

CONTRAT DE TRAVAIL – RUPTURE - LICENCIEMENT - INCOMPETENCE PROFESSIONNELLE - FAUTE (NON)

St Denis, 7 novembre 2000

SARL Espace Beauté « Les herbes sauvages » c/ Gilles Weisser

Arrêt n° 999

Affaire n° 00/00457

Avocats : Me Avril, Me Lagourgue.

EXTRAITS

Résumé de la décision

M. Weisser a été embauché sur un poste de coiffeur par une SARL exploitant un fonds de « coiffure – espace beauté ». Il a été licencié (moins de deux ans après son embauche) pour les motifs suivants, indiqués dans une lettre de licenciement remise en mains propres :

« 1°/ Vous ne rentrez pas dans le cadre de notre méthode de travail, qui est basée essentiellement sur les soins capillaires

« 2°/ Votre salaire ne couvre pas votre chiffre d'affaire réalisé depuis la date de votre embauche ».

Le Conseil de prud'hommes de St Denis, saisi par le salarié, a condamné l'employeur à :

- 10274 francs à titre de dommages et intérêts pour non respect de la procédure,

- 61644 francs à titre d'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

L'employeur a fait appel de cette décision. Le jour de l'audience, il a déposé des conclusions écrites. Le salarié a demandé oralement que ces conclusions soient écartées des débats. L'employeur a fourni alors des explications orales et a fait référence à la notion de faute reprochée au salarié.

Motifs de la décision

1°/ Sur la procédure

Dans la mesure où il appartient à la juridiction saisie de faire observer le principe du contradictoire, les conclusions écrites présentées par l'appelante le jour de l'audience des débats, sans que ce document ait été porté à la connaissance de la partie adverse avant l'audience ne pourront être prises en considération ; il convient donc de les écarter du débat.

2°/ Sur le fond du litige

La lettre de licenciement fixe les limites du litige...

Rappel des termes de la lettre :

« 1°/ Vous ne rentrez pas dans le cadre de notre méthode de travail, qui est basée essentiellement sur les soins capillaires

« 2°/ Votre salaire ne couvre pas votre chiffre d'affaire réalisé de puis la date de votre embauche ».

Attendu que s'agissant d'un licenciement prononcé pour motif disciplinaire, comme admis par l'employeur qui dans ses explications orales a fait référence à la notion de faute, le juge doit uniquement rechercher si les faits reprochés au salarié constituent une faute.

Attendu que l'employeur fait appel aux témoignages d'un dizaine de clients pour caractériser l'incompétence du salarié dans la méthode des soins capillaires.

Mais attendu que l'insuffisance ou l'incompétence professionnelle alléguée dans les termes du premier grief ne peut présenter un caractère fautif ; que, dès lors, aucun fait ne permet de caractériser une faute du salarié dans le cadre de la méthode de travail basée essentiellement sur les soins capillaires.

Que de même, le second reproche, au sujet duquel l'employeur n'apporte aucun élément de preuve aux débats, ne peut non plus constituer une faute.

Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que le congédiement dont il s'agit ne se fonde sur aucune cause réelle et sérieuse.

C'est à bon droit que le premier juge a fait application de l'article L 122-14-5 du Code du travail puisque le salarié dispose de moins de deux ans d'ancienneté au sein d'une entreprise comprenant un effectif inférieur à onze salariés.

Cette indemnité tient compte du seul vice de fond affectant la procédure, sachant que le défaut de notification du licenciement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est dépourvu de toute sanction, ce qui prive le salarié du droit à indemnisation pour inobservation de la procédure de licenciement, laquelle formalité prévue au premier alinéa de l'article L 122-14-1 du Code du travail n'a pour objet que de fixer le point de départ du délai-congé.

Décision

Par ces motifs, la Cour :

- Ecarte des débats les conclusions écrites présentées par l'appelante le jour de l'audience des débats, sans que le document ait été porté à la connaissance de la partie adverse avant l'audience.

- Infirme le jugement en ce qu'il a alloué une indemnité pour défaut de respect de la procédure de licenciement.

