professionnelle pourra être contractuelle, *mais aussi* disciplinaire (24). Il s'agit, au fond, de fautes contractuelles entendues au sens commun, comme la violation d'une obligation préexistante. La faute professionnelle est un manquement objectif, sans nécessaire connotation morale et, en ce sens, elle se rapproche de la faute civile moderne, qui se confond

de plus en plus avec le fait illicite imputable à l'auteur.

Les insuffisances (de résultat ou professionnelles) rejoignent la faute objective en tant que manquement au comportement normalement attendu du droit commun, le fait attentatoire à l'intérêt de l'entreprise, sans nécessaire intention. Il s'agit de la faute professionnelle non disciplinaire. Selon certains auteurs (25), le salarié a un « devoir de compétence » ; l'employeur est en droit d'attendre de lui une attitude de « bon salarié », en l'absence de laquelle le salarié est en faute.

On est, avec ces fautes objectives que constituent les insuffisances du salarié, peu éloigné du trouble objectif, notion qui, sept ou huit ans après la chronique de Monsieur Ph. Waquet, reste toujours à redéfinir (26).

Certaines conventions collectives assimilent, d'ailleurs, l'insuffisance et la faute professionnelle. L'alliance, on le voit, n'est pas contre-nature. L'administration du travail estimait d'ailleurs, il fut un temps, que l'inaptitude professionnelle pourrait faire l'objet de sanctions disciplinaires (27). Dans ce contexte, et même dans ce texte, la faute disciplinaire, c'est « tout acte ou abstention ne correspondant pas à l'exécution normale de la relation contractuelle ».

Est-il alors absurde de penser, compte tenu de l'arrêt de la Chambre sociale du 27 mars 2012 (28), que la jurisprudence pourra évoluer dans le même sens pour les insuffisances ? Par-delà les décisions actuelles qui érigent, il ne s'agit pas de le nier, un mur entre le professionnel et le disciplinaire ? Il n'y aurait pas que du désavantage, naviguant toujours sur nos eaux troubles, à un tel changement de cap.

II. Approche finaliste : l'attraction du disciplinaire

A. La conception élargie de la faute

Il fut ainsi un temps, pas si lointain, où le trouble caractérisé n'empêchait pas d'identifier une faute,

même grave du salarié (29). Comme le fait observer un auteur, « cette doctrine du trouble caractérisé établissant automatiquement la faute disciplinaire de son auteur, en quelque sorte « fauteur de trouble », a

(19) V. par ex. CA Versailles, 26 janv. 2011, n° 10/03140, Juris. soc. Lamy, 20 avr. 2012, p. 27.

(20) Cass. Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.404, Bull. civ. V, n° 99.

(21) Cass. Soc. 26 fév. 1991, RJS 1991, n° 448.

(22) J. Pélissier, Le licenciement disciplinaire, Dr. soc. 1992, p. 751.

(23) P. Enclos, Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement des salariés en formation alternée, Dr. soc. 1991, p. 131, cité par F. Bousez et M. Moreau, art. préc.

(24) La gradation des fautes en droit du licenciement, in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PU de

Bordeaux, pp. 515 et s., et spéc., p. 517, article reproduit au Dr. Ouv. 2002 p.511.

(25) H. Blaise, De la difficulté de rompre avant son terme un contrat à durée déterminée, Dr. soc. 1993, pp. 41 et s., et spéc., p. 44.

(26) Ph. Waquet, Le trouble objectif dans l'entreprise, une notion à redéfinir, RDT 2006, 304.

(27) Circ. DRT n° 5-1983, 15 mars 1983, Dr. Soc. 1983, p. 573.

(28) Af. X / Air Tahiti Nui, prec.

(29) V. notam. Cass. Soc. 3 déc. 2002, JCP Ed. E. 2003, 1076, n. C. Puigelier.

