

Septembre 2008

Malade... donc licencié ?

2 arrêts en février, 1 en avril après une avalanche de décisions ces dernières années : les juges de la Cour de cassation n'en finissent pas de se prononcer sur la question tout en suscitant toujours nombre d'interrogations !

L'article L1132-1 du Code du travail (L122-45 ancien) prohibe toute discrimination et par là même tout licenciement fondé sur l'état de santé notamment.

Malgré cette interdiction, s'est pourtant développée, à côté de la voie du licenciement pour inaptitude légalement prévue et fortement encadrée, **une création purement jurisprudentielle qui autorise un éventuel licenciement fondé** non pas sur l'état de santé du salarié mais **sur les conséquences de son absence pour maladie, c'est-à-dire la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement** (ouf !).

Même si « *cette situation résulte des absences [...] elles-mêmes liées à l'état de santé[...], le motif ainsi allégué n'est pas discriminatoire en tant que tel* » pour la Cour de cassation comme l'a souligné Antoine Mazeaud¹. A une demande d'une juridiction espagnole à propos d'un licenciement d'une salariée en arrêt de travail pour maladie depuis plusieurs mois, la Cour de justice des Communautés européennes a pu estimer le 11 juillet 2006² que la maladie en tant que telle ne pouvait être considérée comme un motif venant s'ajouter à ceux au titre desquels la directive communautaire 2000/78 interdit toute discrimination (cette directive vise les discriminations dans l'emploi « fondées sur le handicap » et a inspiré la rédaction de l'article L1132-1 du Code du travail).

Des décisions récentes de la Cour de cassation sont l'occasion de préciser les contours de la jurisprudence tant sur la forme (1) que sur le fond (2).

1- La motivation de la lettre de licenciement doit non seulement évoquer la nécessité de remplacement du salarié (le caractère définitif est vérifié par les juges du fond – des tribunaux et cours d'appel) mais aussi l'existence de perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise pour que le licenciement soit valable d'après l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 9 avril 2008³.

Cette décision rappelle que l'employeur a l'obligation de mentionner expressément le motif exact du licenciement pour qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse selon une jurisprudence du 23 mars 2005⁴ confirmée par la Cour de cassation le 14 février 2007⁵.

Si ces deux arrêts relatifs au licenciement « pour maladie » sont, pour Jean-Yves Frouin⁶, symptomatiques d'un durcissement de la position de la Cour de cassation sur les conditions exigées pour une motivation suffisante de la rupture dans la lettre de licenciement, il faut cependant souligner que la jurisprudence Rogie du 29 novembre 1990 a fait de l'énonciation des motifs dans la lettre de licenciement prévue à l'article L1232-6 du Code du travail une garantie fondamentale pour le salarié. « *Ce qui est essentiel à la protection du travailleur, c'est que celui-ci ne puisse être licencié sans savoir*

¹ Droit social 1998, n°11, page 951

² CJCE 11 juillet 2006 ; voir observations de J. Savatier, Droit social, décembre 2006, n°12 p.1117

³ Cass. soc. 9 avril 2008, n°07-41.340

⁴ Cass. soc. 23 mars 2005, n°03-46.847

⁵ Cass. soc. 14 février 2007, n°05-44.682

⁶ Semaine sociale Lamy 23 juin 2008, n°1359 p.12

pourquoi" a pu écrire Jean Savatier⁷. La difficulté d'appréhension d'un tel licenciement, comme nous allons le voir dans ses conditions de fond, paraît bien justifier les exigences formelles de la Cour de cassation.

