

# Performance et relations individuelles de travail

par **Françoise BOUSEZ**  
Assistante à l'Université Paris 2  
et **Marc MOREAU**  
Maître de conférences à l'Université Paris 1

Résumé :

*C'est à travers le prisme du contrat de travail et de son contenu obligationnel que doit être recherché si le droit des relations individuelles de travail tisse quelque lien avec la notion de performance (1.). Mais, il ne saurait être question de négliger le particularisme de la relation de travail qui place le salarié sous la subordination de l'employeur. La qualité de chef d'entreprise lui confère des pouvoirs spécifiques permettant d'évaluer la performance du salarié, et de l'apprécier, afin de décider des conditions et de la poursuite du contrat (2.).*

Le travail du salarié fonde l'entreprise. Pour péremptoire qu'elle paraisse, cette affirmation ne rencontrera guère aujourd'hui d'opposant, sauf à négliger totalement le facteur humain de production. Car ce sont les hommes qui assurent la pérennité de l'organisation en lui cédant le fruit de leur travail. Qu'ils cessent de travailler et l'entreprise décline. Au contraire, qu'ils redoublent d'effort et l'entreprise croît. C'est alors de véritables performances dont il peut être question, performances qui deviennent en conséquence l'un des objectifs majeurs de l'entreprise.

Sans doute les théories des sciences de gestion appréhendent-elles assez justement les mille et une façons de motiver les hommes, de les inciter à offrir, ou vendre, le meilleur d'eux-mêmes. Mais derrière toute activité le droit est caché. Singulièrement, lorsque c'est d'entreprise dont il s'agit, le droit des relations individuelles du travail. Pourtant, offre-t-il des instruments ou tout au moins un cadre favorable à l'expression d'une performance ? Cette relation juridique particulière ne suppose-t-elle pas au contraire que le salarié, subordonné, estime certes impossible de ne pas obéir à l'employeur dans le cadre de l'exécution de son contrat, mais inutile de se dépasser pour s'investir plus que de raison dans le travail. C'est alors de performance dont il est question. La productivité moyenne n'est plus un but, les cadences raisonnables sont autant d'obstacles à la réalisation de l'objectif. Seul compte l'exploit ou le record, mots qui sont autant de synonymes : les encyclopédies ne nous apprennent-elles pas que la performance est le résultat chiffré d'un athlète ou d'un cheval à l'issue d'une course, la victoire acquise sur une équipe. La compétition est omniprésente. La performance, c'est la réussite remarquable.

Les instruments qui s'offrent alors immédiatement à l'esprit relèvent plus de l'encadrement et de la motivation des équipes de production, d'administration et de commercialisation que du Droit à proprement parler. L'approche strictement juridique de la question paraît toutefois possible, s'il reste à l'esprit que le contrat offre la trame suivant laquelle la relation

de travail va se poursuivre. Sans doute le droit du travail n'appréhende-t-il que la capacité ou l'aptitude du salarié : le mot «performance» n'existe pas dans «la langue légiférée» du droit du travail<sup>1</sup>. Mais le contrat de travail cache, outre une matière «contractuelle», un contenu «obligationnel» : «La première regroupe tous les éléments du rapport de travail que les règles légiférées ou prétoriennes rattachent explicitement ou implicitement au contrat. Le second s'entend de l'ensemble des obligations réciproques que ce contrat met à la charge des parties, soit que des normes (à commencer par l'art. 1134 C. civ.) les attachent de plein droit à toutes relations méritant la qualification de contrat de travail, soit que les intéressés les aient expressément stipulées»<sup>2</sup>.

C'est donc à travers le prisme du contrat de travail et de son contenu obligationnel que doit être recherché si le droit des relations individuelles de travail tisse quelque lien avec la notion de performance (1.). Mais il ne saurait être question de négliger le particularisme de la relation contractuelle de travail qui place l'une des parties -le salarié- sous la subordination de l'autre -l'employeur. Le lien qui se noue peut-être entre la performance attendue et les pouvoirs de l'employeurs doit être analysé (2.).

## 1. Performance et contrat de travail

Le contrat est par essence un acte de coopération d'un type singulier puisqu'il est à son sujet question de coopération antagoniste : «Entendons que, par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération»<sup>3</sup>.

Toutefois, les parties sont tenues de «respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l'une envers l'autre. L'existence de la relation contractuelle leur crée des devoirs particuliers. Ils ont sans doute des intérêts opposés, mais la loi commune qu'ils se sont donnée leur impose une conduite morale et le juge ne manquera jamais d'apprécier cette conduite»<sup>4</sup>. C'est ainsi que, combinant l'impérative exécution de bonne foi des conventions par les personnes qui y sont parties et la règle de l'article 1135 du Code civil qui commande de lire les conventions en y incluant ce qu'il est d'usage d'y trouver, la jurisprudence a élaboré des obligations particulières à la charge qui des salariés, qui des employeurs. Ces obligations implicites (1.1) portent en elles des réponses aux contraintes de production pesant sur l'entreprise, de sorte qu'elles paraissent assurer le lien entre le droit des relations individuelles du travail et la performance de l'entreprise. Surtout, du lien contractuel qui se noue peuvent naître des obligations explicites dont l'objet est d'instrumentaliser la performance attendue du salarié (1.2)

### 1.1 Les obligations implicites

La bonne foi implique un certain devoir de coopération - jus fraternalis selon Monsieur le Professeur Terré<sup>5</sup> - entre les parties, devoir plus ou moins marqué selon la nature du contrat en cause. Ainsi voit-on fleurir aujourd'hui nombre d'obligations contenues par le contrat en dépit du silence des parties : obligation de renseignement, obligation d'information, obligation de coopération qui peut même impliquer celle d'aider le cocontractant à exécuter

1. A. Lyon-Caen, Le droit et la gestion des compétences, Droit social 1992-573.

2. A. Jeammaud, La place du salarié individu dans le droit français du travail, Etudes Sinay, Francfort, Peter Lang éd., 1994, 347, p. 359.

3. J. Carbone, Droit civil - Les obligations, Paris, PUF, 1995, p. 195, § 113 ; S. Jauffret-Epstein, Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain, Rev. int. dr. comp. 1982-1123, p. 1129.

4. G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, LGDJ, 1935-315.

5. F. Terré, Droit civil - Les obligations, Paris, Dalloz, 1993, p. 322, § 416.

ses obligations, ou tout au moins de lui en faciliter l'exécution.

Les mêmes obligations pèsent sur les parties au contrat de travail. Ainsi en est-il de l'obligation d'information à la charge de l'employeur, ce dernier devant par exemple informer le salarié de la possibilité d'adhérer à un régime de prévoyance et du contenu des droits et obligations en résultant<sup>6</sup>. Surtout, une exécution loyale est requise, qui n'est pas dépourvue de tout lien avec la notion de performance. En effet, c'est à ce titre que l'employeur est soumis à une obligation d'adaptation du salarié à l'évolution de son poste de travail, obligation qui a pour corollaire une obligation de reclassement (1.1.2). Pour le salarié, «exécuter loyalement, ce n'est pas seulement exécuter avec fidélité, c'est également exécuter utilement, c'est-à-dire avec diligence»<sup>7</sup> (1.1.1).