été soutenue naguère par le Président Sargos, qui se fondait sur le devoir de loyauté pesant sur le salarié, même en dehors de la relation de travail *stricto sensu*, devoir qui lui interdit de causer un trouble caractérisé au sein de l'entreprise (30). Nous pensons qu'il n'y a pas davantage d'incompatibilité de nature entre les insuffisances de résultat et professionnelles et la faute non seulement professionnelle, mais, peut-être même, disciplinaire. En effet, l'alliance n'est pas inconcevable, dès lors qu'un « motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire, s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail », ainsi qu'en a décidé l'arrêt de la Chambre sociale du 27 mars 2012. Tout ce qui compromet la bonne exécution du contrat tend à dépendre, aujourd'hui, du domaine disciplinaire. Et l'incapacité, qu'elle soit volontaire ou non, qu'on le veuille ou non, compromet cette bonne exécution. La personne du salarié tend à se fondre dans l'homme contractuel, dans ce secteur comme en d'autres. Le salarié qui « fait la fête » tous les jours et baille sa vie diurne dans l'entreprise, dont il compromet l'intérêt par une insuffisance professionnelle, serait licencié pour motif extra-disciplinaire, tandis que le sportif qui, par ses frasques, contrevient à l'éthique sportive, serait, quant à lui, licencié pour faute ? Si l'on revient, dans la vie personnelle, à cette conception du « tout disciplinaire », il faut aller jusqu'au bout de cette logique.

B. L'intérêt du « tout disciplinaire »

Mise à part la connotation idéologique culpabilisante, on ne voit pas l'inconvénient. Le droit gagnerait en cohérence et les droits seraient davantage garantis.

1. La cohérence du système

a. linéarité des procédures

– Mise à pied conservatoire et licenciement pour insuffisance professionnelle

Depuis un arrêt de revirement du 3 février 2010 (31), la Cour de cassation décide que le prononcé d'une mise à pied conservatoire n'implique pas nécessairement que le licenciement ultérieur présente un caractère disciplinaire. Il s'agissait précisément en l'espèce d'un licenciement pour insuffisance professionnelle,

intervenu après mise à pied conservatoire. On voit, ici encore, à quel point les genres ne sont pas aussi éloignés qu'il y paraît. La procédure peut avoir des allures disciplinaires au commencement, et se poursuivre sur un terrain extra-disciplinaire. Il faut dire que, curieusement, les faits qui la déclenchent peuvent être fautifs, et même gravement fautifs, et, néanmoins, se muer en une motivation qui ne l'est pas. On retrouve encore des liens de ce type avec l'évaluation du salarié.

– Évaluation et droit disciplinaire

L'évaluation du salarié présente un lien étroit avec le licenciement pour insuffisance professionnelle, dont elle constitue un support sinon objectif, du moins, moins subjectif (32). L'employeur va porter un jugement sur la diligence du salarié, c'est-à-dire le soin apporté à l'accomplissement des tâches. Ce droit de jauger, que l'employeur tient de son pouvoir de direction né du contrat (33), doit reposer sur des critères « objectifs » et « transparents » (34). L'évaluation, sauf à être infantilisante, ne peut être celle d'un homme, mais d'une activité. Certes, elle peut se fonder, entre autres critères, sur des critères comportementaux, mais le lien de subordination n'autorise pas à juger et définir l'individu seulement par des qualités professionnelles qui peuvent, d'ailleurs, évoluer. La « fièvre de l'évaluation » selon l'expression utilisée par certains (35), ne peut s'appliquer qu'aux seules aptitudes professionnelles sans dévaloriser, dévaluer l'homme, et doit être réversible. C'est pourquoi il serait souhaitable qu'elle permette un éventail de mesures plus graduées dans le droit disciplinaire que cantonnées au seul licenciement ou à l'affectation. Cette évaluation peut fréquemment aboutir à des refus de promotion ou d'augmentation de salaire, qui seront indéniablement ressentis par le salarié comme des sanctions. Nul doute que, dans l'esprit de l'employeur, la mauvaise notation soit, elle aussi, assimilée à un comportement considéré par lui comme fautif (36). Et la jurisprudence actuelle n'y voit, surtout, qu'une manifestation du pouvoir de direction. Les refus d'augmentation de salaire, de promotion (37), ne sont pas considérés comme des sanctions disciplinaires.

Les questions qui gravitent autour de l'évaluation rappellent, cependant, la procédure disciplinaire, sans en faire partie. En particulier, le salarié, en l'état actuel

(30) Obs. J. Mouly, sous Cass. Ch. Mixte, 18 mai 2007, Dalloz 2007 p. 2137.

