

Recueil Dalloz 2001 p. 2339

Le licenciement pour absences répétées dues à une longue maladie

Harold Kobina Gaba, Maître de conférences à l'Université du Havre, membre de Groupe de recherche juridique de l'Institut des sciences du travail et du GREDFIC

Par cet arrêt de principe du 13 mars 2001, la Chambre sociale de la Cour de cassation entend encore une fois, après un arrêt du 16 juill. 1998 (1), imposer sa position aux juridictions inférieures dans l'épineux problème du licenciement pour absences prolongées ou absences répétées dues à une longue maladie. Engagée le 30 janv. 1987 par la société Adressonord sous contrat à durée indéterminée en qualité de manutentionnaire, Mme Herbaut a été en arrêt de travail pour maladie pendant vingt semaines en 1994 et six semaines sur les quatre premiers mois de 1995, soit un total de vingt-six semaines et demie entre le 22 juin 1994 et le 5 mai 1995 (soit 10 mois). Le 5 mai 1995, elle est licenciée au motif pris que ses absences répétées perturbaient la bonne marche de l'entreprise, laquelle employait seulement sept personnes. Elle saisit donc la juridiction prud'homale aux fins de voir condamner son employeur à lui verser des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Au soutien de sa demande, Mme Herbaut énonce que ses absences étaient médicalement justifiées, notamment par des débuts de grossesse.

Le Conseil de prud'hommes d'Haubourdin, le 26 janv. 1997, juge le licenciement sans cause réelle et sérieuse. La société Adressonord interjette alors appel de cette décision. La Cour d'appel de Douai infirme la décision des premiers juges au motif que les absences répétées d'un salarié lorsqu'elles créent une perturbation dans le fonctionnement du service auquel ce salarié est affecté constituent une cause réelle et sérieuse de licenciement dès lors que l'employeur ne peut plus compter sur une participation suffisamment régulière de son préposé eu égard aux besoins de l'entreprise. Dès lors, en considération de l'effectif de sept personnes employées dans l'entreprise, les absences fréquentes et subites de l'une d'elles causaient une perturbation certaine que seul un travail supplémentaire des autres employés ou l'embauche d'une travailleuse intérimaire pouvait pallier.

Sur pourvoi formé par Mme Herbaut, la Cour de cassation, sur le fondement des art. L. 122-45 et L. 122-14-3 c. trav., casse et annule l'arrêt d'appel au motif qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'a pas constaté que les absences de la salariée avaient rendu nécessaire son remplacement définitif, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Si la Cour de cassation réaffirme l'interdiction légale de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, elle admet cependant le licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise sous deux conditions : d'une part, le fonctionnement de l'entreprise doit être perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé et, d'autre part, les perturbations doivent entraîner la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif. Or il est indéniable que c'est la maladie du salarié qui est la cause de ses absences répétées. Toutefois, malgré l'avis contraire de la doctrine et la résistance de certains tribunaux, la licéité de ce licenciement est déduite des travaux préparatoires de la loi du 12 juill. 1990 qui, semble-t-il, met en exergue l'intention du législateur de ne pas remettre en cause la jurisprudence en vigueur en cette matière (2). Toujours est-il que ce licenciement de compromis semble présenter un régime juridique ambivalent qui recèle des caractères à la fois du licenciement pour motif personnel et du licenciement pour motif économique. En effet, il est reproché au salarié malade ses absences justifiées mais répétées ou longues. Or, eu égard à l'interdiction légale de licencier en cas de maladie, il a fallu trouver un subterfuge juridique pour admettre un tel licenciement : les besoins de l'entreprise qui renvoient à la notion très controversée et plastique de l'intérêt de l'entreprise (3). Car la désorganisation (4) causée par les absences répétées du salarié a

