

Absence prolongée : les risques d'un licenciement

Pour constituer un motif valable de licenciement notifié, l'absence prolongée (ou répétée) doit répondre à de nombreuses conditions. Lesquelles sont bien souvent ignorées par les employeurs, qui se trouvent alors exposés à un risque considérable.

Un licenciement ne peut en aucun cas être fondé sur l'état de santé d'un salarié, en vertu du principe de non-discrimination consacré par le Code du travail. Néanmoins, la jurisprudence permet aux employeurs de licencier, non pas en raison de la maladie, mais de 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 répétée, perturbe son activité. La Cour de cassation a rappelé ainsi que « la lettre de licenciement doit énoncer expressément la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise et la nécessité de pourvoir au remplacement du salarié absent, dont le caractère définitif doit être vérifié par les juges du fond » [1].

Appréciation de la perturbation de l'entreprise

La difficulté majeure de recourir à ce motif de licenciement réside sans doute dans la nécessité pour les employeurs de justifier de la réalité de la désorganisation de toute l'entreprise, et non uniquement d'un service ou d'un département. Toutefois, une décision isolée a admis que la perturbation d'un service essentiel de l'entreprise pouvait le justifier [2]. Pour apprécier la réalité de cette situation, les juges retiennent plusieurs critères, notamment :

- le lien de causalité entre l'absence et les perturbations rencontrées (exemple : retard dans l'exécution d'une prestation) ;
- la qualification de l'emploi du salarié absent (exemple : un pro-

fessionnel ayant une qualification peu élevée peut être remplacé plus facilement par des salariés en CDD ou des intérimaires) ;

- la taille de l'entreprise (exemple : la perturbation est d'autant plus importante lorsque l'association est petite) ;
- la nature de l'activité (exemple : assurer la continuité des soins) ;
- la situation géographique (exemple : bassin d'emploi).

Nécessité d'un remplacement définitif

La condition tenant à la nécessité d'un remplacement définitif n'est pas remplie si des solutions temporaires sont possibles, en interne ou en externe, et que ces dernières peuvent être pérennisées en cas de prolongation de l'absence du salarié. Par ailleurs, la personne qui remplacera définitivement le professionnel absent doit nécessairement être embauchée en contrat à durée indéterminée – CDI (nouvelle embauche) [3], la jurisprudence autorisant néanmoins le remplacement en cascade (le salarié licencié sera remplacé

L'employeur doit justifier de la désorganisation de toute l'entreprise, et non uniquement d'un service ou d'un département.

par un salarié de l'association, qui lui-même sera remplacé par le salarié nouvellement recruté) [4]. En tout état de cause, la nouvelle embauche doit se faire sur une durée du travail similaire à celle du contrat rompu [5].

Enfin, l'embauche du remplaçant doit intervenir à une époque proche du licenciement du salarié absent, avant ou après, mais dans un délai raisonnable (deux mois maximum selon plusieurs jurisprudences [6]).

En cas de contentieux

Faute de prouver que ces conditions sont réunies, l'employeur s'expose au risque que le licenciement soit jugé comme dépourvu de cause réelle et sérieuse, ou qu'il soit annulé en raison de son caractère discriminatoire car fondé



© iStock

L'embauche du remplaçant doit intervenir à une époque proche du licenciement du salarié absent.

sur l'état de santé. Le recours à ce motif est également prohibé lorsque l'absence résulte du harcèlement moral ou sexuel subi par le salarié, la nullité de la rupture étant alors encourue [7].

D'apparence très accessible et adapté lorsqu'un employeur fait face à l'absence prolongée d'un salarié, ce motif de licenciement ne devra donc être mis en œuvre qu'après une étude approfondie sur la cause de l'absence, la perturbation occasionnée, et la nécessité du remplacement.

Steven Theallier,
avocat au Barreau de Paris,
Picard avocats

Gare aux clauses de garantie d'emploi !

Certaines conventions collectives nationales (CCN) comportent des clauses qui interdisent à l'employeur de licencier un salarié malade pendant une période donnée : ce sont les clauses dites de « garantie d'emploi » qui, en cas de violation, rendent le licenciement sans cause réelle et sérieuse. En l'occurrence, la CCN du 15 mars 1966 prévoit à son article 26 que l'employeur ne peut

licencier le salarié pendant les six premiers mois de son absence pour raison de maladie. Il convient donc d'être particulièrement vigilant. Un accord collectif d'entreprise, en application de la nouvelle hiérarchie des normes, pourrait venir modifier ce délai, le moduler selon les caractéristiques du poste et même purement et simplement le supprimer.

[1] Cass. soc., 26 juin 2018, n° 15-28.838

[2] Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-43.486, Cass. soc., 23 mai 2017, n° 14-11.929

[3] Cass. soc., 26 sept. 2007, n° 06-43.029

[4] Cass. soc., 26 janv. 2011, n° 09-71.907

[5] Cass. soc., 6 fév. 2008, n° 06-44.389

[6] Cass. soc., 11 juillet 2012, n° 11-16.370, Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-45.301

[7] Cass. soc., 30 janv. 2019, n° 17-31.473