- Confirme le jugement en ce qu'il a condamné l'employeur à une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

COMMENTAIRE

Une décision qui donne l'occasion de revenir sur deux notions *a priori* distinctes mais qui entretiennent des « liaisons dangereuses » : insuffisance professionnelle et faute professionnelle.

En l'espèce, l'employeur appelant avait produit, devant la Cour d'appel, le jour de l'audience des débats, des conclusions écrites. Elles ne pouvaient qu'être écartées par la Cour, en vertu du principe du contradictoire (Art. 16 NCPC). Restait l'oralité des débats, au cours desquels l'appelant allait se référer à la procédure disciplinaire, faisant état des fautes commises par le salarié licencié.

C'est ce qui le perd devant la Cour d'appel car la lettre de licenciement, quant à elle, faisait référence à l'insuffisance professionnelle du salarié, qui « n'entrait pas dans la méthode de travail (des soins capillaires) de l'entreprise » (une dizaine de clients en attestait).

En résumé, la Cour d'appel utilise le syllogisme suivant :

- majeure : « l'insuffisance ou l'incompétence professionnelle ne peut présenter un caractère fautif » ;
- mineure : or, l'employeur estime que l'incompétence (ou l'insuffisance) professionnelle est une faute susceptible de justifier un licenciement disciplinaire ;
- conclusion : le licenciement a été prononcé sans cause réelle et sérieuse.

C'est la majeure de ce raisonnement qui retiendra principalement notre intérêt (I). Mais l'arrêt évoque d'autres questions (II).

I/ PORTEE PRINCIPALE DE L'ARRET : ENTRE FAUTE ET INCOMPETENCE PROFESSIONNELLE

Question récurrente à laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation doit répondre plusieurs fois par an : l'insuffisance (ou l'incompétence) professionnelle du salarié est-elle constitutive d'une faute ? Plusieurs enjeux (A), plusieurs positions (B) et quelques pistes (C).

A/ Les enjeux

Si l'insuffisance professionnelle est assimilable à une faute, alors l'employeur doit respecter la procédure disciplinaire, légale ou conventionnelle, pour licencier un salarié incompétent.

S'il ne l'a pas fait, le licenciement risque fort d'être déclaré sans cause réelle et sérieuse ! (Voir Soc. 7 novembre 1984, *B.C.* n° 416 : le licenciement pour insuffisance professionnelle n'a pas à être soumis à la procédure disciplinaire ; comparez avec Soc. 21 janvier 1992, *B.C.* n° 17, admettant le caractère disciplinaire du licenciement d'un salarié à qui il était reproché de vouloir imposer des méthodes contraires à celles que préconisait l'employeur).

Si l'insuffisance professionnelle n'est pas assimilable à une faute, alors, *a fortiori*, l'employeur qui s'en prévaut ne peut se placer sur le terrain de la faute

grave, pour priver d'indemnités le salarié (Voir : Soc. 19 mars 1987, *B.C.* n° 171, *D.* 1987, IR, 75 ; Soc. 21 février 1990, *D.* 1990, IR, 70 ; Soc. 31 mars 1998, *JCP éd. E* 1998, p. 1835, obs. J. Mouly ; Soc. 20 octobre 1998, n° 96-42.498 ; Soc. 16 décembre 1998, n° 96-45.546).

B/ Les positions

1° Deux positions doctrinales s'affrontent.

Certains auteurs estiment que l'incompétence professionnelle est une cause particulière de rupture du contrat de travail, distincte de la faute et que cette distinction mérite d'être maintenue (Cf. par ex. J. Mouly, obs. sous Soc. 31 mars 1998, *JCP éd. E* 1998, p. 1835).

D'autres pensent que les deux notions ne sont pas fondamentalement différentes, l'une (l'incompétence professionnelle) entraînant l'autre (la faute ; cf. H. Blaise, *De la difficulté de rompre avant son terme un contrat de travail à durée déterminée*, *Dr. soc.* 1993, p. 41).

2° Le débat se retrouve en jurisprudence.