des répercussions économiques et suppose un coût financier (5). A cet égard, au nom de la liberté d'entreprendre, droit constitutionnel, de son corollaire le pouvoir de direction et de gestion, et suivant une jurisprudence constante et d'actualité, l'employeur est seul juge du choix économique de son entreprise (6). Ce qui différencie fondamentalement ce licenciement de celui pour motif économique réside dans le fait que le licenciement prononcé en cas d'absences répétées pour cause de maladie n'entraîne pas la suppression d'emploi. De plus, le licenciement économique obéit à des règles de procédure et de fond plus draconiennes. Aussi est-il exigé la nécessité de pourvoir au remplacement définitif du salarié. Cette dernière condition n'est que la traduction pure et simple de la loi du tout ou rien qui peut profiter indifféremment au salarié ou à l'employeur. Etant en principe une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond nonobstant le contrôle de la Cour de cassation, les juges de Douai n'y ont-ils pas répondu implicitement, surtout qu'en l'espèce ils ont renoncé à leur jurisprudence classique qui *a priori* est contraire à celle de la Cour de cassation ? En outre, l'employeur avait-il la volonté, lors du prononcé du licenciement, de procéder au remplacement définitif de la salariée ? Enfin, quelle est l'incidence des conventions collectives comportant une clause de garantie d'emploi pour absence de longue durée, ou prévoyant la rupture pour longue maladie et non pour les absences répétées, ou encore permettant le licenciement après une certaine durée ?

I - La perturbation grave du fonctionnement de l'entreprise

Cette première condition ne pose pas de problème particulier. La désorganisation de l'entreprise s'apprécie en fonction de critères cumulatifs et interdépendants : le nombre et la durée des absences ; la nature des fonctions ou la qualification du salarié ; la taille ou l'effectif de l'entreprise.

Pendant, la réalité et le sérieux du motif du licenciement s'appréciant au jour où la décision de rompre le contrat de travail est prise par l'employeur, ce dernier ne peut invoquer comme cause de rupture les absences prolongées du salarié à un moment où elles avaient cessé (7). De même, l'employeur ne peut engager la procédure de licenciement alors qu'il connaissait la date de reprise du salarié et savait son retour imminent (8). En outre, lorsque l'employeur se prévaut à la fois, d'une part, des fautes du salarié pour absences abusives et retard dans la production de documents médicaux et, d'autre part, de la perturbation de l'entreprise due aux absences du salarié pour cause de maladie, les juges qui ont retenu cette perturbation doivent aussi se prononcer sur le caractère fautif ou non du comportement du salarié (Cass. soc., 26 oct. 1999, RJS 12/99, n° 1451).

Pour caractériser en l'espèce la perturbation qui consiste pour l'employeur à ne plus pouvoir compter sur une participation suffisamment régulière de son préposé eu égard aux besoins de l'entreprise, la Cour de Douai relève que les présences de Mme H. au service de son employeur ne furent que rares et brèves à partir de l'été 1994, et qu'en fait elle s'absentait souvent et inopinément sans prévenir.

Faisant *a priori* abstraction de la fonction de la salariée, les juges du second degré examinent ensuite l'effectif de l'entreprise qui est de sept personnes depuis le début des absences jusqu'au prononcé du licenciement, à savoir de 1994 à 1995. *A posteriori*, la fonction de la salariée ne semble pas déterminante ou présente peu d'intérêt en raison même de l'effectif relativement réduit de cette entreprise. Car, naguère, la Cour de Douai, pour établir la désorganisation de l'entreprise, faisait une corrélation entre ces deux critères. Ainsi, la désorganisation de l'entreprise n'a pas été retenue dans une espèce en raison de l'absence de responsabilité d'une salariée ayant la simple qualification de vendeuse, de l'importance du personnel (50 salariés), permettant à l'entreprise de répartir temporairement la charge de travail entre les autres salariés, et des absences peu importantes (100 jours) de cette salariée réparties sur trois ans (9).

De ces constatations la Cour de Douai déduit une perturbation certaine de l'entreprise que seul un travail supplémentaire des autres employés ou l'embauche d'une travailleuse intérimaire pouvait pallier. Ce dernier motif de la décision constituait l'un des éléments importants dans la jurisprudence antérieure de cette juridiction, ce qui renforce le malaise, car

non seulement les juges du second degré ne suivent pas fidèlement leur propre jurisprudence, mais encore ils ne s'inclinent pas pour autant devant l'arrêt du 16 juill. 1998 de la Cour de cassation. A moins d'avancer que la condition posée par cet arrêt du 16 juill. 1998 tenant à la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié absent a été implicitement examinée par les juges d'appel dans leur dernier motif.