### 1.1.1 La diligence

La diligence, selon Monsieur le Professeur Cornu, c'est le soin apporté, avec célérité et efficacité, à l'accomplissement d'une tâche; qualité d'attention et d'application caractérisant une personne ou attendue d'elle. Ainsi, toutes les fois que l'obligation inexécutée peut être regardée comme une obligation de moyens, la faute ne se laisse plus déduire de la seule absence de résultat. Il devient nécessaire de porter un jugement sur la conduite du débiteur, et de comparer ce qu'il a fait à ce qu'il aurait dû faire. C'est alors l'article 1137 du Code civil qui donne la formule ou tout au moins la référence permettant d'opérer la comparaison : le bon père de famille, type de l'homme normalement prudent, soigneux et diligent<sup>8</sup>. Le débiteur est en faute lorsqu'il est moins diligent et moins habile que ne le serait «un bon père de famille», étant entendu que le cas échéant ce dernier est compris comme faisant partie de la profession considérée.

Le contrat de travail comprend donc une telle obligation implicite, pesant sur l'employeur tout autant que sur le salarié. Cette obligation, si elle est considérée du point de vue du salarié, ne constitue qu'un minimum, qu'une obligation limite en-deça de laquelle la faute est constituée. En application de ce principe, le salarié se doit d'exécuter consciencieusement la prestation prévue, explicitement ou implicitement par son contrat de travail. C'est la référence au bon père de famille - placé dans une situation identique et pouvant se prévaloir des mêmes qualifications - qui permettra à l'employeur et, le cas échéant au juge, d'estimer si l'obligation de diligence est effectivement assumée par le salarié. A défaut, l'employeur pourra mettre en oeuvre la procédure de licenciement, pour autant que le motif en soit réel et sérieux<sup>9</sup>.

L'obligation de diligence implicitement comprise dans le contrat de travail ne peut pas en elle-même être assimilée à une obligation de performance, entendue au sens retenu ici. Au demeurant, les cadres de l'entreprise doivent pour leur part renoncer partiellement à l'idée de performance, s'il est admis que l'émission d'une pensée originale fait partie de leurs attributions. En effet, «tout désaccord fondamental entre les orientations générales de l'entreprise et [leurs] options personnelles» leur est interdit, «même si ces dernières s'exercent dans le plus grand intérêt de l'unité de production»<sup>10</sup>.

Mais au-delà de l'état de subordination qui commande que le salarié obéisse à l'employeur principal juge de l'intérêt de l'entreprise, le principe d'exécution diligente l'oblige seulement à fournir la prestation stipulée de manière loyale. Comme le souligne Madame le Professeur Corrigan-Carsin, «le comportement loyal n'est il pas tout simple-

6. Cass. soc., 15 février 1995, Droit social 1995-399.

7. D. Corrigan-Carsin, Loyauté et droit du travail, in Mélanges Blaise, Paris, Economica, 1995-125, p. 137, § 23 in fine.

8. Il est admis que l'article 1137 est applicable à l'ensemble des contrats, quand bien même il ne ferait explicitement référence qu'à la seule conservation de la chose.

9. V. infra 2.2.2

10. Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP 1988, I, 3318.

ment le comportement normal ?»<sup>11</sup>. Il serait permis d'ajouter que cela paraît suffisant aux épaules d'un salarié sur qui pèse déjà la charge d'une situation précaire.

### 1.1.2 L'obligation d'adaptation et de formation

L'évolution rapide de la science et des techniques imprime à l'entreprise un mouvement qu'elle ne peut refuser ou négliger, à peine d'être rapidement placée hors du marché. De ce fait, certains ont pu reconnaître dans cette évolution permanente la source d'une obligation nouvelle pour les salariés : «Si l'employeur doit s'attacher à assurer à ses salariés la pérennité de leur emploi, ceux-ci ont l'obligation de s'adapter aux évolutions qu'impose un environnement technique et économique mouvant»<sup>12</sup>.

Sans doute les employeurs n'ont-ils que très imparfaitement rempli l'obligation qui leur était ici faite, les chiffres du chômage en attestent. Le risque ne pèse alors que sur le seul salarié car, il faut l'écrire sinon le dire, l'employeur seul décide de qui travaille ou ne travaille pas : c'est là un déséquilibre inhérent à la situation réelle des parties. Il est vrai que si la performance de l'entreprise passe par son adaptation aux contraintes nouvelles, elle passe en conséquence par une adaptation identique de la main-d'oeuvre qui la compose. Mais sur ce point, une alternative s'offre a priori au chef d'entreprise soucieux de performance : recruter de nouveaux salariés formés aux nouvelles techniques ou bien former ceux qui travaillent déjà dans les ateliers de production.

C'est dans le contrat de travail que la jurisprudence a trouvé la solution au dilemme qu'avait à résoudre l'employeur soucieux de performance en même temps qu'une ébauche de solution au déséquilibre constaté précédemment : l'exécution loyale impose à l'employeur de former les salariés de l'entreprise, plus exactement de leur permettre de «s'adapter» aux nouvelles conditions de production, à peine de priver le licenciement du salarié s'en suivant de cause réelle et sérieuse. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation, visant l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, décida par un arrêt du 25 février 1992 que «l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois»<sup>13</sup>. Il ne peut être mieux manifesté qu'il s'agit là d'une obligation générale, d'un droit propre qui échoit au salarié en sa qualité de contractant, la loyauté étant alors «reconnue, logiquement, comme notion bilatérale, susceptible d'être invoquée par le salarié à l'encontre de l'employeur»<sup>14</sup>.

Sous le contrôle de la Cour de cassation, l'adaptation de la main-d'oeuvre aux évolutions des emplois devra être menée par recours prioritaire aux salariés déjà en poste. Leur formation doit permettre qu'ils soient reclassés à l'intérieur de l'entreprise, ou du secteur d'activité s'il est question d'un groupe d'entreprise<sup>15</sup>. Il est alors question de postes de même nature mais également de postes requérant une qualification moindre ou nécessitant plus généralement une modification du contrat de travail<sup>16</sup>. L'emploi ici prime la stabilité contractuelle au point que le fondement de l'obligation est incertain : s'agit-il encore de l'article 1134 du Code civil ou d'une manifestation du principe retenu par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 7 octobre 1946 affirmant un droit à l'emploi ? En tout état de cause, «l'idée se fait néanmoins progressivement jour que l'employeur a vis-à-vis du

11. D. Corrigan-Carsin, Loyauté et droit du travail, loc. cit. note 7, p. 152, § 47 in fine.

12. B. Teyssié, La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise, Droit social 1986-852, p. 862.

13. Cass. soc., 25 février 1992, Droit social 1992-379.

14. A. Lyon-Caen, loc. cit., note I.

15. Cass. soc. 5 avril 1995, Droit social 1995-487 ; RJS 5/95, n° 497, concl. Y. Chauvy. V. G. Lyon-Caen, Sur le transfert des emplois dans les groupes multinationaux, Droit social 1995-489 ; P. Waquet, Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique, Droit social 1995-482.

16. J. Savatier, note sous Cass. soc., 8 avril 1992, JCP 1992, éd. E, II, 360.

salarié d'autres obligations que celles qui sont la contrepartie du travail»<sup>17</sup>. Une gestion rigoureuse des emplois est rendue nécessaire par l'application du principe dégagé par la Cour de cassation. Cette dernière participe ainsi, à sa façon, à l'évolution des entreprises et favorise leurs performances ; l'obligation implicite d'adaptation et de reclassement doit pleinement jouer un rôle incitateur. Mais le contrôle exercé par les juges n'a généralement lieu qu'une fois le licenciement prononcé : la sauvegarde de l'emploi par ce moyen est ainsi vouée à l'échec. Il est vrai qu'à défaut d'une obligation de réintégration, la sanction ne pourra que réparer le préjudice subi par le salarié.

