



Licenciement pour insuffisance professionnelle : un motif à risques ?



Sofiane COLY
Avocat fondateur
Cabinet Dairia Avocats



Manon GILLE
Juriste
Cabinet Dairia Avocats

QU'EST-CE QUE L'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE ?

L'insuffisance professionnelle s'entend comme l'incapacité manifeste, objective et durable d'un salarié à exécuter de façon satisfaisante un emploi correspondant à sa qualification.

En pratique, et bien souvent en dépit de toute bonne volonté, l'intéressé ne parvient

pas, ou plus, à mener à bien les missions lui incombant, pour lesquelles il a été embauché, par manque de compétence. Il réalise des prestations de mauvaise qualité, commet des erreurs de manière récurrente et est, en somme, incapable d'effectuer correctement son travail.

Devant ce douloureux constat, son licenciement pour insuffisance professionnelle se présente souvent comme une impérieuse nécessité.

L'insuffisance professionnelle est un motif de licenciement généralement mal appréhendé par les DRH. Ces derniers sont en effet souvent frileux à l'idée de l'utiliser, de peur de ne pas parvenir à le caractériser au moyen d'éléments de faits précis, objectifs et matériellement vérifiables. Pourtant, correctement documentée, elle peut parfaitement justifier un licenciement.

En effet, le DRH ne peut pas s'astreindre à maintenir, quoi qu'il en coûte, le salarié dans son emploi, au risque que l'entreprise et ses performances s'en trouvent défavorablement impactées.

L'insuffisance professionnelle relève « d'un motif précis et matériellement vérifiable » ⁽¹⁾ et peut justifier un licenciement pour motif personnel non disciplinaire.

Il convient en effet de bien garder présent à l'esprit qu'en l'absence de mauvaise volonté délibérée la Cour de cassation considère que l'insuffisance professionnelle ne constitue pas une faute disciplinaire ⁽²⁾.

Néanmoins, la frontière entre l'insuffisance professionnelle et la faute s'avérant relativement ténue,

(1) Cass. soc., 9 janv. 2002, n° 99-45.395.

(2) Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163 ; Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 05-45.644.



nombre de dirigeants payent cette erreur de qualification au prix fort, et sont condamnés par les juges pour avoir notifié un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Pour éviter de tomber dans cet écueil et sécuriser la procédure, il convient de rappeler :

- la feuille de route qui doit guider le DRH quand il initie un tel licenciement ;
- les différents éléments permettant de caractériser l'insuffisance professionnelle ;
- l'importance de disposer d'un solide dossier en prévision d'un éventuel contentieux ;
- l'exigence de motiver avec soin la lettre de licenciement.

PRINCIPALES RÈGLES À RESPECTER

On ne découvre pas du jour au lendemain l'insuffisance professionnelle d'un salarié. Ce sentiment, qui va progressivement évoluer vers une certitude, se fonde au fil de l'eau, à partir d'un faisceau d'indices, de comportements et d'erreurs.

Comparaison n'est pas raison, mais le DRH expérimenté se rendra compte assez rapidement qu'à poste et missions semblables les compétences peuvent clairement diverger selon les salariés.

Cependant, il est très important de ne pas s'arrêter à ces intuitions. Il est indispensable de s'appuyer sur des éléments factuels qui vont permettre, après un premier constat, d'établir un diagnostic : c'est-à-dire définir clairement ce qui caractérise l'incompétence du salarié, malgré les aides et les formations mises en place pour l'épauler dans sa tâche.

Ce diagnostic va balayer différents registres, qui concernent les compétences professionnelles et techniques, les savoir-faire, mais aussi, aspect plus délicat, les savoir-être.

Le DRH doit donc, autant que faire se peut, apprécier la situation de la manière la plus dépassionnée possible.

Dans la perspective d'un potentiel contentieux, l'insuffisance professionnelle doit pouvoir être objectivée par des faits concrets et vérifiables, et

l'incompétence du salarié ne doit en aucun cas pouvoir s'expliquer par des carences du management.

L'enjeu est donc de taille et il faut s'atteler :

- non seulement à démontrer de manière précise les insuffisances du salarié ;
- mais également à mettre en avant tous les efforts préalablement accomplis par l'entreprise pour lui permettre d'atteindre les objectifs fixés et de répondre aux attentes du poste.