Hormis cette précision, la procédure de ce licenciement ne comporte pas de particularité (convocation à entretien préalable, entretien et notification), les seules spécificités tenant à sa mise en œuvre :

- lorsque le salarié est déjà en arrêt de travail pour maladie mais médicalement autorisé à sortir quelques heures par jour, l'entretien doit être fixé dans cette fourchette ;
- lorsque le salarié, déjà en arrêt de travail, n'est pas autorisé à sortir : fixation autant que possible de l'entretien à une date postérieure à celle prévue pour la reprise du travail ou indication dans la convocation de la possibilité de se faire représenter et de communiquer ensuite ses observations.
- lorsque le salarié répond à la convocation que son état de santé ne lui permet pas de se rendre à l'entretien : envoi d'une lettre recommandée qui constate l'absence du salarié à l'entretien, lui indique les motifs pour lesquels son licenciement est envisagé et l'invite à faire connaître par écrit ses observations en lui fixant pour cela un délai suffisant (une semaine par exemple).
- lorsque le salarié est mis en arrêt de travail postérieurement à la réception de la convocation à l'entretien et que celui-ci ne se place pas dans les heures de sortie médicalement autorisées : envoi d'une lettre recommandée pour indiquer au salarié la possibilité de se faire représenter à l'entretien et de communiquer ensuite ses observations.

Des conventions collectives peuvent également prévoir une mise en demeure préalable de reprendre son travail avant d'engager la procédure de licenciement.

2- Sur le fond, il est possible de distinguer deux éléments : **la perturbation au fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de remplacement définitif.**

Les deux éléments évoqués ne sont pas nécessairement cumulatifs, l'appréciation de la Cour de cassation étant réalisée selon la méthode du faisceau d'indices. Les cas d'espèce s'avèrent ainsi parfois difficiles à apprécier.

La perturbation du fonctionnement de l'entreprise implique que la taille et la nature de son activité jouent. En effet, une entreprise de petite taille est plus susceptible d'être perturbée par l'absence répétée du salarié notamment si les délais pour effectuer les travaux sont impératifs (Cass. soc. 3 octobre 1991 n°88-44.124). Pour exemple, la chambre sociale a estimé, le 23 septembre 2003⁸, un licenciement justifié par le fait que le bon fonctionnement d'une petite unité de travail de six salariés soit en cause du fait de l'absence pour maladie prolongée d'un des salariés.

La situation géographique du lieu de travail empêchant de pourvoir temporairement au remplacement de la salariée par des contrats à durée déterminée a aussi été prise en compte par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 février 2006⁹.

La taille et l'organisation de l'entreprise jouent aussi sur l'appréciation de l'absence longue ou des absences répétées du salarié.

La durée d'une absence dite longue, exigée par les juges pour estimer que le fonctionnement de l'entreprise est objectivement perturbé, varie selon sa taille : si une absence de 2 mois a pu justifier un licenciement dans une entreprise de 6 salariés (Cass. soc. 24 avril 1990, n°87-44.817), il n'en est pas de même d'une absence de plus de 7 mois dans une entreprise de plus de 500 salariés (Cass. soc. 7 novembre 1990, n°88-40.178).

Quant à la répétition des absences, il n'existe pas non plus de règles précises, le cas par cas jouant : la jurisprudence a pu parler dans des jurisprudences anciennes « d'absences longues et fréquentes démontrant que l'employeur ne peut compter sur une collaboration suffisamment régulière pour les

⁷ Droit social 1991, n° 2, p.101

⁸ Cass. soc. 23 septembre 2003, n°01-44.159

⁹ Cass. soc. 15 février 2006, n°05-43.047

nécessités de l'entreprise » (Cass. soc. 3 octobre 1980, n°79-40.250) ou encore « d'absences répétées, de caractère fréquent et inopiné » (Cass. Soc. 6 juin 1984, n°82-41.630).

Il faut noter que des conventions collectives peuvent prévoir des durées minimales d'absences pour se prévaloir d'un tel licenciement.

Quant à la **nécessité de remplacement définitif**, elle est examinée selon les circonstances telles la qualification professionnelle et l'emploi occupé.

Un salarié dépourvu de qualification ou de qualification peu élevée est estimé aisément remplaçable de manière provisoire pour le temps de son absence selon la Cour de cassation.