En revanche, le salarié qui ne peut ou ne veut s'adapter et acquérir une nouvelle qualification peut être licencié par l'employeur. L'obligation pesant sur lui s'accompagne d'une obligation symétrique à la charge du salarié : l'un doit offrir, l'autre doit accepter ; le contrat de travail comprend «pour le seul salarié une obligation de s'adapter à l'évolution de son emploi»<sup>18</sup>. Quel chemin, pour quel résultat, lorsqu'il est rappelé que la loi du 4 juillet 1990 faisait de l'accès à la qualification professionnelle un droit du salarié, non pas une obligation dont l'inobservation pourrait être constitutive d'un comportement fautif. Il est vrai que l'adaptation aux contraintes des marchés est ancrée au plus profond des relations de travail contemporaines. Monsieur le Professeur Teyslié ne propose-t-il pas que le droit des relations individuelles de travail, à l'instar de ce qui existe en droit commercial et même en droit des relations collectives de travail, soit irrigué par un nouveau principe, celui de la flexibilité du contrat, de manière à ce qu'il puisse être adapté aux données nouvelles de la concurrence<sup>19</sup>?

Cette politique vise sans doute à asseoir les performances des entreprises. Ces dernières ne répugnent cependant pas à imposer une certaine rigidité à la relation individuelle de travail, en incluant au contrat de travail certaines clauses explicites qui répondent assez directement aux obligations implicites dégagées par la jurisprudence.

## 1.2 Les obligations explicites

Il est singulier de constater un égal engouement pour les formes collectives d'organisation du travail et pour le contrat individuel. A ce dernier il est courant d'opposer le statut collectif alors que l'un et l'autre se complètent, au noyau dur du contrat répondant une certaine flexibilité conventionnelle. Pourtant, la relation individuelle permet à l'employeur de cristalliser ses attentes en termes de performance. La dimension personnelle du contrat de travail, sa conclusion intuitu personae assure à l'employeur une sorte de retour sur investissement. En effet, le contrat est aujourd'hui soumis à un renouvellement de son contenu. Notamment, les employeurs n'hésitent plus à exiger qu'un certain résultat soit atteint par le salarié - qui s'y engage (1.2.2). Il est également question de formation, délivrée ou financée par l'entreprise, de manière à ce que ces résultats soient plus facilement atteints. Mais en ce cas, l'employeur prend garde de lier le salarié par une clause de dédit-formation (1.2.1).

### 1.2.1 Les clauses de dédit-formation

L'employeur est soumis à une obligation d'adaptation du salarié lorsque la question de son maintien dans l'entreprise se pose. Pour sa part, le salarié est aujourd'hui titulaire d'un droit à qualification professionnelle, droit qui passe notamment par l'institution d'un congé individuel de formation. Entre ces deux bornes, l'entreprise peut également juger nécessaire de former un salarié afin de lui voir atteindre un certain niveau de compétence, de lui faire atteindre un certain niveau de performance.

17. F. Gaudu, Du statut de l'emploi au statut de l'actif, Droit social 1995-535, p.539, § 20.

18. F. Meyer et C. Sachs-Durand, L'évolution du rapport salarial, in Etudes Sinay, Francfort, Peter Lang éd., 1995-369, p. 382.

19. B. Teyslié, loc.cit., note 11.

Il est rare cependant que l'entreprise fasse oeuvre philanthropique ; si elle attend une certaine performance du salarié, elle s'estime en droit de l'observer dans ses propres ateliers. C'est la raison pour laquelle, à défaut de pouvoir véritablement interdire au salarié de rompre durant une certaine période le contrat de travail, l'employeur prudent introduira une clause de «dédit-formation» : en contrepartie de la formation reçue, le salarié s'engage à ne pas rompre le contrat, sauf à rembourser à son employeur les sommes engagées. Il arrive même que ces clauses s'enchaînent les unes aux autres, une formation chassant l'autre, de sorte que le lien unissant le salarié à l'entreprise est toujours particulièrement étroit.

La Cour de cassation a jugé que ces clauses étaient en elles-mêmes licites, puisque l'obligation pesant sur le salarié ne pouvait être assimilée à une impossibilité de rompre. Tout au plus, la clause prévoyant le remboursement peut-elle être analysée sur le modèle de l'article 1142 du Code civil, suivant lequel «toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur», dès lors qu'une obligation personnelle de faire ou de ne pas faire est en cause. Le salarié devait rester au sein de l'entreprise; il ne le fait pas; en découle un préjudice constitué par une dépense non amortie; il lui revient la charge de rembourser ces frais. La clause contractuelle tend simplement à assurer à l'employeur le bénéfice de la formation payée, de sorte d'ailleurs qu'il ne peut s'en prévaloir pour interdire au salarié de démissionner s'il ne lui a pas dispensé la formation prévue<sup>20</sup>.

Quelques voix s'élèvent toutefois pour souligner combien de la clause, le poison est violent. En effet, appliquées sans discernement, ou avec une maligne intention, cette politique contractuelle aurait pour conséquence de lier intimement à l'entreprise tout salarié recevant une formation prévue lors de l'embauche. Autrement dit, une entreprise pourrait recruter systématiquement un personnel légèrement sous-qualifié en lui faisant miroiter une formation qualifiante, à charge pour lui de rester pendant un certain temps dans l'entreprise. Moyennant un apprentissage aisé à dispenser, l'entreprise s'assurerait à moindre frais de la fidélité des salariés. De surcroît, l'embauche étant faite sur la base d'une qualification inférieure à celle requise pour occuper le poste convoité, le salaire versé serait inférieur à celui auquel pourrait prétendre un candidat déjà formé. Comme l'avait pressenti Monsieur le Professeur A. Lyon-Caen, «le contrat sert ici de moyen pour faire supporter aux salariés tout ou partie du coût de la politique d'emploi de l'entreprise»<sup>21</sup>.

Sans doute pour faire face à ce type de contentieux, également pour assurer aux obligations légales pesant sur l'employeur dans le domaine de la formation professionnelle leur pleine efficacité, la Cour de cassation a précisé les principes régissant le domaine. Elle a ainsi décidé que «les clauses de dédit-formation sont licites, dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective»<sup>22</sup>. En conséquence, les juges doivent rechercher si les sommes que l'employeur espère se voir retourner en cas de démission sont bien de celles qu'il est en droit de récupérer : seules les dépenses effectuées au-dessus du plafond fixé par la loi ou la convention collective applicables sont susceptibles d'entrer dans le champ des clauses de dédit-formation. En deçà de ce plafond, la formation relève du droit individuel des salariés à la qualification professionnelle. De surcroît, les juges du fond conservent toujours le pouvoir de réduire l'indemnité contractuelle exigée par l'employeur si elle est manifestement excessive, en application de l'article 1152 du Code civil.

Le droit des relations individuelles de travail encadre donc assez précisément le domaine de la formation professionnelle, domaine intimement lié à la notion de performance.

