

Le licenciement d'un salarié malade, en raison de son absence, n'est autorisé que dans des circonstances exceptionnelles

Soc. 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-44.251, publié au Bulletin ; Soc. 26 septembre 2007, pourvois n° 06-44.146 et 06-43.029, inédits

Jean Pélissier

La Cour de cassation a depuis plusieurs années réglé la difficulté qui résultait de la rédaction de l'article L. 122-45 selon laquelle aucun salarié ne peut être licencié « en raison de son état de santé ou de son handicap » sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Certains juges avaient fait application de cet article dans des affaires où l'employeur avait licencié un salarié en raison d'absence pour maladie prolongée ou d'absences répétées dues à la maladie et avaient en conséquence prononcé la nullité du licenciement(1). Dans deux arrêts rendus en 1998, elle affirmait clairement que cet article L. 122-45 n'interdisait pas les licenciements en raison des perturbations que l'absence prolongée ou les absences répétées apportaient au bon fonctionnement de l'entreprise alors même que ces absences résultaient de la maladie du salarié(2). Depuis ces deux arrêts, la Cour de cassation a réaffirmé à plusieurs reprises la distinction qu'il y a lieu de faire entre l'état de santé du salarié et la perturbation du fonctionnement de l'entreprise. Dans les arrêts du 26 septembre 2007 et du 18 octobre 2007, il est de nouveau souligné que « l'article L. 122-45 du Code du travail faisant interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail... ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ». Ils ajoutent, comme des arrêts antérieurs, que le licenciement du salarié n'est possible que « si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ».

1.- Tout en confirmant une jurisprudence bien établie, ces arrêts apportent plusieurs précisions montrant que la possibilité de licencier un salarié malade en raison de son absence reste exceptionnelle. Pour avoir le droit de licencier, l'employeur doit non seulement établir que l'absence du salarié perturbe le fonctionnement de l'entreprise, mais également établir que cette perturbation rend nécessaire le remplacement définitif. Or les arrêts du 26 septembre et du 18 octobre 2007 montrent que la nécessité d'un remplacement définitif est entendue de façon rigoureuse par les juges. Encore faut-il lire soigneusement ces arrêts qui n'apportent pas tous des solutions radicales.

L'arrêt du 18 octobre 2007 pose en principe que « seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié ». En particulier, le recours à une entreprise de services pour effectuer le travail qui était jusque-là assuré par le salarié malade, s'il n'est pas interdit, ne peut être assimilé à un remplacement définitif du salarié absent et n'autorise pas l'employeur à procéder au licenciement de ce salarié. On notera que ce n'est pas le caractère définitif du remplacement qui est ici en cause. Lorsque, comme en l'espèce, le syndicat de propriétaires décide de remplacer une gardienne d'immeuble, absente depuis plusieurs mois, en faisant appel à une société spécialisée dans l'entretien d'immeubles, il n'a pas nécessairement le projet d'effectuer un remplacement provisoire. Il peut fort bien envisager de modifier définitivement le système de gardiennage en substituant au travail d'un gardien salarié la prestation d'une entreprise de service. C'est d'ailleurs cette situation qui avait été relevée par les juges du fond. La Cour d'appel avait jugé que le licenciement du gardien avait une cause réelle et sérieuse au motif qu'« une société, spécialisée dans l'entretien d'immeubles, effectuait les mêmes tâches que la salariée dont elle assurait le remplacement définitif dans l'intérêt du fonctionnement normal de l'entreprise ». La Cour de

cassation ne fait pas ici référence à l'appréciation souveraine des juges du fond ; elle casse l'arrêt et pose en principe que le remplacement du salarié malade et absent suppose nécessairement « l'embauche d'un autre salarié ». La solution ne semble pas très logique. Dans la mesure où l'exception à l'interdiction de licencier un salarié malade pendant la période de suspension du contrat est limitée aux cas où l'employeur peut établir qu'il y a nécessité de remplacer définitivement le salarié absent, il semblerait normal que l'employeur qui rapporte une telle preuve se voie reconnaître le droit de licencier. L'employeur qui a établi que le remplacement définitif du salarié absent était nécessaire et que ce remplacement a été assuré par la conclusion d'un contrat de prestation de services ayant un caractère définitif(3), a pleinement répondu aux exigences posées par les juges. Affirmer que le recours à un contrat de prestation de services ne peut pas constituer un remplacement, c'est prendre beaucoup de liberté avec le sens des mots. Le remplacement d'une personne peut prendre des formes très variées ; il s'agit de tenir la place de quelqu'un, de le suppléer. Il n'implique pas nécessairement, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, une embauche.

Il faut voir dans cette décision la volonté des juges de faire prévaloir la protection de l'emploi des salariés malades sur l'intérêt de l'entreprise. Le licenciement d'un salarié malade n'est possible que si le remplacement définitif de celui-ci est nécessaire et que s'il est assuré par l'embauche d'un autre salarié par un contrat à durée indéterminée.

Les deux arrêts du 26 septembre 2007 apportent, quant à eux, des précisions sur le contrat à durée indéterminée qui doit être conclu.