En l'espèce, la Cour d'appel de Saint-Denis affirme que l'insuffisance professionnelle et la faute sont deux notions distinctes. Elle a eu, depuis, l'occasion de confirmer cette position (Cf. par ex. St Denis, 12 mars 2001, arrêt n° 01/194, affaire 99/02428, Mme BESOMBES c/ SA SREGH ; sur cet arrêt, *cf. infra*). C'est, certes, une position parfois adoptée par la Cour de cassation (*cf.* Soc. 7 novembre 1984, *B.C.* n° 416).

Cependant, il ne faudrait pas faire croire que c'est une jurisprudence *constante* de la Haute Cour. En effet, lorsque nos juges suprêmes se sont attelés à distinguer faute et incompétence professionnelle, il s'agissait dans la plupart des cas de faute que l'employeur voulait voir qualifiée de « grave ».

Comparer faute à incompétence professionnelle et comparer incompétence professionnelle à faute grave sont deux débats différents !

L'examen attentif de Soc. 31 mars 1998 (*op. cit.*) et des observations de J. Mouly sur cet arrêt (*op. cit.*) est très révélateur de la confusion qui peut régner en la matière : l'arrêt dit que « *la cour d'appel, (ayant) constaté que les erreurs commises par le salarié ne relevaient pas d'une mauvaise volonté délibérée mais de son insuffisance professionnelle, (en a) exactement déduit qu'elles ne pouvaient constituer une faute grave* » ; l'arrêtiste, lui, nous dit que « *dans l'arrêt rapporté (...), la cour de Cassation considère que de tels manquements, lorsqu'ils découlent seulement de l'incompétence du salarié, ne constituent pas une faute de la part de ce dernier* ».

Que l'insuffisance professionnelle ne soit pas assimilable à une faute grave, d'accord. Cette position jurisprudentielle permet avant tout de lutter contre *la précarité dans la précarité* (pour pasticher une expression du Professeur J. E. Ray *in Droit du travail, Droit vivant*, éd. Liaisons, 200-2001, n° 61) en interdisant à l'employeur de se prévaloir de l'incompétence professionnelle du salarié pour

rompre, avant terme et sans avoir à payer l'indemnité de l'article L 122-3-8 du Code du travail, un contrat de travail à durée déterminée.

Que l'insuffisance professionnelle ne s'identifie pas à une faute sérieuse, il faut réfléchir !

Le débat ainsi défini, proposons quelques pistes de réflexions.

C/ Quelques pistes de réflexions

C'est de la notion de faute dont il s'agit !

Une question, en définitive, un peu trop philosophique pour nous et que nous laisserons aux âmes de bonne volonté.

Nous contenterons de rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle un enfant peut être fautif (Plén. 9 mai 1984, *RTD civ.* 1984, p. 508, obs. J. Huet) ; alors pourquoi ne pas considérer comme fautive, par exemple, l'attitude d'un comptable qui a commis de nombreuses erreurs dans l'élaboration de la comptabilité de son entreprise, même s'il ne l'a pas fait exprès ?

La faute objective existe dans notre droit positif et il n'y a pas de raison de l'exclure de notre droit social qui se contente d'une cause sérieuse pour justifier un licenciement.

A condition que l'employeur soit en mesure d'en établir la matérialité. En effet, on sait que l'employeur ne saurait se satisfaire d'un « soupçon », d'un doute, pour engager efficacement une procédure de licenciement à l'encontre de l'un de ses salariés. La jurisprudence contemporaine sur la perte de confiance confirme cette dernière affirmation (*cf.* J. E. Ray, *op. cit.*, n° 207). On peut donc en conclure que l'employeur qui se prévaut de l'incompétence professionnelle de son salarié doit être en mesure d'étayer sa position. Comment pourrait-il le faire sans mettre en évidence certains manquements du salarié ? Comment ces manquements peuvent-ils échapper à la qualification de faute ? Nous ne voyons pas.

Le lecteur l'aura compris : l'auteur de ces quelques lignes n'est pas d'accord avec ceux qui souhaitent un clair départ entre la notion d'insuffisance professionnelle et la notion de faute sérieuse. Cette prise de position n'est certes, pas favorable à celui qui a en charge, dans l'entreprise, la mission d'élaborer pour l'employeur le « dossier de licenciement » d'un salarié ; ceci pour deux raisons.