20. Cass. soc., 28 mars 1995, Alcatel Titn Answare c. M. Aubriot, Droit social 1995-504.

21. A. Lyon-Caen, Actualité du contrat de travail, Droit social 1988-540, p. 542.

22. Cass. soc., 17 juillet 1991, M. Jourdan c. Société juridique et fiscale de France (Fidal), Bull. civ. V, n° 373 ; Cass. soc., 9 février 1994, M. Pauwels c. SARL Nord Scann, RJS 3/94, n° 284.

L'employeur est la source du financement, soit directement, soit indirectement par le biais d'organismes collecteurs. Il gagne sans doute à garder le contrôle de ces sommes. Mais il ne peut prétendre les utiliser au profit d'une gestion des coûts de main d'oeuvre : le retour sur investissement ici se mesure à l'aune des capacités nouvellement acquises par le salarié. La tentation est alors grande d'obliger ce dernier à exploiter cette formation en réalisant des performances fixées par contrat.

### 1.2.2 Les clauses de résultat

La performance attendue du salarié est une notion relative qui dépend notamment de sa qualification professionnelle. Cette dernière est généralement fixée contractuellement, le contrat pouvant cependant renvoyer à la convention collective applicable. Autrement dit, c'est lors de la conclusion du contrat que les parties s'entendent sur la production attendue.

La qualification retenue commande la qualité de la prestation. Il est alors entendu que l'obligation concerne une qualité - ou quantité - en quelque sorte médiane, la référence restant ce qu'aurait produit un « bon père de famille », la production globale des salariés de l'entreprise pouvant à ce titre servir de référence<sup>23</sup>. Rien, dans le contrat le plus commun, n'oblige le salarié à aller au-delà. Dans le cadre ainsi fixé, l'appréciation de la performance du salarié relève du pouvoir discrétionnaire de l'employeur. Il doit être souligné qu'à une époque proche la Cour de cassation contrôlait la qualification retenue par les juges; elle acceptait relativement aisément que l'insuffisance fût une cause réelle et sérieuse de licenciement. Ainsi en allait-il même si les mauvais résultats du salarié étaient dus aux circonstances économiques<sup>24</sup>, ou à la politique menée par l'entreprise<sup>25</sup>.

Aujourd'hui, l'insuffisance professionnelle commande que le motif véritable de l'intervention de l'employeur soit imputable au salarié. Mais dans ce cadre, hors clause spécifique, l'employeur ne peut exiger plus de son salarié que d'un bon père de famille. Seul le recours aux primes ou à la modification substantielle du contrat de travail est possible. Dans ce dernier cas, il s'agira d'introduire dans l'acte une clause de résultat, ou d'objectif, étant entendu que ces stipulations peuvent être introduites dès l'embauche.

Les clauses de résultat - ou d'objectif - sont indubitablement les stipulations les plus intimement liées à la notion de performance. C'est là leur objet implicite. Elles permettent à l'employeur d'échapper au contrôle des magistrats sur la réalité et le sérieux de la cause de licenciement : lorsque les objectifs ne sont pas remplis, le litige est placé sur le terrain de l'inexécution du contrat<sup>26</sup>. Il faut ici distinguer la non-réalisation des objectifs contractuellement déterminés de celle qui résulte d'une décision prise par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction en cours d'exécution du contrat. Dans ce dernier cas, les juges vérifieront que l'insuffisance alléguée constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. Tel est le cas lorsque le salarié n'atteint pas quatre années de suite des objectifs, certes fixés par l'employeur, mais qu'il a estimés réalisables<sup>27</sup>. En revanche, lorsque l'obligation d'atteindre un objectif déterminé est explicitement portée au contrat de travail, les juges sont tenus de s'appuyer sur ce dernier pour trancher le litige. Sans doute vérifieront-ils que la clause est claire, précise et fondée sur des éléments objectifs. Pour tout dire que l'objet du contrat est déterminé, à tout le moins déterminable. Mais, sauf force majeure ou cas fortuit, causes d'exonération prévues par l'article 1148 du Code civil, les éléments extérieurs aux parties sont sans influence sur l'obligation du salarié.

La jurisprudence passée de la Cour de cassation laissant assez largement s'exercer le pouvoir d'appréciation de l'employeur semble pouvoir servir ici de guide. Une réserve

23. Cass. soc., 11 décembre 1984, JCP 1985, éd. E, I, 14472, n° 9.

24. Cass. soc., 7 janvier 1981, Juri-social 1981, F. 27.

25. Cass. soc., 16 juin 1986, Bull. civ. V, n° 328.

26. Cass. soc., 16 février 1987, SSL n° 361, p. 161.

27. Cass. soc., 7 février 1990, D. 1990, inf. rap. p. 58.

cependant s'impose. Puisque c'est le droit commun des obligations qui régit le domaine, l'inexécution ne doit pas résulter d'une manoeuvre du cocontractant : le fait du créancier, fautif ou non, exonère le débiteur. Cette exonération est totale ou partielle, selon que la faute est ou n'est pas la cause exclusive de l'inexécution. De sorte que le salarié peut sans doute éviter la mise en jeu de sa responsabilité s'il prouve que l'absence de résultat est, en tout ou partie, causée par la politique menée par l'entreprise.

Sans doute le chef d'entreprise reprend-il par le biais des clauses de résultats ce qui échappait progressivement à son pouvoir de direction par l'intervention des juges du fond. Ces clauses explicites lui permettent de contrôler la production des salariés liés, d'exercer sur eux une certaine pression en exigeant une prestation sortant de l'ordinaire et même d'effectuer, en partie, le transfert des risques de l'entreprise<sup>28</sup>. La frontière devient ténue entre le salarié obligé d'obtenir un résultat particulier à peine de voir son contrat rompu et un travailleur indépendant qui assume seul les risques de son activité. Le recours à la théorie du fait du créancier permet alors de rétablir, en partie tout au moins, le lien de subordination unissant le salarié à l'employeur, lien qui semblait en partie dénoué par le jeu de stipulations particulières.

L'employeur paraît invité à rester dans le cadre strict des relations de travail, ou au moins à assumer pleinement sa qualité de chef d'entreprise. Il est vrai que cette dernière lui confère des pouvoirs spécifiques permettant l'exercice d'une pression particulière sur la production des salariés.

## 2. Performance et pouvoir de l'employeur

L'exécution du contrat de travail qui place le salarié en état de subordination sous l'autorité du chef d'entreprise se confond avec le pouvoir de direction. L'employeur a le libre choix de ses salariés, c'est lui qui définit les qualités nécessaires pour exécuter telle prestation, assumer telle fonction. Le pouvoir de diriger, c'est le pouvoir de choisir<sup>29</sup>. Embaucher un salarié et le garder dans l'entreprise impliquent de l'évaluer. L'appréciation de la performance du salarié est une des prérogatives essentielles de l'employeur (2.1). Chef de la communauté de travail, détenteur de l'autorité, l'employeur est maître de la carrière comme de l'emploi de ses subordonnés. Mais, dans l'hypothèse où le salarié ne serait pas performant, qu'advient-il (2.2) ?