Remarque

On s'assurera au préalable que la convention collective applicable à l'entreprise ne restreint pas le droit de licencier un salarié pour insuffisance professionnelle ⁽³⁾.

ÉLÉMENTS SUSCEPTIBLES DE CARACTÉRISER L'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE

Du quantitatif au qualitatif

Quel que soit le secteur d'activité, le travail réalisé doit toujours pouvoir être apprécié de manière quantitative et qualitative.

Si l'on prend l'exemple d'un psychologue qui travaillerait pour le compte d'une association, on pourrait résumer ainsi ce qui est attendu de lui :

- d'un point de vue *quantitatif*, le psychologue doit accompagner l'équipe éducative en place, et donc procéder à un certain nombre d'entretiens avec les personnes prises en charge par l'association, faire des comptes rendus et dresser des bilans. Il peut donc être exigé de sa part une certaine production, en fonction des critères retenus par l'association dans le cadre de son engagement éducatif et pédagogique ;

(3) Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-22.890 ; à propos de la convention collective nationale de la banque, dont l'article 26 relatif au licenciement pour motif non disciplinaire dispose qu'avant d'engager la procédure de licenciement l'employeur doit avoir considéré toutes solutions envisageables, notamment recherché le moyen de confier au salarié un autre poste lorsque l'insuffisance résulte d'une mauvaise adaptation de l'intéressé à ses fonctions.



- d'un point de vue *qualitatif*, il sera exigé du psychologue qu'il puisse faire des recommandations, proposer des pistes de réflexion ou tout autre élément d'analyse permettant d'améliorer la situation des personnes prises en charge par la structure.

Ainsi, métiers intellectuels et manuels peuvent parfaitement faire l'objet de ce type de description, et c'est justement ce travail qui est fondamental.

Rappelons-le, le juge ignore probablement tout de l'activité du salarié. Il faudra donc le convaincre que les manquements de ce dernier étaient bien constitutifs d'une insuffisance professionnelle, ce qui passe nécessairement par cet effort d'accessibilité, au-delà du dossier à constituer. En outre, n'oublions pas que les magistrats ne prendront pas le temps de se mettre à la place de l'employeur, et ce d'autant qu'en cas de doute ce dernier profitera au salarié.

Autre exemple parlant, le **savoir-être** peut parfois être difficile à définir, mais on peut relever les compétences clés qui suivent :

- *communication* : être capable de communiquer efficacement avec les collègues, d'exprimer clairement ses idées et d'écouter activement les opinions des autres membres de l'équipe ;
- *collaboration* : travailler avec d'autres membres de l'équipe en partageant les responsabilités, en soutenant les efforts des autres et en mettant en commun les compétences pour atteindre les objectifs communs ;
- *respect* : montrer du respect envers les collègues, en reconnaissant leurs compétences et leurs contributions, et en étant ouvert aux opinions et aux idées des autres, même si elles sont différentes des siennes ;
- *flexibilité* : être capable de s'adapter aux changements et aux nouvelles situations, et d'accepter les compromis lorsque cela est nécessaire pour le bien de l'équipe ;
- *résolution de problèmes* : contribuer à la résolution des problèmes et des conflits en apportant des solutions constructives et en recherchant l'intérêt commun, plutôt que ses propres intérêts ;
- *empathie* : faire preuve d'empathie envers les collègues, en étant attentif à leurs besoins et en comprenant leurs préoccupations, et en offrant soutien et encouragement lorsque cela est nécessaire.

Un tel travail, de description et « *d'objectivation* », s'avère essentiel pour que le licenciement soit justifié.

Éléments quantifiables : l'insuffisance de résultat comme critère déterminant du licenciement

Principes et contexte

S'ils sont réalistes et explicités en amont au salarié, les objectifs fixés constituent des éléments significatifs, à condition qu'ils soient analysés sur une période raisonnable (mois, année), sur une durée de répétition conséquente (en moyenne trois ans), et à l'aune des moyens déployés pour permettre au salarié de les réaliser.

C'est l'élément clef pour les commerciaux, les cadres dirigeants, auxquels on fixe un objectif quantitatif.

Ces « *quotas* » peuvent être fixés dans le contrat de travail et négociés avec l'employeur selon une périodicité prévue contractuellement, et font alors l'objet d'un avenant.

Le contrat de travail peut également prévoir que c'est l'employeur qui les fixe unilatéralement, puis les porte à la connaissance du salarié en début d'exercice.