II - La nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié absent

Cette condition entérinée par la Cour de cassation étant d'origine conventionnelle, il semble judicieux de s'inspirer de la jurisprudence y afférant. En effet, certaines conventions collectives de travail prévoient, en cas d'absences prolongées ou répétées pour cause de maladie et d'accidents, et notamment en cas de longue maladie reconnue par la Sécurité sociale, la rupture du contrat de travail si le remplacement effectif ou définitif (10) de l'intéressé a dû être effectué. Cependant, cette rupture n'est possible qu'en cas de nécessité et s'il n'a pas été possible de recourir à un remplacement provisoire (11).

En conséquence, la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié malade doit être constatée par les juges (Cass. soc., 12 nov. 1997, préc.) et le remplacement effectif ou définitif doit s'accompagner de l'embauche d'un nouveau salarié (Cass. soc., 4 juin 1998, préc. ; 16 déc. 1997, arrêt n° 4853). Ne constitue donc pas un remplacement définitif le remplacement par un stagiaire (Cass. soc., 22 oct. 1996, préc.) ou par un salarié sous contrat à durée déterminée (Cass. soc., 20 avr. 1989, RJS 5/89, n° 417).

Mais, en l'absence de clauses conventionnelles, comme c'est le cas en l'espèce, comment doit-on caractériser la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié absent ? Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Malgré la possibilité de recourir à un remplacement provisoire du salarié absent, l'employeur juge cependant nécessaire le remplacement définitif. Dans cette hypothèse, il doit faire la preuve de cette nécessité.

En revanche, l'impossibilité de recourir à un remplacement provisoire implique-t-elle la nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié absent ? A la lumière des dispositions de la Convention collective nationale du caoutchouc, cette relation de cause à effet n'est point possible car l'applicabilité de cette convention suppose deux situations distinctes mais cumulatives. En d'autres termes, la Convention fait obligation à l'employeur, lorsque le remplacement effectif du salarié est nécessaire, de rechercher au préalable un remplacement provisoire. Il s'agit ici d'une mesure plus favorable au salarié au regard de la jurisprudence classique. Dès lors, le remplacement définitif doit être nécessaire et précéder l'impossibilité de recourir à un remplacement provisoire (Cass. soc., 28 janv. 1998, préc.). Ainsi, bien que l'employeur, pour pallier l'absence du salarié absent, engage un salarié par contrat à durée déterminée jusqu'à la fin de l'absence de l'intéressé, il doit toutefois rapporter la preuve de ce qu'il s'était trouvé dans l'obligation de remplacer définitivement le salarié malade (Cass. soc., 5 janv. 1999, n° 19 D, préc.).

Ces différentes hypothèses appellent une question inéluctable : la perturbation de l'entreprise entraîne-t-elle *ipso facto* la nécessité d'un remplacement définitif ? Logiquement, la réponse doit être négative. Cependant, lorsque l'employeur estime le fonctionnement de l'entreprise perturbé et juge nécessaire le remplacement définitif malgré la possibilité d'un remplacement provisoire, le juge est-il en droit d'apprécier l'opportunité de ce choix ? Est-ce un choix économique ou disciplinaire ou, plus généralement, l'exercice du pouvoir de direction et de gestion ? Dans le premier cas, la Cour de cassation interdit au juge d'apprécier l'opportunité d'une décision économique de l'employeur (Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, préc.).

Dans l'espèce commentée, il est reproché à la cour d'appel de n'avoir pas constaté que les absences répétées de la salariée avaient rendu nécessaire son remplacement définitif. A ce propos, les motifs de l'arrêt d'appel sont singuliers, surprenants et paradoxaux.