### 2.1 Appréciation de la performance du salarié

Au contraire des pouvoirs réglementaire et disciplinaire, les réformes intervenues depuis 1973 n'ont pas véritablement touché au pouvoir de direction. L'affirmation de l'arrêt Brinon<sup>30</sup>, selon laquelle l'employeur est «seul juge», paraît inébranlable du moins pour ce qui est de sa liberté d'apprécier les qualités professionnelles des salariés. Ainsi, certains aspects décisifs du pouvoir de direction échappent-ils à toute norme contraignante bien qu'ils aient des incidences importantes pour le personnel de l'entreprise<sup>31</sup> : l'employeur détient cette prérogative mais dans des limites imposées par les textes et la jurisprudence (2.1.1); il dispose de moyens importants qu'il utilise aussi bien lors de l'embauche qu'au cours de l'exécution du contrat de travail (2.1.2).

---

28. A. Lyon-Caen, loc. cit., note 20.

29. N. Catala, «L'entreprise», Dalloz, Traité de droit du travail, 1980, n° 167 et s.

30. Cass. soc., 31 mai 1956, D. 1958-21.

31. G. Lyon Caen, «Le droit du travail. Une technique réversible», Dalloz, Connaissance du droit, 1995, p. 18.

32. N. Catala, op.cit., note 29, p. 185.

### 2.1.1 L'évaluation des salariés, une prérogative de l'employeur

«Le pouvoir de direction est au coeur de la vie de l'entreprise»<sup>32</sup>. Il comprend à la fois celui de recruter, d'organiser le travail, d'en contrôler la bonne exécution, d'élaborer le règlement intérieur, d'assurer la discipline, de rompre le contrat. Les décisions patronales peuvent conduire à la modification des emplois, à leur suppression, lorsque l'entreprise est confrontée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques<sup>33</sup>. Mais, il peut s'agir aussi de considérations individuelles prenant en compte l'aptitude du salarié.

Le pouvoir de direction se manifeste d'abord lors de l'embauche. L'employeur dispose alors d'une grande liberté de choix. La décision de recruter relève de sa seule appréciation. Il choisit ses salariés en fonction de critères liés à leurs diplômes, expériences, qualités professionnelles et personnelles telles que l'adaptabilité, les facultés rapides d'intégration, la mobilité, etc. La décision d'embaucher lui appartient bien qu'il existe pendant certaines obligations et restrictions.

Par la suite, pendant l'exécution du contrat, le chef d'entreprise contrôlera les aptitudes du salarié, sa performance, et leur évolution sera appréciée. Des mutations, rétrogradations, seront effectuées. L'application du droit du licenciement pourra tempérer les décisions prises par l'employeur, mais l'appréciation des qualités et compétences du salarié lui est exclusivement réservée. Le contrôle exercé par la chambre sociale de la Cour de cassation sur la cause réelle et sérieuse du licenciement permettra seulement de déceler si l'intérêt de l'entreprise a guidé la décision. Les juges vérifieront que certains principes fondamentaux n'ont pas été violés.

Néanmoins, le chef d'entreprise demeure seul juge des qualités professionnelles et personnelles du salarié. Dans son principe, le pouvoir de direction n'est pas atténué, même si le législateur et la jurisprudence en limitent l'exercice. Les principes généraux du droit, la loi comme la jurisprudence protègent candidats et salariés.

Ainsi, la vie privée doit être respectée<sup>34</sup> et des comportements extraprofessionnels ne peuvent en principe justifier sanction ou licenciement. Lors de l'embauche, seules les informations strictement nécessaires pour opérer un bon recrutement peuvent être recueillies<sup>35</sup>. Les méthodes doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie, ce qui signifie qu'elles doivent être appropriées, convenir à l'objectif recherché. Raisonnable? Il est exigé qu'elles soient propres à rendre compte de la capacité du salarié à occuper le poste comme d'évaluer sa performance future.

Ce principe est lié à celui de la finalité qui impose de ne demander au candidat que des informations permettant d'apprécier ses qualités professionnelles, connaissances techniques, aptitudes et facultés d'adaptation, d'intégration dans une équipe etc...Elles doivent avoir «un lien direct et nécessaire avec l'emploi»<sup>36</sup>. Déjà, la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt David, déclarait-elle que les renseignements et pièces demandés lors de l'embauchage avaient pour but de permettre à l'employeur d'apprécier les qualités du salarié pour l'emploi sollicité et ne sauraient concerner des domaines sans lien direct et nécessaire avec l'activité professionnelle<sup>37</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un prêtre-ouvrier licencié pour n'avoir pas informé l'employeur de sa qualité de prêtre.

Pourtant, cela n'exclut pas toute approche plus personnalisée du candidat<sup>38</sup>. Ainsi, dans les entreprises dites de tendance, la question est posée de savoir si la direction peut s'informer sur les convictions et pratiques religieuses, politiques ou syndicales, des candidats et salariés avant de prendre une quelconque décision relative au contrat de travail. La capacité

33. C. trav., art. L 321.1.

34. C. civ., art. 9.

35. C. trav., art. L 121.7, al. 3.

36. C. trav., art. L 121.6, al. 2.

37. Cass. soc., 17 octobre 1973, Bull. civ. V, n° 484.

38. B. Teyssié, 39. C. trav., art. L. 120.2. «Personnes, entreprises et relations de travail», Droit social 1988-374.

professionnelle du salarié peut être évaluée au regard de l'attachement à certaines valeurs, idéologiques par exemple. Le principe de proportionnalité trouve ici application<sup>39</sup> comme celui excluant toute discrimination<sup>40</sup>. Par ailleurs, la loyauté a reçu une consécration légale par la loi du 31 décembre 1992 sur le recrutement et les libertés individuelles<sup>41</sup>. Ce texte encadre la procédure de recrutement tout en sauvegardant la liberté de choix de l'employeur. Précisons que les dispositions exigeant finalité, pertinence et transparence des informations demandées sont applicables aux évaluations des salariés<sup>42</sup>.

### 2.1.2 Modes d'évaluation

Le rapport de Monsieur le Professeur G. Lyon-Caen a largement inspiré la loi du 31 décembre 1992<sup>43</sup>. L'éminent auteur y dénonçait notamment l'opacité et l'absence de fiabilité de certaines méthodes. Quel que soit le mode de recrutement, les principes posés s'appliquent. Ils s'imposent aux entreprises, aux cabinets de conseil en recrutement et à tout intermédiaire intervenant dans la procédure.

Néanmoins, le principe de transparence ne restreint pas la liberté des méthodes de sélection même si la très grande importance accordée aux méthodes «exotiques» est contestable<sup>44</sup>. En tout état de cause, les tests psychologiques, la graphologie, l'astrologie ne peuvent constituer des méthodes exclusives de recrutement. Au demeurant, le comité d'entreprise doit avoir été préalablement informé<sup>45</sup>. Cette obligation doit notamment inciter les entreprises à mieux se conformer aux règles posées par la Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978<sup>46</sup>. En effet, tout traitement automatisé d'informations nominatives doit faire l'objet d'une déclaration préalable auprès de la C.N.I.L.