Le fait de ne pas atteindre ses résultats peut être considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement lorsque des carences du salarié sont mises en avant et que c'est l'insuffisance professionnelle qui en est la cause ⁽⁴⁾.

Cependant, avant de qualifier d'insuffisance professionnelle des résultats médiocres, il est indispensable de considérer un certain nombre de réserves. C'est ce que feront les juges en cas de contentieux, car ils auront à cœur d'apprécier le contexte. Aussi prendront-ils soin de vérifier si :

- les objectifs fixés étaient réalistes ;
- s'ils étaient raisonnables et compatibles avec l'état du marché ;
- s'ils étaient compatibles avec la marge de manœuvre laissée au salarié ;

(4) Cass. soc., 14 mai 2003, n° 01-42.648 ; Cass. soc., 14 févr. 2001, n° 99-40.113.



- s'ils l'étaient également avec son ancienneté et son expérience ;
- si les délais pour réaliser les objectifs étaient suffisants ;
- si la période d'évaluation des résultats était suffisamment longue pour observer les insuffisances ;
- si l'ancienneté dans la fonction a permis au salarié d'obtenir des contrats ou des clients nouveaux.

Établir la liste des contre-arguments susceptibles d'être soulevés par le salarié

Pour instruire ce type de dossier, il faut s'entourer de multiples précautions et jauger la capacité du salarié à fournir des contre-arguments, des « *circonstances atténuantes* » qui seraient susceptibles de fragiliser le motif tiré de son insuffisance. Il est donc indispensable d'établir une liste des questions à se poser avant d'engager la procédure. On retiendra notamment les suivantes :

- le secteur d'activité du salarié peut-il être comparé avec d'autres qui soient similaires (nombre de clients...) ?
- les résultats atteints peuvent-ils être contestés ?
- le salarié bénéficie-t-il des mêmes moyens que ses collègues (formation, adaptation au poste de travail, logistique...) ?
- la baisse des résultats s'observe-t-elle dans une conjoncture économique particulière qui l'expliquerait, au moins partiellement ?
- le salarié a-t-il été correctement « managé » ? Par exemple, des injonctions contradictoires, de la rétention d'informations peuvent constituer des obstacles probants à l'exercice optimal de son activité.

Connaître les éléments d'information que les juges prendront en considération pour forger leur conviction

Les juges ne manqueront pas de considérer la politique et les méthodes de l'entreprise pour évaluer les circonstances dont le salarié s'est trouvé tributaire :

- mauvaise politique commerciale ;
- réduction générale des affaires ;

- défaillance de l'entreprise attestée par des lettres de clients.

Par ailleurs, ils pourront apprécier si, confrontée aux mauvais résultats du salarié, sa hiérarchie l'a suffisamment averti et lui a donné l'occasion de se reprendre. En l'absence d'observations et de mise en garde préalables, le licenciement pourra être déclaré injustifié ⁽⁵⁾.

Tout est relatif. Si les objectifs ne sont pas totalement atteints, mais proches de ceux fixés, on ne pourra pas parler d'insuffisance de résultats. Il faut vraiment que ces derniers se révèlent insuffisants, voire « *nuls* » sur la base d'une jauge clairement établie, c'est-à-dire avec des éléments de comparaison, comme par exemple :

- baisse du chiffre d'affaires constante comparée à celui des collègues placés dans les mêmes conditions ;
- mauvais résultats en comparaison de pairs ayant moins d'expérience.

Remarque

Attention cependant, la comparaison a ses limites, notamment si les objectifs ont été individualisés et varient d'un salarié à l'autre en fonction de son expérience, de sa quotité de travail. On ne peut pas reprocher à un salarié une insuffisance professionnelle si les résultats sont inférieurs à ses collègues, mais restent bons.

Il faut par ailleurs prendre la précaution de lire les accords collectifs applicables dans l'entreprise, car ces derniers peuvent écarter la possibilité d'attendre des résultats commerciaux de certains salariés.

Enfin, il faut être conscient que la notion de résultats est étrangère à certains métiers pour des raisons déontologiques (professions médicales...).

Opter pour des solutions moins définitives ?

Une fois ce diagnostic effectué, en ayant anticipé les objections éventuelles, il convient d'évaluer les chances d'aboutir, quitte à se rabattre sur des solutions moins radicales qui ne constitueront pas des mesures disciplinaires : proposer au salarié une mutation ou une rétrogradation.