(31) n° 07-44.491.

(32) Cass. Soc. 3 avr. 2001, n° 98-44.069.

(33) Cass. Soc. 10 juill. 2002, Dr. Ouv. 2002, 535, n. Wauquier.

(34) TGI Nanterre 5 sept. 2008, D. 2009, p. 1124, n. A. Lyon-Caen, Dr. Ouv. 2008, p. 591, n. P. Adam.

(35) V. A. Lyon-Caen, n. citée.

(36) V. en ce sens l'évaluation des salariés chez nos voisins européens, par le cabinet d'avocats Hogan Lovells, JCP Édition Soc., n° 13, 29 mars 2011.

(37) Cass. Soc. 10 mai 1989, JCP 1989, éd. G, IV, p. 257.

de la jurisprudence, ne peut pas, sauf usage plus favorable, se faire assister par un tiers, dans la mesure où on considère que l'entretien d'évaluation n'est pas un entretien préalable à une éventuelle sanction disciplinaire (38). Et ce point est critiqué. On se trouve en présence d'une ébauche de droit paradisciplinaire qui gagnerait à être intégré au droit disciplinaire, ce que permettrait plus aisément la « disciplinarisation » du licenciement pour insuffisance professionnelle.

b. le caractère contestable des qualifications actuelles

– *Le choix unilatéral de l'employeur du terrain extra-disciplinaire : le « coup du tramway »*

On veut évoquer ici la décision de l'Assemblée plénière du 6 janvier 2012 relative au retrait de l'habilitation à la conduite du tramway, considérée comme non disciplinaire (39). On voit bien ici se confirmer que l'employeur peut partir de la faute (en l'espèce un manquement signalé à la sécurité), pour arriver à la rupture pour insuffisance professionnelle (40). Des manquements à l'obligation de sécurité, souvent considérés comme des fautes graves (41), peuvent ainsi, par une curieuse alchimie, se fondre en une insuffisance professionnelle non disciplinaire. L'employeur n'est pas obligé de se placer sur le terrain disciplinaire. Ainsi, il peut trouver dans son pouvoir de direction, et notamment dans son pouvoir de gestion, la possibilité d'affecter le salarié fautif à d'autres tâches, sur une ligne de bus par exemple, avec retrait d'habilitation à la conduite du tramway. C'est bien ce qui résulte de cet arrêt de l'Assemblée plénière. La Chambre sociale avait, en 2009 (42), retenu que « *le retrait de l'habilitation de la conduite des tramways et l'affectation consécutive du salarié sur une ligne de bus, décidée en raison d'un comportement considéré par l'employeur comme fautif, constituait une sanction disciplinaire* ». Cette décision fut cassée au motif que l'employeur ne s'était pas placé sur le terrain disciplinaire. Il avait donc une option ? Cette possibilité de choix unilatéral des armes est choquante. « *Comment l'Assemblée plénière a-t-elle pu [...] dénier le caractère disciplinaire de la mesure...* », s'insurge le doyen Waquet (43). Elle prive le salarié de certaines garanties lorsque l'on se situe sur le terrain extra-disciplinaire. Ainsi, le délai de

prescription de deux mois, prévu par le code pour toute sanction disciplinaire, est-il inopposable à l'employeur, dès lors que le licenciement est fondé sur l'insuffisance professionnelle (44).

Le succès de ces stratégies de contournement, comme le souligne justement M. Pascal Lokiec, « *dépend de la distinction particulièrement délicate dans le contexte de changement d'affectation, entre l'exercice du pouvoir de direction et la sanction disciplinaire. Le caractère éminemment subjectif des dispositions de l'article L. 1331-1 (agissement « considéré » comme fautif par l'employeur) explique les solutions divergentes adoptées par la Chambre sociale et l'Assemblée plénière* » (45).