D'abord, parce qu'elle remet en cause une jurisprudence classique qui considère que l'insuffisance professionnelle est un grief matériellement vérifiable qui peut être précisé et discuté devant les juges du fond (*cf.* Soc. 23 mai 2000, *B.C.* n° 194 ; *SSL* n° 992, p. 47), et qui offre ainsi un dernier havre de paix aux employeurs qui ont du mal à motiver la lettre de licenciement. Si l'insuffisance professionnelle est une faute, alors il s'agira de la caractériser de façon précise et circonstanciée dans la lettre de licenciement qui fixe les termes du litige, sous peine de voir le licenciement qualifié par les juges de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Ensuite, parce qu'elle impose à l'employeur qui entend se prévaloir de l'insuffisance professionnelle de respecter la procédure disciplinaire, légale ou conventionnelle.

Il ne s'agit pas, pour l'auteur de ces observations, de « choisir son camp », entre employeurs et salariés. Il s'agit simplement de faire respecter des standards juridiques qui ont fait leur preuve !

Nous concluons ce commentaire par de brèves réflexions à propos de questions que l'arrêt se contente d'évoquer de façon accessoire.

II/ PORTEE ACCESSOIRE DE L'ARRET

L'insuffisance de résultat, d'abord (A) ; la question du cumul de l'indemnité pour procédure de licenciement irrégulière et de l'indemnité pour absence de cause réelle et sérieuse, enfin (B).

A/ L'absence de résultats, cause réelle et sérieuse de licenciement ?

La lettre de licenciement se référait aussi à une **absence de résultat** du salarié, dont le salaire, selon l'employeur, « *ne couvrait pas le chiffre d'affaire réalisé depuis l'embauche* ».

Si, selon la chambre sociale de la Cour de cassation « un salarié ne répond pas, à l'égard de son employeur des risques d'exploitation sauf faute lourde » (Soc. 31 mai 1990, *B.C.* n° 260, *D.* 1990, IR, 167), c'est à bon droit, pourtant, qu'une Cour d'appel reconnaît le caractère réel et sérieux du licenciement pour insuffisance professionnelle d'un salarié qui n'a pas plus donné satisfaction dans ses dernières fonctions que dans les précédentes, dont le volume de travail était très insuffisant et dont les travaux étaient très souvent inutilisables (Soc. 4 janvier 2000, n° 97-45.292 D ; cf. aussi Soc. 26 octobre 1999, n° 97-43.613 P : salarié licencié pour insuffisance de résultat – moins 43% sur objectif – insuffisance liée à une absence de méthode de travail et à une attitude et esprit négatifs).

Ici, la Cour de Saint-Denis élude le débat, en se plaçant sur le terrain de la preuve (« l'employeur n'apporte aucun élément de preuve aux débats »). Mais elle a depuis pris position (*Cf.* St Denis, 12 mars 2001, arrêt n° 01/194, affaire 99/02428, Mme BESOMBES c/ SA SREGH : « la lettre de licenciement, qui fixe les termes du litiges, fait exclusivement grief à la salariée d'une insuffisance de résultats provenant, selon la direction de l'entreprise, de l'insuffisance professionnelle de la salariée et de son incapacité à diriger un hôtel de cette importance, lesquels ne sont pas de nature à fonder un licenciement disciplinaire » ; affaire opposant une salariée embauchée comme directrice de l'hôtel Armony appartenant au groupe Apavou).

On se contentera de rappeler qu'aujourd'hui, l'absence de résultats ne peut constituer un grief utilisable par l'employeur qu'à l'encontre d'un « salarié – commercial », dès lors que celui-ci s'est expressément engagé (clause de résultat, clause de quota, clause de volume, clause d'objectif) à des résultats *faisables* !