Mais de nombreuses entreprises recrutent après avoir pu juger en situation. Indépendamment des périodes d'essai qui sont logiquement généralisées, les contrats de travail à durée déterminée, contrats de travail temporaire, stages, qui représentent plus de 20% de l'embauche, deviennent un moyen de sélection. Le potentiel et les motivations des candidats sont ainsi appréciés au sein du poste de travail. Ce «procédé», sans doute moins coûteux, peut paraître critiquable. Mais, lorsqu'il est établi que l'employeur avait dès l'origine l'intention de limiter l'emploi du salarié à la période d'essai, la chambre sociale décide qu'elle a été détournée de son objet<sup>47</sup>. La liberté de rompre dont disposent les parties trouve ses limites dans la finalité de l'engagement à l'essai<sup>48</sup>. Pour l'entreprise, l'intérêt du management de la performance est principalement la connaissance des compétences et potentiels du personnel afin d'en améliorer le niveau et les résultats comme de se doter d'un outil de gestion prévisionnelle des emplois, laquelle doit inciter les chefs d'entreprise à mener des actions d'adaptation et de qualification<sup>49</sup>. Pour le salarié, il peut s'agir de mieux connaître les attentes de la hiérarchie, ses appréciations ainsi que d'évoluer dans sa carrière. Durant l'exécution de son contrat, il sera l'objet de diverses évaluations professionnelles dont les résultats auront une influence sur sa carrière, sa rémunération, sa présence dans l'entreprise. Les entretiens

39. C. trav., art. L. 120.2.

40. Préambule de la Constitution de 1946 ; C. trav., art. L. 122.45.

41. D. Corrigan-Carsin, loc. cit., note 7.

42. C. trav., art. L. 121.5, L. 121.6 et L. 121.7.

43. Rapport sur les libertés publiques et l'emploi, Documentation française, décembre 1991.

44. J.C. Javillier, Droit du travail, L.G.D.J., 1995, n° 170; M.-F. Mialon, «Les pouvoirs de l'employeur», L.G.D.J., 1996, p. 76.

45. C. trav., art. L. 432.2.1.

46. A. Mole, «Informatique et libertés du travail : les nouveaux enjeux», Droit social 1990-59; J.E. Ray, «Une loi peut en cacher une autre», L.S. Mensuel, mars 1993-73.

47. Cass. soc., 5 oct. 1993, RJS 11/93, n° 1068 ; G. Poulain, " La liberté de rupture en période d'essai ", Droit social 1980-469.

48. D. Corrigan-Carsin, «La période d'essai», RJS 8-9/95-551.

49. Loi du 2 août 1989, C. trav., art. L. 432.1.1

d'évaluation organisés annuellement permettent souvent de déterminer l'augmentation de la rémunération<sup>50</sup>; formation et promotion seront également des enjeux de cette rencontre. Pour ces entretiens, dans certains cas, des procédés sont mis au point préalablement: formulaires, questions relatives à la motivation, la créativité, la compétence technique etc. Des tests de simulation sont aussi préparés afin de placer les salariés en situation. Les fiches d'appréciation individuelle peuvent permettre de réduire la part du facteur subjectif dans l'appréciation individuelle mais ce sont des outils lourds à manier dont le caractère neutre n'est pas évident. Certains outils «poussent le dogmatisme et le formalisme à l'extrême»<sup>51</sup>.

De ces entretiens se distingue le bilan de compétences qui constitue un autre mode d'évaluation des salariés dans l'entreprise. Longtemps les employeurs ont été réticents, considérant qu'il s'opposait au principe de l'employeur «seul juge» de l'aptitude professionnelle des salariés<sup>52</sup>. La recherche d'une plus grande flexibilité interne dans le domaine des ressources humaines a conduit à l'admettre et l'organiser<sup>53</sup>. Il peut être réalisé, à la demande de l'employeur, dans le cadre du plan de formation de l'entreprise. Le salarié doit donner son consentement<sup>54</sup> mais son refus ne peut constituer une faute, ni un motif légitime de licenciement. L'objet du bilan est à la fois de faire le point sur ses expériences professionnelles et personnelles, d'identifier ses compétences et aptitudes, de les gérer, afin de mieux utiliser ses atouts dans les négociations concernant l'emploi et la carrière. Sous la conduite d'un prestataire<sup>55</sup>, le bilan comprend trois phases: définition des besoins et information, investigation, conclusions et présentation du rapport au bénéficiaire<sup>56</sup>. Ici également les obligations imposées par la loi de 1992 s'imposent<sup>57</sup>. Par ailleurs, les salariés souhaitant définir un projet professionnel peuvent analyser leurs compétences professionnelles et personnelles en demandant à l'employeur un congé pour bilan de compétences<sup>58</sup>.

En toute occurrence, la promotion est laissée à la discrétion de l'employeur. Son refus d'en faire bénéficier le salarié ne peut donner lieu, en cas d'abus, qu'à des dommages-intérêts<sup>59</sup>. Mais, lorsque l'employeur estime que le salarié n'a pas les qualités requises pour demeurer à son poste, il peut prendre des décisions provisoires ou définitives (2.2).

## **2.2 Absence de performance et pouvoirs de l'employeur**

Ayant évalué les qualités et capacités du salarié, l'employeur peut prendre diverses mesures: avancement, promotion, formation, sanction disciplinaire, licenciement. La présence du salarié, sa carrière, peuvent en être affectées; peut-être aussi sa rémunération. Il faut envisager diverses hypothèses, sachant que pour certaines d'entre elles des solutions sont encore à trouver tant la jurisprudence paraît encore fluctuante et incertaine. Si l'insuffisance professionnelle peut en tout état de cause conduire à un licenciement, justifié ou non (2.2.2), peut-elle être constitutive d'une faute susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire (2.2.1) ?

### **2.2.1 Insuffisance professionnelle et droit disciplinaire**

Le pouvoir d'infliger des sanctions appartient au chef d'entreprise. Placé sous son autorité, et en état de subordination, le salarié peut voir certains de ses comportements

---

50. V. Charte des ressources humaines Martin Bouygues, Droit social 1991-400.

51. JP. Le Goff, «Les illusions du management», Ed. La découverte, 1996, p. 80 et s.

52. A. Yatchinosky, «Le bilan personnel et professionnel», Que sais-je ?, PUF, 1991, n° 2979.

53. Loi du 31 décembre 1991; C. trav., art. L. 900.2, dernier alinéa.

54. C. trav., art. L. 900.4.1.

55. L'entreprise ne pouvant elle-même le réaliser: C. trav., art. R. 900.5.

56. C. trav., art. R. 900-1.

57. Circ. DRT, n° 93-10, 15 mars 1993; C. trav., art. L. 121.6 et s.; V. supra.

58. C. trav., art. L. 900.2.

59. Cass. soc., 3 févr. 1993, RJS 1993, n° 241.

sanctionnés. La loi du 4 août 1982 a consacré le pouvoir disciplinaire de l'employeur mais l'a inscrit dans un cadre juridique. Le droit disciplinaire ainsi ébauché apporte aux salariés un certain nombre de garanties<sup>60</sup>. Le conseil de prud'hommes, par exemple, apprécie si les faits reprochés au salarié sont de nature à justifier une sanction et contrôle la proportionnalité entre la faute et la mesure disciplinaire. Il peut en décider l'annulation, excepté lorsqu'il s'agit d'un licenciement disciplinaire. Ainsi, l'employeur n'est donc plus seul juge de ce qui constitue une faute disciplinaire, mais le contrôle judiciaire est effectué a posteriori. La loi ne définit pas les faits constituant des fautes disciplinaires. C'est une prérogative de l'employeur. La faute peut être correspondre à une violation de la loi ou du règlement intérieur. Elle peut également être qualifiée telle par le chef d'entreprise dans la mesure où ici le principe de la légalité des délits et des peines ne s'applique pas<sup>61</sup>.