A ce titre, la délibération n°2006-290 de la HALDE du 11 décembre 2006 précise, au sujet d'un licenciement suite à une longue maladie d'un boucher, que le salarié « *ne disposait d'aucune compétence propre que ses collègues ne possèderaient pas. Il n'occupait pas un poste nécessitant une technicité particulière ne pouvant être assuré que par lui seul.* ». En conséquence, elle conclue à une discrimination fondée sur l'état de santé.

A l'inverse, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2008¹⁰ estime que la nature des fonctions d'un conseiller commercial qui impose un apprentissage spécifique de la vente et une formation sur le terrain rend impossible le recours au travail intérimaire entraînant la nécessité d'un remplacement définitif.

Il n'y a donc pas de nécessité d'un remplacement définitif si les absences du salarié peuvent être palliées par un travail supplémentaire d'autres salariés ou l'embauche d'un intérimaire (Cass.soc.13 mars 2001, n°99-40.110), par un salarié en contrat à durée déterminée (Cass. soc. 2 mars 2005, n°03-42.800) ou encore par le recours à une entreprise prestataire de services (Cass. soc. 18 octobre 2007, n° 06-44.251).

En réalité, le remplacement du salarié licencié sur le fondement de la perturbation de l'entreprise par sa longue maladie ne peut trouver de justification que par l'embauche d'un salarié en contrat à durée indéterminée selon une jurisprudence constante et pour une durée de travail au moins équivalente au salarié licencié selon un arrêt rendu le 6 février 2008¹¹.

De plus, ce remplacement doit s'effectuer dans un délai raisonnable après le licenciement. Le délai raisonnable est apprécié par les juges en tenant compte des spécificités de l'entreprise, de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement (Cass. soc. 14 mars 2007, n° 06-41.723) à charge pour l'employeur de prouver qu'il a procédé au remplacement dans un tel délai (Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 04-48.192). Par exemple, un délai d'un mois et demi pour le remplacement d'un directeur technique a été jugé raisonnable.

Par ailleurs, si le salarié bénéficie d'une garantie d'emploi pour une période déterminée (selon la convention collective notamment), le remplacement ne peut avoir lieu durant cette période et ce même si le licenciement a eu lieu après expiration de la garantie (Cass. Soc. 20 septembre 2006, n°05-41.385).

Pour finir, une limite a été introduite par la jurisprudence : l'employeur ne peut se prévaloir de ce type de licenciement si l'absence prolongée du salarié en maladie a pour origine un harcèlement moral dont il a été victime dans l'entreprise (Cass. soc. 11 octobre 2006, n°04-48.314) !

En conclusion on relèvera, d'une part, que l'encadrement est évidemment la population la plus touchée par ce type de licenciement au vu des conditions de qualification et de nature des fonctions du salarié et, d'autre part, que cette jurisprudence a tendance à construire un droit dérogatoire au profit des TPE/PME au vu des conditions de taille de l'entreprise ajoutée à la nature de son activité.

¹⁰ Cass. soc. 6 février 2008, n°06-45.762

¹¹ Cass. soc. 6 février 2008, n°06-44.389

De plus, autant la distinction état de santé du salarié / conséquences de son absence pour maladie (cf. observation d'Antoine Mazeaud en introduction) que celle maladie / handicap sont ténues.

Pour cette dernière, la juridiction espagnole ayant saisie la CJCE avant sa décision de 2006 estimait ainsi qu'il existait un lien de causalité entre maladie et handicap, la maladie étant susceptible d'entraîner un handicap irréversible et, à tout le moins, d'entraîner des déficiences limitant l'activité et la participation à la vie sociale de l'individu ce qui rejoint la définition du handicap de l'Organisation Mondiale de la Santé.

Elle ajoutait que si les deux concepts étaient différents, il conviendrait de rajouter la maladie à la liste des motifs discriminatoires prohibés par la directive 2000/78 au regard de dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du ... projet de Constitution pour l'Europe (depuis non ratifié).