(5) Cass. soc., 7 juill. 1993, n° 89-44.117.



Ces deux mesures peuvent palier à des incompétences constatées, sans pour autant aller jusqu'au licenciement.

La mutation peut permettre de placer le salarié dans un service où il sera mieux encadré, alors qu'il disposait de trop d'autonomie dans son précédent poste.

La rétrogradation peut permettre de revenir à la situation antérieure, avant une promotion, car dans son nouveau poste le salarié a atteint son niveau d'incompétence, alors qu'il donnait entière satisfaction dans le précédent.

Remarque

On rappellera à toutes fins utiles que ces deux dispositifs constituent des modifications du contrat de travail nécessitant évidemment l'accord du salarié.

Conclusion

Après avoir écarté les éléments de contexte et s'être assuré de sa probité, l'employeur pourra mettre en avant une carence du salarié comme étant la cause de l'insuffisance de résultats observée. Il devra, par les moyens exposés plus haut, établir l'incompétence de l'intéressé de manière objective, en précisant les défaillances : manque de travail, de réactivité, non-respect des procédures, rapports sommaires et incomplets, prospections insuffisantes...

Éléments non quantifiables de nature à faire état de la médiocrité du travail réalisé

Outre les résultats, il s'agit également d'évaluer la qualité même des travaux réalisés, la capacité du salarié à respecter le cadre de l'entreprise et à répondre à ses missions.

On balaye là un champ très large selon les secteurs d'activité : depuis la pièce défectueuse jusqu'aux erreurs de saisie, fautes de frappe et de calcul, autant d'éléments qui peuvent nuire à la bonne marche de l'entreprise, à sa sécurité, à sa crédibilité, à la qualité de sa communication.

Ces incidents peuvent révéler une insuffisance professionnelle, à charge pour le DRH de démontrer en quoi ils sont préjudiciables à la qualité du service et quels en sont concrètement les répercussions, sans qu'il soit nécessaire d'évoquer un préjudice chiffrable.

Les exemples sont nombreux. On citera parmi eux le cas d'un salarié qui n'exécutait pas correctement les tâches correspondant à sa qualification professionnelle, dont le travail était à refaire, et qui de surcroît avait provoqué des dégâts matériels sur un chantier ⁽⁶⁾.

Attention cependant de s'assurer que les procédures de contrôle et de régulation du travail ont bien été mises en place.

L'utilisation de résultats de test ou méthodes d'évaluation des aptitudes du salarié à exécuter des tâches qui lui sont confiées peut constituer, à cet égard, un élément réel, précis et objectif.

Il va alors de soi que les doléances des clients insatisfaits de la prestation du salarié (comme les éléments tirés d'enquêtes de satisfaction réalisées auprès de ces derniers par une société extérieure) peuvent, dans ce contexte, constituer un élément à charge.

Remarque

On observera par ailleurs que des échanges de courriel depuis une messagerie professionnelle ont été considérés comme des éléments recevables s'ils viennent à l'appui d'un fait démontrant l'incompétence d'un salarié ⁽⁷⁾.

D'une manière générale, on peut classer dans différentes catégories les exemples de circonstances où la cause réelle et sérieuse a été reconnue par les tribunaux (*voir tableau ci-après*).

(6) Cass. soc., 25 sept. 2012, n° 11-10.684.

(7) Cass. soc., 1^{er} juin 2017, n° 15-23.522.



Faits caractérisant une insuffisance professionnelle

TYPOLOGIE DES MANQUEMENTS	ILLUSTRATIONS
Qualité du travail et méthodes	<ul style="list-style-type: none"> • Manque de rendement en raison d'un temps objectivement excessif pour exécuter les tâches confiées • Salarié qui ne donne pas satisfaction dans l'ensemble de ses fonctions malgré des adaptations de postes réalisées • Volume de travail très insuffisant et travaux inutilisables • Manque d'organisation personnelle • Mauvaise qualité des productions, plaintes des clients • Erreurs récurrentes entraînant des redressements
Positionnement en termes de responsabilités et de management d'équipes	<ul style="list-style-type: none"> • Incapacité à assumer ses responsabilités • Incapacité, compte tenu du haut niveau hiérarchique de l'intéressé, à mettre en œuvre les orientations de l'entreprise • Insuffisance managériale : manque de respect des collaborateurs, langage insultant et dégradant, mauvaise communication... Attitude qui génère des troubles psycho-sociaux pour un nombre important d'employés
Respect des règles et des procédures d'adaptation au poste de travail	<ul style="list-style-type: none"> • Abstention volontaire d'un salarié d'apprendre une nouvelle méthode de travail le mettant dans l'incapacité de s'adapter au nouveau matériel • Salarié ayant suivi plusieurs fois la même formation dans le cadre de son temps de travail et ayant échoué à chaque fois aux tests sanctionnant cette formation.