En l'absence de faute disciplinaire, il ne peut y avoir de sanction. La jurisprudence retient une notion extensive de la faute. L'article L. 122.40 du Code du travail l'y invite, le pouvoir d'incrimination de l'employeur étant très largement conçu. L'Administration quant à elle estimait, après la promulgation de la loi de 1982, que l'inaptitude professionnelle pourrait éventuellement faire l'objet de sanctions disciplinaires<sup>62</sup>.

La faute peut être contractuelle ou professionnelle. Elle ne sera disciplinaire que lorsque le salarié aura enfreint la discipline, c'est-à-dire, selon une définition générale, «les règles de conduite inhérentes à une communauté de travail»<sup>63</sup>. A vrai dire, c'est ici que les distinctions sont les moins nettes. La faute professionnelle résulte d'une négligence du salarié 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<sup>64</sup>. La jurisprudence affirme ainsi parfois que l'insuffisance professionnelle n'est pas une faute disciplinaire<sup>65</sup>. Aussi, la rétrogradation motivée par l'insuffisance professionnelle du salarié n'a pas un caractère disciplinaire<sup>66</sup>. Mais, l'insuffisance professionnelle pourra constituer une faute disciplinaire lorsque les comportements du salarié impliquent une mauvaise exécution volontaire des obligations contractuelles<sup>67</sup>. Pour un auteur, la notion de faute professionnelle évoque plus une erreur ponctuelle dans la réalisation des travaux qu'une incompétence habituelle et généralisée du salarié<sup>68</sup>.

Pourtant, la chambre sociale a récemment décidé que l'affectation à un poste de moindre responsabilité s'analysait en un déclassement disciplinaire dès lors qu'il était motivé par l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles du salarié<sup>69</sup>. Une autre décision qualifie de comportements «reprochables» les défaillances professionnelles du salarié<sup>70</sup>. La haute juridiction affirme néanmoins que le refus d'accorder une promotion<sup>71</sup>, un avancement anticipé<sup>72</sup>, une augmentation de salaire ne constituent pas des sanctions disciplinaires lorsque ces avantages sont fondés sur des critères de choix<sup>73</sup>, notamment celui de la performance.

60. C. trav., art. L. 122-40 à L. 122-45.

61. C. pén., art. 111.3.

62. Circ. DRT, n° 5-1983, 15 mars 1983, Droit social 1983-573.

63. A. Mazeaud, «Un élargissement en jurisprudence du domaine de la sanction pécuniaire», Droit social 1991-470.

64. J. Péliissier, «Le licenciement disciplinaire», Droit social 1992-751.

65. Cass. soc., 7 nov. 1984, Bull. civ. V, n° 416 ; 4 déc. 1986, Bull. civ. V, n° 580 ; Cass. soc., 22 janv. 1991, Bull. civ. V, n° 35.

66. Cass. soc., 22 juin 1994, Droit social 1994-801.

67. Cass. soc., 8 mars 1990, Bull. civ. V, n° 113.

68. P. Enclos, «Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement de salariés en formation alternée», Droit social 1991-131.

69. Cass. soc., 25 oct. 1995, Juris-Data n° 003043.

70. Cass. soc. 19 juil. 1995, Juris-Data, n° 002347.

71. Cass. soc., 10 mai 1989, JCP 1989, éd. G, IV, p. 257.

72. Cass. soc., 18 mars 1992, Droit social 1992-475.

73. Cass. soc., 29 mai 1990, Cah. soc. barreau, n° 21, B, 72.

La question demeure posée de savoir s'il existe encore aujourd'hui des défaillances, insuffisances ou incapacités professionnelles non fautives. L'intérêt est réel car la procédure disciplinaire, les délais de prescriptions de la faute et de la sanction, la règle non bis in idem, l'amnistie etc...ne s'imposent à l'employeur qu'en matière disciplinaire. Les développements de la jurisprudence relative à la sanction pécuniaire n'ont pas clarifié le débat.

On sait que depuis la loi du 17 juillet 1978 les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont totalement interdites en droit du travail<sup>74</sup>. Lorsque l'exécution du travail n'est pas défectueuse, en cas de grève ou maladie par exemple, la retenue effectuée sur la rémunération est licite. De même, la baisse de la rémunération due à un déclassement ou à une rétrogradation est licite car la mesure disciplinaire modifie la nature du travail<sup>75</sup>. Mais si la mauvaise exécution de la prestation a eu pour effet de réduire la rémunération du salarié, la sanction est pécuniaire et illicite<sup>76</sup>. Encore faut-il que l'amputation de la rémunération s'analyse en une sanction. Le droit de prononcer une sanction suppose que le salarié ait commis une faute c'est donc l'appréciation de son comportement qui sera déterminante pour conduire à la qualification de la mesure prise par l'employeur. Elle précédera celle de la sanction.

Par ailleurs, le chef d'entreprise peut accorder individuellement aux salariés des augmentations de salaire, des primes, pour récompenser ou stimuler leurs performances personnelles et professionnelles. Son pouvoir de direction s'exprime ici. En conséquence, ceux qui n'en bénéficient pas ne peuvent soutenir qu'il sont victimes d'une sanction. Parfois, l'amputation de la rémunération est prévue dans le règlement intérieur, notamment la réduction de primes en cas d'absences du salarié<sup>77</sup>. Mais lorsque l'avantage est consenti par une mesure générale applicable à tous, le non-versement de ce complément de salaire se présente comme une sanction pécuniaire. En ce cas, il apparaît que l'employeur reproche en quelque sorte aux salariés qui en sont exclus de ne pas avoir donné satisfaction: il use de son pouvoir disciplinaire. L'exclusion de certains du bénéfice d'une augmentation générale de salaire se présentera comme une sanction pécuniaire car fondée sur leurs défaillances professionnelles<sup>78</sup>.

Des interrogations demeurent. Toute défaillance professionnelle est-elle fautive, et, dans l'affirmative peut-on souhaiter le tout disciplinaire ? Au demeurant, lorsque l'employeur estimera que l'intérêt de l'entreprise justifie qu'il mette fin au contrat de travail du salarié dont il juge les compétences insuffisantes il procédera au licenciement.

### 2.2.2 Insuffisance professionnelle et licenciement

Maître de l'emploi, le chef d'entreprise peut estimer que l'intérêt de l'entreprise justifie le licenciement du salarié non performant. Que le motif soit personnel ou économique, l'appréciation par l'employeur des qualités professionnelles du salarié sera déterminante. Son insuffisance, son inaptitude avérée peuvent conduire à son éviction.

Le législateur français n'aime pas donner de définition. Celle de la cause réelle et sérieuse ne figure pas dans les textes. C'est donc à la jurisprudence qu'incombe la tâche d'en préciser le contenu et d'en cerner les contours. L'employeur doit alléguer des motifs précis et objectifs. La cause doit être réelle, c'est à dire existante et exacte. Elle doit permettre au juge de vérifier son contenu afin d'en apprécier le sérieux, mais il n'en apprécie pas l'opportunité. Il ne peut substituer son appréciation à celle de l'employeur. Les éléments de fait ou manifestations extérieures qui fondent le motif doivent être pertinents. La cause doit

74. C. trav., art. L. 122.42.

75. Cass. soc., 17 févr. 1993, RJS 1993, n° 394.

76. Cass. soc., 20 févr. 1991 et 17 avril 1991, Droit social 1991-474, obs. A. Mazeaud; 16 févr. 1994, RJS 4/94, n° 403; 16 mars 1994, Droit social 1994-524; 12 avril 1995, Droit social 1995-599, obs. J. Savatier.