– *La qualification artificielle de sanction en vue de discipliner le litige*

La jurisprudence est parfois amenée à tordre les concepts. Ainsi, dans cette décision récente (46), la Chambre sociale a-t-elle dit qu'une procédure de demande d'explications écrites, mise en œuvre à la suite de faits qualifiés de refus d'obéissance, et ayant donné lieu à la conservation des demandes formulées par l'employeur et des demandes écrites du salarié dans le dossier individuel de celui-ci, constitue une sanction disciplinaire. Il nous semble, pourtant, qu'il y a plutôt faute que sanction ! Le but est, certes, de permettre d'assurer les garanties des droits des salariés.

2. La garantie des droits du salarié

La construction jurisprudentielle actuelle, qui place toujours hors champ disciplinaire l'insuffisance professionnelle, et parfois l'insuffisance de résultat, dépouille le salarié de toute couverture protectrice. Certes le licenciement sur ce motif s'est objectivé. L'employeur n'est plus seul juge de l'aptitude qu'il est en droit d'attendre de ses salariés, mais ce dernier ne bénéficie pas des garanties disciplinaires lors des allégations d'incompétence. L'employeur n'est pas obligé de respecter le régime légal prévu aux articles L. 1331-1 et suivants du Code du travail, et n'a pas, le cas échéant, à mettre en œuvre la procédure, ni les règles conventionnelles éventuelles. Si le règlement intérieur ou la convention collective prévoient une commission disciplinaire préalable à toute sanction, sa saisine n'aura pas lieu en cas d'insuffisance.

(38) Cass. Crim. 11 fév. 2003, n° 01-88.014, Bull. Crim. 2003, n° 32.

(39) n° 10-14.688, Dr. Ouv. 2012 p.362 n. T. Durand ; P. Adam « La sanction disciplinaire ou le songe de Nabuchodonosor », RJS 2012 p. 431.

(40) Versailles, 26 janv. 2011, préc.

(41) Cass. Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.404, Bull. Civ. V, n° 99.

(42) Cass. Soc. 31 mars 2009, n° 07-44.791, RJS 2009, n° 535.

(43) Sem. soc. Lamy, 30 janv. 2012, n° 1523, p. 10.

(44) Cass. Soc. 6 oct. 1998, ACAE c/Bertrand, deux arrêts.

(45) RDT mars 2012, p. 145.

(46) Cass. Soc. 30 janv. 2013, n° 11-23.891.

La possibilité pour l'employeur de choisir le champ disciplinaire ou extra-disciplinaire du licenciement est, on l'a dit, troublante et choquante. De même que la qualification d'un salarié dépend de considérations objectives, qu'il ne revient pas à l'employeur de nommer à sa guise, de même l'option ouverte entre disciplinaire, le non-disciplinaire et même la décision de gestion relevant du pouvoir de direction, ne devrait pas relever de la subjectivité contingente d'une seule des parties. L'employeur ne sera pas, par exemple, tenu par la liste des sanctions prévues au règlement intérieur, alors même qu'il y aurait faute, si le salarié est licencié pour insuffisance professionnelle.

Cette possibilité de choix du terrain non disciplinaire, avec l'insuffisance professionnelle, semblait céder lorsque les faits invoqués à l'appui d'une prétendue insuffisance professionnelle apparaissaient, en réalité, comme constitutifs d'une faute disciplinaire (47). Il nous semblait alors que, ici comme ailleurs, la qualification objective prédominait. L'affaire du tramway (47 bis), dont le démarrage reposait bien sur des fautes, mais aussi l'arrêt du 3 février 2010 sur la mise à pied conservatoire hors licenciement disciplinaire (48), montrent bien qu'il est possible de déplacer les perspectives. On peut, ainsi, partir de fautes indéniables pour aboutir, après passage éventuel par une mise à pied conservatoire, à un licenciement extra-disciplinaire. Le plus souvent, d'ailleurs, dans l'équation de la rupture pour insuffisance professionnelle, une somme de fautes aboutit à un produit non fautif. C'est pour le moins troublant.

En définitive, le mot d'insuffisance professionnelle constitue un procédé aussi magique que contestable d'escamotage du disciplinaire — et donc des garanties du droit qui s'ensuivent — pour peu que la lettre de licenciement ne soit pas maladroitement rédigée (48 bis). On sait que certains détournements de procédure sont neutralisés par la jurisprudence. Ainsi, le détournement d'une clause de mobilité à des fins disciplinaires (49). Les tribunaux aiment bien, en général, rétablir les réalités juridiques. Pourquoi ne pas étendre cette solution au niveau d'un principe général et la faire jouer ici ? Au moins, lorsque les faits qui fondent le licenciement pour insuffisance professionnelle sont fautifs, l'insuffisance professionnelle est une faute.