CONSTITUER UN DOSSIER SOLIDE EN PRÉVISION D'UN ÉVENTUEL CONTENTIEUX

Ayant une vision claire des circonstances qui permettent au licenciement prononcé pour insuffisance professionnelle de reposer sur une cause réelle et sérieuse, il faut se préparer à expliquer, le cas échéant, son motif devant le juge.

Ce dernier va vérifier que l'évaluation faite s'inscrit dans une gestion du personnel cohérente et que le salarié a montré des insuffisances dans un poste qui correspondait à ses qualifications.

L'élaboration d'un dossier venant en appui est donc incontournable. Dans l'idéal, celui-ci devrait déjà être préconstitué : on ne s'aperçoit pas brutalement de l'incompétence d'un collaborateur. Les éléments de preuve devraient s'être accumulés au fur et à mesure des événements qui ont conduit à ce constat. Mais il y a souvent loin de l'idéal à la réalité et le DRH va

devoir demander au supérieur hiérarchique de l'intéressé de lui donner de quoi étayer leur diagnostic.

Contenu – Points de vigilance

En fonction du type d'entreprise, les éléments constitutifs du dossier peuvent être très variables. Quoi qu'il en soit, ils doivent être tangibles et, autant que faire se peut, irréfutables.

En pratique, on s'attachera en premier lieu à comprendre le poste du salarié, à décrire les compétences attendues, et à essayer de les synthétiser au mieux.

Nombreux sont les outils permettant de procéder à une telle analyse : outre la fiche de fonction, on n'oubliera pas les compétences clés qui peuvent figurer dans les accords collectifs, ou encore le fichier Rome ⁽⁸⁾. Il faudra par ailleurs passer du temps avec

(8) Référentiel conçu par Pôle emploi et actualisé régulièrement, tenant compte des évolutions du marché du travail. Il présente l'ensemble des métiers regroupés par fiches, organisées par domaines professionnels. Ces fiches pro-



les opérationnels, afin qu'ils décrivent avec leurs mots ce qui peut être raisonnablement attendu d'un salarié dans le poste que l'intéressé occupe.

Un deuxième volet recensera toutes les actions préalablement mises en œuvre pour s'efforcer de former, d'accompagner et de communiquer avec le salarié, afin qu'il puisse s'adapter aux exigences de son poste.

En effet, n'oublions pas que le licenciement pour insuffisance professionnelle est la solution ultime qui ne peut s'envisager qu'après s'être assuré que tous les moyens ont bien été donnés au salarié pour accomplir correctement sa mission et que, malgré eux, ses carences ont perduré.

De ce point de vue, on s'assurera d'avoir mis en place un cadre de travail adapté, que les objectifs fixés ont été réalistes, et que l'on a rédigé une fiche de poste discutée avec l'intéressé. Cela permettra de la sorte d'attester de tous les efforts produits pour que le salarié parvienne à réaliser ses tâches.

Il sera alors indispensable d'en conserver des traces : stages de formation, mise en place d'un tutorat, achat d'outillage, attention portée sur l'ergonomie du poste de travail... Ceci afin de se prémunir de tout argument qui consisterait à dire que le

sentiment d'incompétence mis en avant résulte, en fait, d'une mauvaise adaptation au poste de travail.

Sans ce cadre clairement posé, le salarié pourrait tenter de se justifier par la survenue de troubles psychosociaux (burn-out) dus à la mauvaise organisation du travail.

L'adaptation des salariés au poste de travail constitue un élément important en cas de contentieux, car cela fait partie intégrante des obligations de l'employeur qui doit « *veiller au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* »⁽⁹⁾.

Il est donc indispensable d'évaluer, avant la mise en œuvre de la procédure, si la formation professionnelle était suffisamment conséquente et adaptée et si elle permettait au salarié de faire face aux évolutions techniques ou au changement des méthodes de travail.