En effet, pour caractériser la cause réelle et sérieuse du licenciement, la Cour de Douai

semble la déduire de la perturbation certaine causée par les absences répétées de la salariée à l'entreprise. De cette constatation, les juges du second degré énoncent que seul un travail supplémentaire des autres employés ou l'embauche d'une travailleuse intérimaire pouvait pallier cette perturbation. En réalité, cette dernière énonciation, qui constitue une des options ouvertes à l'employeur, ne présente aucun intérêt dans le raisonnement, étant entendu que l'option choisie par l'employeur était le licenciement de la salariée. Au demeurant, dès lors que le licenciement procède d'une cause réelle et sérieuse, devient inopérante la question de la nécessité ou non du remplacement définitif du salarié absent.

Par suite, l'employeur est seul juge de l'opportunité de la solution à envisager : soit licencier, soit embaucher un travailleur intérimaire, soit créer des heures supplémentaires pour les autres salariés. Le choix de l'une de ces options reste indifférent quant au caractère réel et sérieux du licenciement.

Cette solution donnée par les juges d'appel contredit non seulement la jurisprudence classique de la Chambre sociale de la Cour d'appel de Douai, mais également celle de la Cour de cassation.

En effet, une contrariété de jurisprudence existe depuis 1998 entre la Cour de cassation et la Cour d'appel de Douai sur l'une des conditions prétoriennes de ce licenciement : la nécessité d'un remplacement définitif du salarié absent exigée par la Cour de cassation contre les difficultés qu'éprouve l'employeur à pourvoir temporairement à son remplacement requises par les juges de Douai (12). Les deux propositions recouvrent, on l'a vu, deux réalités différentes mais supposent le remplacement définitif du salarié.

Finalement, la solution de l'arrêt d'appel censuré semble plutôt établir la nécessité du licenciement et non celle du remplacement définitif de la salariée. Toutefois, en n'optant pas pour les autres solutions, le licenciement qui s'appuie sur la perturbation de l'entreprise est jugé nécessaire car il a un caractère réel et sérieux.

Cependant, en l'espèce, rien n'indique, comme l'exige la Cour de cassation, que le licenciement s'est accompagné de l'embauche définitive d'un nouveau salarié en lieu et place de la salariée licenciée. Or le remplacement définitif peut ne pas être nécessaire pour les besoins de l'entreprise car tout est fonction de la qualification, de la fonction et de l'apport à court et à long terme du salarié, et de la volonté de l'employeur dans l'entreprise. Dès lors, en imposant la nécessité d'un remplacement définitif du salarié, le juge ne se substitue-t-il pas à l'employeur dans son pouvoir de direction et de gestion, d'autant que le fondement de ce licenciement repose sur les besoins ou la situation objective de l'entreprise ? A moins de voir dans cette condition une limite au pouvoir de l'employeur, ce qui renforce le pouvoir de contrôle du juge, notamment quant au choix effectué par l'employeur entre plusieurs solutions.

Mais, en présence d'une clause conventionnelle prévoyant une garantie d'emploi pour absence de longue durée, le licenciement pour absences répétées n'est possible que si une absence est égale à la durée prévue pour la maladie prolongée (13). D'ailleurs, la Cour de cassation précise que l'absence prolongée ou la seule expiration de la période de protection ne constitue pas en elle-même une cause réelle et sérieuse de licenciement (14).

En revanche, lorsque la convention collective prévoit que la nécessité de remplacer un salarié malade ou accidenté peut entraîner le licenciement de celui-ci si la maladie dont il est atteint ou l'accident entraîne un arrêt de travail supérieur à neuf mois, dès lors que l'arrêt de travail ne dépasse pas cette durée, les absences répétées ne constituent pas, aux termes de ladite convention, une cause de rupture du contrat (15).

Partant d'une situation supposée objective, la démarche jurisprudentielle aboutit sans aucun doute à une situation très relative et subjective où les prémisses du raisonnement sont multicritères, fluctuantes et contradictoires. Concrètement, nonobstant la perturbation de l'entreprise causée par les absences répétées ou longues du salarié, l'employeur a toute latitude pour conserver son collaborateur dont les atouts professionnels, commerciaux, etc., à

court et surtout à long terme sont indiscutables et indispensables pour la survie ou la compétitivité même de l'entreprise. Mais cette opportunité ne s'adresse pas à la masse des salariés qui sont interchangeable.