Et puis, même si l'application du droit disciplinaire est conditionnée par la sanction consécutive à un fait *considéré* comme fautif par l'employeur, celui-ci est-il, pour autant, seul juge de cette considération ? Pourquoi cet îlot de discrétionnaire, alors que presque partout ailleurs l'employeur seul juge a vécu ? Le risque du « tout disciplinaire », dénoncé par M. Gérard Couturier (50), qui considère que la recherche des torts du salarié n'est pas toujours de première urgence, nous paraît moins dangereux que le risque inverse du tout extra-disciplinaire.

Si on adopte une conception moins idéologique, plus objective de la faute, il est possible de répondre positivement à la question posée par un auteur (51) : peut-on requalifier en faute des faits que l'employeur n'avait pas considérés comme tels, se demande-t-il ? Oui, si la faute fait l'objet d'une appréciation objective. Oui, s'il s'agit de prendre en compte un agissement qu'un employeur normalement diligent, soucieux de l'intérêt de son entreprise, considérerait comme fautif. Et dès lors que l'on adopte cette conception, les insuffisances, même non délibérées, peuvent en faire partie.

En définitive, ce mélange des genres (52), ce dévoiement de procédure apparaît encore plus critiquable que l'affirmation jurisprudentielle de l'appartenance des insuffisances au secteur non disciplinaire.

L'avantage du disciplinaire réside non pas dans la militarisation ou l'infantilisation de la relation de travail, mais, au contraire, dans l'encadrement du pouvoir de direction. Dans l'arc-en-ciel des branches de ce pouvoir, le pouvoir disciplinaire est, peut-être, le moins discrétionnaire, le plus équilibré des pouvoirs de l'employeur. Dire que les insuffisances de résultat et professionnelles ne constituent pas des fautes est une proposition qui repose sur une vision idéologique, à l'allure faussement progressiste, qui ouvre la porte aux abus. La Cour de cassation pourrait bien reculer d'un pas, et dire que les insuffisances sont des fautes — certes sérieuses et jamais graves (ainsi l'employeur ne saurait licencier pour faute grave un salarié en arrêt maladie, auquel est reprochée une insuffisance professionnelle, si grave soit-elle (53)) — mais fautes,

(47) Cass. Soc. 6 oct. 1998, prec.

(47 bis) prec. note 39.

(48) prec. note 31.

(48 bis) V. en ce sens les conseils stratégiques donnés dans obs. sous 17 fév. 2004, Jur. Soc. UIMM, n° 2004-690, p. 343.

(49) Cass. Soc. 16 déc. 2005, D. 2006 p. 1945, n. B. Boudias.

(50) In *Études offertes à la mémoire de Pierre Ortscheid*, PUS,

2003, p. 87.

(51) Serge Frossard, RDT 2012, p. 685.

(52) V. Cass. Soc. 7 mars 2006, n° 04-43.782, pour un exemple dans lequel la mention de l'insuffisance professionnelle dans la lettre de licenciement « sauve » le non-respect de la procédure.

(53) V. CA Nîmes, Ch. soc. 22 janv. 2013, n° 11/03098.

sans qu'on s'en offusque. Et dire que ce sont non seulement des fautes professionnelles, mais aussi des fautes disciplinaires, aurait, de surcroît, l'avantage de permettre des sanctions moins irrémédiables que le licenciement. Car si l'insuffisance professionnelle et l'insuffisance de résultat ne sont pas des fautes, on ne peut les sanctionner par des sanctions de degré inférieur au licenciement. D'où le recours, assez hypocrite, au pouvoir de direction dans l'affaire du tramway. Et si l'on veut, à toutes fins, rapprocher le droit privé du travail du droit de la fonction publique, qui ne tient pas l'insuffisance professionnelle pour disciplinaire, alors il faut le faire jusqu'au bout : exiger le respect de la procédure disciplinaire pour ce motif (54).