77. Cass. soc., 22 mars 1995, RJS 1996, n° 24.

78. Cass. soc., 19 juil. 1995, préc. note 70.

présenter un certain degré de gravité troublant la relation de travail ou rendre impossible, sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail. Ces formules, extraites des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1973, ont guidé la jurisprudence.

Quels motifs peut alléguer l'employeur lorsqu'il est convaincu de la nécessité de se séparer du salarié dont les qualités professionnelles ne le satisfont pas ? Le champ d'application de l'insuffisance professionnelle est vaste<sup>79</sup>. La recherche d'un équilibre entre protection des salariés et pouvoirs du chef d'entreprise est également présente dans le contentieux relatif à l'ordre des licenciements. Bien que non inhérent à la personne du salarié<sup>80</sup>, le licenciement économique donnera lieu à une appréciation de sa performance. Ainsi, le licenciement du salarié qui ne peut s'adapter aux nouvelles technologies sera fondé sur un motif économique<sup>81</sup>. Par ailleurs, désireux de préserver l'emploi des plus performants, le chef d'entreprise privilégiera le critère des qualités professionnelles quand il s'agira de choisir, parmi les salariés menacés de licenciement, ceux qui demeureront dans l'entreprise. La détermination des critères fixant l'ordre des licenciements est une phase des procédures de licenciements pour motif économique, qu'ils soient collectifs ou individuels<sup>82</sup>.

L'article L 321.1.1 du Code du travail prévoit différents critères prenant en compte l'ancienneté, les charges de famille, ainsi que les qualités professionnelles appréciées par catégorie. Cette liste n'est ni limitative, ni hiérarchisée. En revanche, si la convention collective détermine une hiérarchie, il devra s'y conformer.

Il est certain que le critère des qualités professionnelles relève de l'appréciation de l'employeur, mais il doit fonder son choix sur des éléments objectifs<sup>83</sup>. Il devra apporter la preuve de la régularité de sa décision: en décider autrement reviendrait à retirer toute valeur à l'ordre des licenciements<sup>84</sup>. Il est en droit de ne conserver à son service que les salariés les plus aptes à contribuer au redressement de l'entreprise<sup>85</sup>. Ainsi, la valeur professionnelle peut constituer le critère privilégié s'il est fondé sur des éléments objectifs tenant aux facultés d'adaptation des salariés à l'évolution de l'entreprise<sup>86</sup>. Cependant, le chef d'entreprise qui déclare se fonder sur les qualités professionnelles ne peut, par exemple, se contenter de retenir le niveau des diplômes pour effectuer son choix<sup>87</sup>.

Les évaluations auxquelles l'employeur aura procédé, entretiens ou bilans, lui permettront de conserver dans l'entreprise les salariés les plus aptes, les meilleurs. L'ancienneté du salarié, les charges de famille, apparaissent désormais accessoires, malgré l'obligation qui est faite à l'employeur de les examiner.

Le salarié doit être performant s'il veut préserver son emploi. En définitive, l'idée de performance individuelle du salarié, notion ignorée de la législation du travail, est présente à tout moment dans la relation de travail. Les obstacles sont nombreux sur le parcours

---

79. Quelques exemples permettront d'illustrer cette affirmation: l'accroissement des fonctions auquel ne peut faire face la salariée, le défaut d'autorité et les carences dans l'organisation de son travail dont a fait preuve un cadre, l'échec à un examen de sélection conditionnant l'embauche, la lenteur, le manque d'intérêt dans le travail, l'insuffisance du rendement, l'inadaptation aux nouvelles méthodes de travail, le pessimisme affiché quand à l'avenir de la société nuisant à l'entreprise s'agissant d'un cadre, l'absence d'effort face à une surcharge temporaire de travail, une impossibilité de collaborer, etc.

80. C. trav., art L. 321-1.

81. Cass. soc., 15 octobre 1992, Bull. civ. V, n° 513; Cass. soc., 3 mai 1994, RJS 1994, n° 675.

82. Cass. soc., 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 126; 13 juil. 1993, RJS 1993, n° 972.

83. Cass. soc., 29 févr. 1993, Bull. civ. V, n° 66.

84. J. Savatier, L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique, *Droit social* 1990-515; P. Waquet, *Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements*, *Droit social* 1994-677.

85. Cass. soc., 18 mai 1993, *Onfroy c/ Sté Marco*.

86. Cass. soc., 4 avr. 1994, *Juris. soc.* 1995, 230.

87. Cass. soc., 20 janv. 1993, Bull. civ. V, n° 18; 17 mars 1993, *Droit social* 1993-459.

professionnel. Parcours, obstacles, il s'agit bien de la performance, de l'épreuve, de la compétition à laquelle participe l'athlète de haut niveau ou le cheval de course. Du recrutement à la perte d'emploi, le choix de l'employeur s'effectuera sous le contrôle du juge dans l'exercice plein et entier de son autorité et de ses pouvoirs. Il demeure malgré tout que le contrôle judiciaire ne peut s'opérer sur les actes pris par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction. L'employeur reste pour l'essentiel le juge naturel et légitime des qualités professionnelles du salarié.

## Bibliographie

- N. Catala, *Traité de droit du travail - L'entreprise*, Paris, Dalloz, 1980
- D. Corrigan-Carsin, *Loyauté et droit du travail*, Mélanges Blaise, Paris, Economica, 1995-125.
- D. Corrigan-Carsin, *La période d'essai*, RJS 8-9/95-551
- G. Couturier, *L'intérêt de l'entreprise*, Mélanges J. Savatier, 1992-143.
- G. Couturier, *Droit du travail - Les relations collectives*, Paris, PUF, 1993
- P. Durand, *Rapport sur la notion juridique de l'entreprise*, Trav. Ass. H. Capitant 1947-56
- P. Enclos, *Les fautes professionnelles et disciplinaires, motifs de licenciement de salariés en formation alternée*, Droit social 1991-131.
- E. Gaillard, *La pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.
- F. Gaudu, *Du statut de l'emploi au statut de l'actif*, Droit social 1995-535.
- JC. Javillier, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 1995.
- A. Jeammaud, *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, Etudes Sinay, Francfort, Peter Lang éd., 1994-347.
- J.P. Le goff, *Les illusions du management*, Paris, Ed. La Découverte, 1996.
- J. Lanfranchi, *Tournois et Carrières, Travail et emploi*, 1992-n° 54- 04.
- A. Lyon-Caen, *Actualité du contrat de travail*, Droit social 1988-540.
- A. Lyon-Caen, *Le droit et la gestion des compétences*, Droit social 1992-573.
- G. Lyon-Caen, *Le droit du travail . Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995.
- A. Mazeaud, *Un élargissement en jurisprudence du domaine de la sanction pécuniaire*, Droit social 1991-470.
- F. Meyer et C. Sachs-Durand, *L'évolution du rapport salarial*, Etudes Sinay, Francfort, Peter Lang éd., 1994-369.
- MF. Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, Paris, LGDJ, 1996.
- J. Savatier, *L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique*, Droit social 1990-515.
- B. Teyssie, *Personnes, entreprises et relations de travail*, Droit social 1988-374.
- B. Teyssié, *La modification du contrat de travail, instrument de gestion de l'entreprise*, Droit social 1986-852.
- P. Waquet, *Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements*, Droit social 1994-677.