B/ Cumul des sanctions liées à l'inobservance de la procédure de licenciement et des sanctions pour absence de cause réelle et sérieuse

On sait, selon une jurisprudence bien établie par la Cour de cassation, que seul le salarié qui ne peut bénéficier de l'indemnité prévue à l'article L 122 -14 - 4 du Code du travail (6 mois de salaire minimum), soit parce qu'il est occupé par une entreprise de moins de onze salariés, soit parce qu'il a moins de deux ans d'ancienneté, peut se voir accorder deux indemnités cumulées : une pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (calculée en fonction du préjudice subi) et la deuxième pour violation de la procédure de licenciement (un mois de salaire au maximum ; cf. Lamy Social 2001, n° 3076 et 3077).

Néanmoins, dans cette affaire, la Cour d'appel de Saint Denis, annulant sur ce point la décision des premiers juges, refuse un tel cumul des sanctions, au motif suivant : « le défaut de notification du congédiement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est dépourvu de toute sanction, ce qui prive le salarié du droit à indemnisation pour inobservation de la procédure de licenciement, laquelle formalité prévue au premier alinéa de l'article L 122 - 14 - 1 du Code du travail n'a pour objet que de fixer le point de départ du délai-congé et a dès lors pour seule conséquence d'imposer à l'employeur, qui ne l'a pas respectée, la charge de prouver le point de départ du préavis ».

Une telle motivation appelle deux remarques.

La première concerne la portée de l'obligation pesant sur l'employeur quant à la forme de la notification du licenciement : cette notification doit intervenir, selon les termes de l'article L 122 – 14 – 1 C. trav., par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. *Quid*, lorsque cette « notification » est intervenue autrement (par exemple, par lettre simple remise entre les mains du salarié, contre décharge) ? Ici, la Cour de St Denis estime que la violation de cette obligation formelle ne doit, en elle même, entraîner aucune sanction. Cette position n'est pas celle des rédacteurs du Lamy social, selon lesquels « il est conforme à l'esprit de la loi de reconnaître à la notification (du licenciement) par l'envoi d'une lettre recommandée un caractère nécessaire » (*Lamy social* 2000, n° 3031 ; position reprise dans l'édition 2001, n° 3067).

La seconde remarque est relative à la volonté de la Cour d'appel de St Denis de ne jamais cumuler, à l'encontre d'un employeur, les sanctions pour absence de cause réelle et sérieuse et les sanctions pour procédure irrégulière, peu importe que le salarié relève de l'article L 122-14 - 4 ou de L 122 – 14 - 5 du Code du travail (Cf. St Denis, 24 octobre 2000, *RJOI* 2000/2001, p. 269, à propos d'un salarié relevant de l'article L 122-14-5 : « l'indemnité pour non respect de la procédure ne se cumule pas avec l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse » ; Cf. aussi St Denis, 27 février 2001, arrêt n° 01/166, Délégation régionale Unedic – AGS Centre Ouest Département de La Réunion c/ Christian Walch - Société TBOI et Houssen Badat, arrêt non publié, concernant le licenciement d'un peintre en bâtiment employé par une entreprise à l'effectif de moins de 11 salariés : l'indemnité pour défaut de respect de la procédure ne peut se cumuler avec celle

sanctionnant le défaut de cause réelle et sérieuse). Cette position n'est pas celle de la Cour de cassation. En effet, si pour les salariés qui relèvent de l'art. L 122 – 14 – 4 C. trav. (ceux qui ont 2 années d'ancienneté lorsqu'ils sont licenciés par une entreprise occupant habituellement au moins 11 salariés), la Chambre sociale de notre Haute Cour considère que l'indemnité pour irrégularité de forme (1 mois de salaire au maximum) et l'indemnité pour irrégularité de fond (6 mois de salaire au minimum) ne se cumulent pas (Cf. Soc. 24 janv. 1996, *Bull. civ.* n° 27), elle estime que les salariés relevant de l'art. L 122 – 14 – 5 peuvent bénéficier du cumul (Cf. Soc. 30 mai 1990, B.C. n° 255 ; *adde* la jurisprudence citée in *Lamy Social* 2001, n° 3077).

Résistance de la Cour d'appel de Saint-Denis ?

Serge Farnocchia
Maître de conférences à l'Université de La Réunion