Par ailleurs, il faut s'assurer que le poste soit configuré aux capacités du salarié et relève bien de son champ de compétences au risque que son incompétence ne soit imputable à l'entreprise.

C'est le cas si l'on embauche un salarié dont la qualification est manifestement insuffisante ou à qui on confie des tâches inadaptées et étrangères à l'objet de son embauche⁽¹⁰⁾.

COMMENT CONSTITUER UN « DOSSIER » D'INSUFFISANCE PROFESSIONNELLE SUR UNE PROBLÉMATIQUE DE SAVOIR-ÊTRE ?

En tenant compte des aspects clés qui pourraient affecter la performance d'un collaborateur et de son équipe, voici la démarche, en forme d'étapes, que nous préconisons.

Étape 1 – Définir clairement les attentes en matière de savoir-être : identifiez les compétences et comportements attendus pour le poste concerné. Ces compétences peuvent inclure : la communication, le travail en équipe, la prise d'initiative, le respect des autres, l'adaptabilité et l'autonomie.

Étape 2 – Documenter les problèmes : prenez note des incidents et situations où le collaborateur a manqué de savoir-être, en décrivant les circonstances et les conséquences pour l'équipe et l'entreprise. Cela pourra être utilisé comme base pour la discussion avec le salarié et servir de preuve en cas de contestation.

Étape 3 – Organiser un entretien avec l'intéressé : planifiez un entretien privé avec lui pour discuter des problèmes identifiés. Abordez les sujets avec tact et diplomatie, en mettant l'accent sur l'importance du savoir-être pour le bon fonctionnement de l'équipe et de l'entreprise.

Étape 4 – Proposer un plan d'amélioration : élaborer un plan d'amélioration avec des objectifs clairs et réalisables, en accordant au salarié un délai pour progresser. Assurez-vous de fournir des ressources et du soutien pour l'aider à développer ses compétences en savoir-être.

posent une description détaillée des métiers : définition, accès à l'emploi, compétences (savoir-faire, savoir-être professionnels et savoirs), contextes de travail, mobilité professionnelle).

(9) C. trav., art. L. 6321-1.

(10) Cass. soc., 2 févr. 1999, n° 96-44.340 ; Cass. soc., 20 juin 2001, n° 99-43.131.



Étape 5 – Suivi et évaluation : organisez des réunions de suivi pour évaluer les progrès de l'intéressé et discuter des ajustements éventuels. Si des améliorations significatives sont constatées, félicitez le pour ses efforts. Si le problème persiste, envisagez des mesures supplémentaires, comme une formation ou un coaching spécifique.

Étape 6 – Prendre une décision sur le licenciement : si malgré vos efforts, le salarié ne montre pas d'amélioration et que son insuffisance professionnelle nuit à l'équipe et à l'entreprise, vous pouvez envisager son licenciement pour insuffisance professionnelle.

S'appuyer sur des documents probants

Outre les documents évoqués préalablement, certains comptes rendus d'entretiens ou de réunions (si ces dernières ont été formalisées) sont à précieusement garder sous le coude et voués à intégrer le dossier, pour peu qu'ils soient suffisamment probants.

Entretien professionnel d'évaluation

Il constitue un élément incontournable si tant est que le manager a pris soin de mentionner et de justifier les éléments qui lui paraissent insuffisants.

L'exercice est difficile, car la tentation est souvent à cette occasion « *d'acheter la paix* » en gommant certaines difficultés par des appréciations globalement neutres. Comment, si un tel document est produit devant les juges, lui accorder alors une réelle crédibilité ? Ces derniers ne manqueront pas de pointer la contradiction.

Réunions périodiques

Celles-ci sont organisées pour permettre la régulation du travail. Si, à leur issue, un compte-rendu est réalisé, il pourra être utilisé en ce que des constats objectifs y ont été établis.

Audit

Il s'agit d'un bon moyen de se saisir du problème, car il va permettre d'établir la responsabilité du salarié par une entité neutre. Il faut cependant bien s'assurer que l'intéressé ait été prévenu préalablement de sa mise en œuvre et qu'il ait été averti des objectifs poursuivis, à savoir l'évaluation de son activité.

Remarque

Cette information préalable peut se traduire simplement en associant le salarié à la préparation de l'audit, en lui demandant de mettre à disposition

des documents et en spécifiant le but de la mission du consultant. Cette condition suffit pour rendre recevable le dossier ⁽¹¹⁾.