Mots clés :

CONTRAT DE TRAVAIL * Rupture * Licenciement * Cause réelle et sérieuse * Santé * Absences répétées

(1) Dr. soc. 1998, p. 950, obs. A. Mazeaud ; D. 1998, IR p. 200  ; v. aussi, 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 485 ; D. 1998, IR p. 261 .

(2) Sur cette question : A. Mazeaud, Le licenciement en cas de maladie prolongée et d'inaptitude d'origine non professionnelle : la loi, le juge et les partenaires sociaux, Dr. soc. 1992, p. 240 ; *in* Rép. trav. Dalloz, v° Maladie et inaptitude d'origine non professionnelle, n° 64 s.

(3) Sur cette notion : M.-C. Escande-Varniol, La Cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, RJS 4/00, Chron. p. 260 ; H. K. Gaba, note sous Cass. soc., 14 mars 2000, D. 2001, p. 894  ; *adde* les références citées.

(4) La désorganisation nécessite une réorganisation en vue de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise qui revêt le caractère d'un licenciement économique : cf. concl. av. gén. P. de Caigny sur Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, D. 2001, p. 1125, note Pélissier  ; Dr. soc. 2001, p. 126 ; les propos de M. Waquet, conseiller-doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *in* *Le Monde*, 21 avr. 2001, p. 7.

(5) Cependant, le souci d'économie financière ne peut justifier un licenciement pour motif économique.

(6) Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, préc. ; et les notes critiques et pertinentes de F. Duquesne au JCP 2001, II, n° 10498 ; et de J. Pélissier au D. 2001, p. 1125 .

(7) Cass. soc., 5 janv. 1999, n° 18 D, *Neral c/ Sté Copitec Antilles*, RJS 2/99, n° 166.

(8) Cass. soc., 5 janv. 1999, n° 19 D, *Sté Transports Brangeon c/ Billot*, RJS 2/99, n° 191.

(9) CA Douai, ch. soc., 9 avr. 1993, n° 359/93, *SA Prisunic c/ Mme Larbin Francine* ; 27 janv. 1995, n° 45/95, *SA Auchan c/ Mme Cathy Vasseur*.

(10) Certaines conventions collectives utilisent l'expression « remplacement effectif », d'autres « remplacement définitif ». Les deux expressions se valent : Cass. soc., 5 janv. 1999, n° 19 D, préc.

(11) Art. 21 CCN du caoutchouc (Cass. soc., 4 juin 1998, Bull. civ. V, n° 304 ; D. 1998, IR p. 160  ; 12 nov. 1997, *ibid.*, n° 372) ; art. 28 Conv. coll. du commerce de détail, de l'habillement et des articles textiles (Cass. soc., 22 oct. 1996, arrêt n° 3880) ; art. 22, avenant n° 1, CCN des industries chimiques (Cass. soc., 28 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 47) ; art. 16-2° Conv. coll. des transports routiers (Cass. soc., 5 janv. 1999, RJS 2/99, n° 191).

(12) CA Douai, ch. soc., 27 janv. 1995, préc. ; 31 janv. 1997, n° 79-97, *SA Cardem Démolition c/ Mohamed Wadid* ; 29 mars 1996, n° 468/96, *Mauricette Schoutteten Derbaudringhien c/ SA Direct Ménager France*.

(13) Cass. soc., 29 mai 1996, *Sintes c/ Bouyer* ; 8 juin 1994, *SA de Crédit Immobilier c/ Dame Brégent et autres* ; *contra*, CA Douai, 13 juin 1993, arrêt n° 609, *Monique Bayard Martin c/ L'Eveil Somainois* (non-application des dispositions conventionnelles en cas d'absences répétées).

(14) Cass. soc., 10 oct. 1995, Bull. civ. V, n° 266 ; 10 nov. 1998, n° 96-42.853, *JSL* ; 5 janv. 1999, n° 27-37 ; 13 déc. 1995, *Sté Gan c/ Coiffard* ; CA Douai, 29 mars 1996, préc.

(15) Cass. soc., 25 oct. 1995, n° 4009 D, *Boué c/ Dame Blasco*, rejet.