On pourrait, pourtant, concevoir qu'il existe des améliorations possibles au comportement du salarié insuffisant et, si la faute disciplinaire « vise à l'amélioration de ses destinataires » (55), alors elle est plus indiquée que le *no man's land* actuel. Le jugement d'insuffisance professionnelle par l'employeur ne peut être définitif – c'est le jugement, non d'un homme sur

un autre, mais de son activité laborieuse. Ce jugement est seulement circonstancié, ponctuel. L'affaire est rattrapable. D'où la possibilité de sanctionner une autre fois, lors d'une autre période de référence, et même de licencier ultérieurement – c'est l'aspect négatif – mais aussi d'aboutir à un perfectionnement – c'est l'aspect positif – et d'échapper à la rupture.

Dans son ouvrage sur les mensonges de l'économie, l'économiste Galbraith dénonce la vertu anesthésiante de certains mots qui cachent des réalités. En droit, le rattachement à certaines catégories pourrait bien, à tout le moins, relever non seulement des erreurs, mais aussi des insuffisances. En tout cas, à tort ou à raison, notre marin n'a pas voulu jeter l'ancre dans ces eaux-là, qui n'étaient pas si tranquilles. Les îles qu'il entrevoyait comme accueillantes, ressemblaient, à s'y méprendre, à ces îles abandonnées qu'on trouve en Polynésie française et qui répondent au beau nom d'îles du Désappointement.

Alain Chirez,

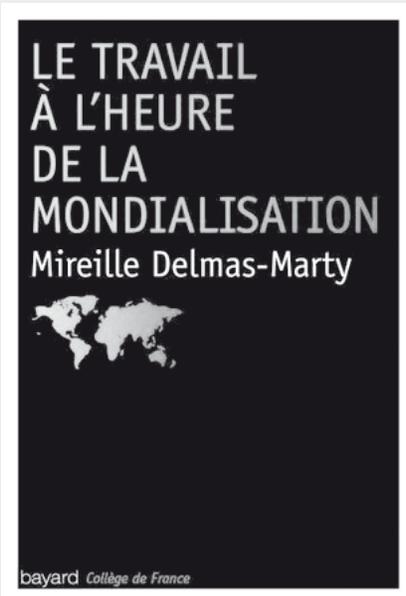
Sophia-Antipolis, le 19 février 2013

(54) CE 11 mars 2011, n° 32811 ; V. Bouhier, La confirmation de l'existence d'un principe général du droit relatif au licenciement pour insuffisance professionnelle, *Rev. Lamy Collect. Terr.*, 2011, p. 70.

(55) Philippe Jacques, Les rapports entre la faute civile et la faute disciplinaire, *in Vers un droit commun disciplinaire*, Publications de l'Université de St-Étienne, p. 190.

LE TRAVAIL À L'HEURE DE LA MONDIALISATION

par Mireille Delmas-Marty



La mondialisation actuelle, autant juridique qu'économique, apparaît à première vue comme un progrès, sur le plan de la prospérité comme de l'universalisme des droits de l'Homme. Pourtant, les écarts se creusent entre les plus riches et les plus pauvres, les frontières se ferment aux humains en même temps qu'elles s'ouvrent aux capitaux, le malaise au travail s'accroît. Avec sa rigueur habituelle, Mireille Delmas-Marty cherche les causes d'une telle discordance entre travail et mondialisation et ose une lecture politique très éloignée du fatalisme actuel : pourquoi le droit de l'Organisation internationale du travail ne peut pas être imposé par des juges internationaux alors que le droit du commerce est contrôlé par un organe qui peut organiser des sanctions ? N'est-ce pas la lenteur de la mondialisation du droit social, face à la rapidité de la mondialisation économique, qu'il convient d'interroger ? Et si la crise financière nous offrait la possibilité de réconcilier mondialisation et humanisation ?

Lire le compte-rendu de lecture de cet ouvrage par Camille Dorignon sur <http://lectures.revues.org/11441>

Bayard coll. Lundis du Collège de France – 2013
ISBN : 978-2-227-48624-9 – 111 pages – 14 euros