Écueils à éviter

La subjectivité

L'employeur doit à tout prix éviter de faire preuve de subjectivité par la comparaison systématique avec un autre salarié exerçant une activité qu'il juge similaire.

C'est en effet un pari risqué, car le salarié peut être amené à préciser les points de différences (ergonomie du poste de travail, répartitions des tâches...) justifiant un écart de résultat ⁽¹²⁾.

Faire appel au témoignage d'un pair

Ce procédé risqué peut être soumis à caution : l'employeur peut être soupçonné d'avoir fait pression sur les salariés pour obtenir un témoignage.

Il s'agit dès lors d'une stratégie à éviter et qui se heurte de toute manière à l'esprit de corps et à la forte réticence des salariés à témoigner à charge contre un collègue qu'ils côtoient quotidiennement.

Conditionner le licenciement au non-redressement de la situation avant la fin du préavis

Cette approche plutôt bienveillante laisse une chance au salarié de s'amender avant que le couperet ne tombe. Mais il s'agit là d'une erreur, car les juges vont estimer que les griefs formulés ne sont pas suffisamment pertinents, l'employeur apparaissant ainsi convaincu de la capacité du salarié à s'améliorer ⁽¹³⁾. Or, si l'insuffisance professionnelle est caractérisée, toute voie d'amélioration est censée avoir été écartée avant d'en arriver à cette extrémité.

(11) Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-19.002.

(12) Cass. soc., 22 juin 2011, n° 10-14.922.

(13) Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-40.634.



MOTIVER CORRECTEMENT LA LETTRE DE LICENCIEMENT

Pour la Cour de cassation, la simple mention de l'« *insuffisance professionnelle* » dans le courrier de rupture, sans détailler les faits reprochés au salarié, est suffisante pour que la lettre soit dûment motivée ⁽¹⁴⁾, dès lors que ladite insuffisance est « *préjudiciable aux intérêts de l'entreprise* » ⁽¹⁵⁾.

La Haute juridiction estime en effet que ce motif peut, par la suite, être précisé et détaillé devant les juges du fond. Ainsi, elle affirme : « *le grief d'insuffisance professionnelle constitue l'énoncé du motif précis, matériellement vérifiable, exigé par la loi* » ⁽¹⁶⁾.

Remarque

Cette position est logique, puisqu'il est établi que l'appréciation des aptitudes professionnelles et l'adaptation à l'emploi relèvent du pouvoir patronal. Dès lors, le juge ne peut pas prétendre substituer son appréciation à celle de l'employeur.

Même si elle ne nécessite pas d'être particulièrement étayée dans la lettre de licenciement, l'insuffisance professionnelle doit, comme nous l'avons vu, s'appuyer sur un dossier solide constitué de tous les éléments qui fondent l'appréciation du DRH, qui lui sera indispensable en cas de contentieux.

On observe en pratique que les conseillers prud'homaux ont beaucoup de mal à juger les dossiers d'insuffisance professionnelle lorsque la lettre de licenciement est par trop lapidaire.

Mais il demeure préférable d'être elliptique dans le courrier, plutôt que de prendre le risque de se tromper !

Car n'oublions pas que le motif mentionné dans la lettre de licenciement fixe à lui seul les termes du litige s'agissant de la nature des griefs formulés à l'encontre du salarié, et les juges ont toute latitude pour, si nécessaire, restituer aux faits

énoncés leur véritable qualification juridique, avec toutes les conséquences que cela implique en cas d'erreur, en particulier quant au respect des procédures.

En effet, contrairement au licenciement disciplinaire (pour lequel la convocation à l'entretien préalable doit être adressé dans un délai maximum de deux mois suivant la connaissance des faits), la procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle ne souffre d'aucune limitation temporelle, de sorte que cette incapacité du salarié à remplir ses fonctions peut être invoquée à tout moment.

De même, si la lettre doit être envoyée dans le mois qui suit l'entretien préalable lorsque le licenciement est disciplinaire, aucun délai maximum n'est imposé en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle.

Or, si les reproches faits au salarié dans la lettre de licenciement sont de nature disciplinaire et ne relèvent pas d'un simple manquement involontaire dans l'exécution du travail, le licenciement prononcé (à tort) pour insuffisance professionnelle sera nécessairement sans cause réelle et sérieuse, dès lors que la procédure disciplinaire n'aura pas été appliquée ⁽¹⁷⁾.