L'arrêt *M^{me} Guillet* (n° 06-44.146) décide une nouvelle fois(4) que l'employeur, après avoir remplacé le salarié absent par un salarié engagé par contrat à durée déterminée, ne peut plus par la suite licencier le salarié absent en invoquant la nécessité d'un remplacement définitif. En effectuant un remplacement provisoire du salarié absent, l'employeur a pour ainsi dire fait la preuve qu'il n'y avait pas nécessité de procéder à un remplacement définitif. Il ne peut plus par la suite, même si l'absence se prolonge, invoquer cette nécessité et licencier le salarié absent en concluant un contrat à durée indéterminée avec un autre travailleur. Cette interprétation avait fait l'objet de réserves. Il n'est pas en effet impossible d'admettre que l'employeur a d'abord recours à un contrat de travail précaire pour parer au plus pressé et que, l'absence se prolongeant, il devient nécessaire de confier l'emploi à une personne qui ait la même formation, les mêmes capacités et la même implication dans l'entreprise que le salarié malade(5). L'arrêt *Guillet* répond, au moins implicitement, à cette critique. Il n'affirme pas, en effet, que le licenciement du salarié malade est nécessairement sans cause réelle et sérieuse lorsqu'il intervient après le remplacement provisoire de celui-ci. Il reproche seulement aux juges du fond d'avoir retenu l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement « sans caractériser la nécessité de procéder, au regard de la situation de l'entreprise, à une embauche en contrat à durée indéterminée ».

L'arrêt *Sté Segotec* (n° 06-43.029) montre que la Cour de cassation prend aussi en compte l'intérêt de l'entreprise et le fait prévaloir, dans certaines circonstances, sur la protection de l'emploi des salariés malades. Ainsi est-il décidé que le licenciement du salarié absent a une cause réelle et sérieuse lorsque celui-ci est remplacé définitivement par un salarié de l'entreprise, faisant l'objet d'une promotion. Il suffit que ce salarié soit lui-même remplacé par un travailleur embauché par contrat à durée indéterminée. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que le licenciement du salarié s'accompagne de l'embauche en contrat à durée indéterminée d'un travailleur le remplaçant. Il suffit, dès lors que la nécessité d'un remplacement définitif a été établie, qu'un travailleur ait été embauché en contrat à durée indéterminée ; si cette embauche a pour effet de remplacer celui qui occupe désormais l'emploi de celui qui est licencié, le licenciement a une cause réelle et sérieuse.

2.- Si les arrêts rapportés donnent des précisions sur les conditions dans lesquelles le licenciement d'un salarié peut être prononcé en raison d'une absence liée à une maladie non professionnelle, ils laissent entière la question de la sanction adéquate d'un licenciement injustifié. Dans les trois litiges ayant donné lieu aux arrêts rapportés, les salariés avaient réclamé des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Et les juges ont naturellement statué sur ces demandes. On peut cependant s'interroger sur le point de savoir

si le salarié qui estime que le licenciement ne peut pas être justifié par la nécessité d'un remplacement définitif ne devrait pas demander la nullité de son licenciement. A défaut de la nécessité d'un remplacement définitif, la protection de l'emploi du salarié malade doit produire tous ses effets. Le licenciement n'est pas un licenciement sans cause réelle et sérieuse mais un licenciement nul pour violation de l'article L. 122-45 du Code du travail. Un parallèle peut être fait avec la mise à la retraite. Dans un premier temps la Cour de cassation a jugé que la mise à la retraite en dehors des conditions légales était un licenciement sans cause réelle et sérieuse(6). Elle décide maintenant que lorsqu'un salarié est mis à la retraite en dehors des cas où la mise à la retraite est autorisée, il s'agit d'un licenciement prononcé en raison de l'âge du salarié. Ce licenciement doit donc être déclaré nul par application de l'article L. 122-45(7). De la même façon, lorsque l'absence du salarié malade ne rend pas nécessaire le remplacement définitif de celui-ci, le licenciement doit être considéré comme motivé par l'état de santé du salarié et déclaré nul par application du même article.

Mots clés :

RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL * Licenciement * Maladie * Absence * Circonstances exceptionnelles

(1) Dijon, 26 nov. 1996, *RJS* 5/97, n° 536 ; Paris, 28 févr. 1997 même référence ; Paris, 2 juill. 1997, *Sem. soc. Lamy* 1997, n° 862, p. 13.

(2) Soc. 16 juill. 1998, *Dr. soc.* 1998. 950 ; Soc. 10 nov. 1998, *RJS* 12/98, n° 1998.

(3) Le sens du mot « définitif » ayant ici un sens particulier. Il ne s'agit pas d'un remplacement fixé une fois pour toutes. Le remplacement du salarié par un autre salarié embauché par un contrat à durée indéterminée n'a pas pour effet d'assurer une situation qui ne changera plus. Le remplacement définitif est opposé au remplacement qui, dès l'origine, est conçu comme devant avoir une durée très provisoire.

(4) Déjà en ce sens, Soc. 2 mars 2005, *RJS* 5/05, n° 503.

(5) Obs. sous l'arrêt du 2 mars 2005, *préc.*

(6) Soc. 28 févr. 2006, *Bull. civ. V*, n° 90.

(7) Soc. 21 déc. 2006, n° 05-12.816, *RJS* 3/07, n° 326, RDT 2007.238, obs. I. Desbarats.