Inversement, si l'entreprise s'est placée sur le terrain disciplinaire en prononçant un licenciement pour faute grave, il n'appartient pas aux juges du fond de requalifier la rupture en licenciement pour insuffisance professionnelle et dire ce dernier fondé, en relevant que les griefs visés dans la lettre de licenciement s'analysent plus comme des motifs d'une insuffisance professionnelle que comme une faute grave et que cette insuffisance est nettement caractérisée ⁽¹⁸⁾. Dès lors qu'aucune faute n'est imputable au salarié, le licenciement se retrouve privé de cause.

Le contenu de la lettre de licenciement constitue le point d'ancrage pour apprécier la nature du licenciement.

(14) Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.646.

(15) Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-42.064.

(16) Cass. soc., 29 oct. 1997, n° 95-44.152 ; Cass. soc., 20 nov. 1996, n° 93-45.555 ; Cass. soc., 3 déc. 2003, n° 01-45.039.

(17) Exemple : Cass., soc., 9 janv. 2019, n° 17-20.568.

(18) Cass. soc., 17 janv. 2013, n° 12-10.051.

**PEUT-ON PASSER DU NON-DISCIPLINAIRE AU DISCIPLINAIRE (ET VICE VERSA) EN COURS DE PROCÉDURE ?**

Jusqu'à il y a peu, la jurisprudence considérait que l'employeur qui s'engageait sur la voie disciplinaire ne pouvait pas faire marche arrière, et que le licenciement, précédé d'une proposition de mutation, de rétrogradation et comportant une diminution de salaire, assortie d'une mise à pied conservatoire, présentait nécessairement un caractère disciplinaire ⁽¹⁹⁾.

Ce n'est désormais plus le cas : un licenciement envisagé pour insuffisance professionnelle (ou un autre motif non disciplinaire) peut parfaitement « déboucher » sur un licenciement disciplinaire lorsque des éléments aggravants apparaissent à la lumière de l'entretien ou dans la foulée de ce dernier. Il faut alors initier une nouvelle procédure de licenciement et abandonner la première, sans être tenu de respecter de délai particulier entre le premier entretien et la convocation au second, celui d'un mois pour notifier la rupture courant alors à compter du deuxième entretien ⁽²⁰⁾. En revanche, il convient, selon nous, que pas plus de deux mois ne se soient écoulés entre la connaissance des faits fautifs et le déclenchement de la procédure de licenciement disciplinaire.

De la même façon, il est possible de quitter le terrain de la faute après l'entretien préalable pour prononcer un licenciement non disciplinaire, notamment lorsqu'un certain nombre de faits découverts ou d'explications reçues à cette occasion amènent l'employeur à reconsidérer sa position initiale. Il en va ainsi d'un salarié mis à pied à titre conservatoire ⁽²¹⁾, ayant fait l'objet d'avertissements disciplinaires antérieurs ⁽²²⁾, ou ayant refusé une proposition de rétrogradation disciplinaire ⁽²³⁾, et finalement licencié pour insuffisance professionnelle, les faits qui lui étaient reprochés caractérisant une telle insuffisance.

Seuls les motifs figurant sur la lettre de licenciement sont, *in fine*, à prendre en considération. ♦



Le licenciement pour insuffisance professionnelle est source d'une jurisprudence foisonnante tant son usage est délicat. Le DRH qui se risque à engager cette procédure doit s'entourer de toutes les garanties et faire appel à un avocat spécialiste de ces questions au risque de se perdre dans des méandres judiciaires.

Cette démarche n'est pas dénuée de risques et le contentieux n'est jamais loin. Le fait que le licenciement

soit considéré comme sans cause réelle et sérieuse par le juge sonne comme un camouflet pour la direction qui devra, si tel est le cas, s'acquitter des indemnités afférentes.

Nous l'avons vu, la question du contexte est incontournable et le DRH devra préalablement s'assurer qu'il a été irréprochable en termes de gestion des ressources humaines et de déontologie avant de monter un dossier, travail de longue haleine, qui lui donnera des chances d'être entendu si d'aventure il devait se présenter devant une juridiction. ♦

(19) Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-43.029.

(20) Cass. soc., 12 mars 2014, n° 12-28.610.

(21) Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 07-44.491.

(22) Cass. soc., 15 sept. 2009, n° 07-43.478.

(23) Cass. soc., 9 mars 2022, n° 20-17.005.