

LA DÉLICATE PROBLÉMATIQUE DU LICENCIEMENT DES SALARIÉS EN INCAPACITÉ DE TRAVAIL

Tout employeur est confronté au cours de la relation de travail à la problématique de l'absence de ses salariés pour cause de maladie. Un salarié absent pour cause de maladie qui a rempli ses obligations légales en matière d'information de son employeur est protégé contre le licenciement, que ce soit avec préavis ou avec effet immédiat, pendant une certaine période^[1]. Toutefois, l'employeur peut, dans certains cas et sous certaines conditions, envisager de licencier un salarié absent pour cause de maladie.

TEXTE: RÉGIS MULLER,
CABINET MOLITOR
IMAGE: JULIAN BENINI



Régis Muller

CONTRÔLE DE LA RÉALITÉ DE LA MALADIE ET LICENCIEMENT

L'employeur peut soupçonner le salarié en incapacité de travail de ne pas être réellement malade, notamment si cette incapacité fait suite à des remontrances ou un incident au sein de l'entreprise.

Le certificat médical remis par le salarié à l'employeur conformément aux dispositions légales^[2] protège le salarié contre le licenciement, mais ne constitue cependant qu'une présomption simple d'incapacité de travail. L'employeur peut donc licencier le salarié s'il parvient à démontrer que celui-ci n'était en réalité pas médicalement incapable de travailler.

Pour faire contrôler la réalité de la maladie de son salarié, l'employeur peut notamment demander au salarié de se soumettre à un contre-examen médical auprès d'un médecin choisi par l'employeur ou demander à la Caisse nationale de santé (CNS) de faire procéder à un contrôle administratif.

Dans le premier cas, il est important de garder à l'esprit que l'avis du médecin choisi par l'employeur ne prime pas celui du médecin traitant du salarié et est de ce fait insuffisant pour justifier à lui seul un licenciement. Même si le médecin choisi par l'employeur conclut à l'aptitude du salarié, il faudra donc convoquer le salarié à au moins un second contre-examen médical auprès

«L'EMPLOYEUR PEUT DONC LICENCIER LE SALARIÉ S'IL PARVIENT À DÉMONTRER QUE CELUI-CI N'ÉTAIT EN RÉALITÉ PAS MÉDICALEMENT INCAPABLE DE TRAVAILLER»

d'un médecin différent pour pouvoir espérer renverser la présomption d'incapacité de travail que constitue le certificat du médecin traitant. Il convient néanmoins de rester très prudent car quand bien même ce troisième médecin conclurait à l'aptitude du salarié, l'examen de la jurisprudence montre qu'il n'y a pas de règle mathématique en la matière, et que tout est question d'espèce pour les juges saisis du licenciement d'un salarié déclaré apte au travail suite aux contre-examens médicaux demandés par son employeur^[3].

Concernant le contrôle diligenté par la CNS, une demande peut être faite en ligne par l'employeur, mais la CNS n'est pas tenue d'y faire droit.

La CNS peut en tout état de cause exercer deux types de contrôle :

- ● ● un contrôle à caractère administratif, effectué par les contrôleurs assermentés de la CNS au domicile du salarié malade ou en tout lieu où il séjourne^[4]; et/ou

- ● ● un contrôle d'ordre médical effectué par un médecin-conseil du Contrôle médical de la sécurité sociale (CMSS)^[5]. Celui-ci ne sera pas à l'initiative de l'employeur.

Le contrôle administratif est principalement destiné à vérifier si le salarié malade se conforme aux prescriptions de son arrêt de travail sur les sorties autorisées. En cas de violation des règles de sortie, le salarié en arrêt de travail encourt des sanctions financières (une amende d'ordre peut lui être infligée par le Président de la CNS)^[6].

Il ne nous semble toutefois pas possible de licencier valablement un salarié malade pour ce seul motif. En l'absence de tout autre élément probant, le seul fait pour un salarié malade de ne pas respecter les heures de sorties prévues, le cas échéant, par son arrêt-maladie n'étant pas suffisant pour renverser la présomption que constitue le certificat médical du médecin traitant.

Le contrôle médical diligenté par la CNS est quant à lui destiné à vérifier si le salarié en arrêt-maladie est médicalement capable d'exercer ses fonctions. Si le médecin-conseil du CMSS conclut que le salarié est capable de reprendre le travail, la CNS pourra décider d'arrêter la prise en charge du salarié, c'est-à-dire de cesser, à compter de la date retenue pour la reprise du travail, le paiement des indemnités pécuniaires de maladie. Dans le cas où c'est l'employeur qui, en vertu de son obligation légale de maintien de la rémunération, était tenu de verser le salaire du salarié malade, cette décision s'impose à lui et il doit également cesser de verser la rémunération du salarié à compter de la date retenue dans la décision de la CNS si le salarié ne reprend pas le travail à cette date^{[7][8]}. Le salarié dispose d'un recours contre la décision de la CNS à exercer dans un délai de 40 jours à compter de sa notification.

L'employeur peut-il pour autant licencier le salarié déclaré capable de reprendre le travail par le médecin-conseil du CMSS si celui-ci ne revient pas travailler à compter de la date indiquée ?

Il ressort des dispositions du Code du travail^[9] qu'il convient d'opérer une distinction, la protection du salarié contre le licenciement cessant :

- ● ● en l'absence de recours du salarié, à l'expiration du délai de recours de 40 jours ;
- ● ● en cas de recours du salarié, à la survenance du premier de ces deux événements :
- ● ● lorsque le recours est définitivement tranché ; ou
- ● ● lorsque la période de protection de 26 semaines consécutives est atteinte.

LICENCIEMENT FONDÉ SUR LA DESORGANISATION DE L'ENTREPRISE OU DU SERVICE

La jurisprudence admet que l'absentéisme habituel pour raison de santé du salarié peut être une cause de licenciement lorsqu'il s'agit d'absences de longue durée ou d'absences

nombreuses et répétées, qui causent une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration de la santé du salarié dans un avenir proche^[10].

L'employeur ne peut procéder qu'à un licenciement avec préavis et seulement (i) à l'issue des 26 semaines d'absences continues ou (ii) durant une phase de reprise du travail.

Attention toutefois l'employeur devra toujours en principe apporter en sus la preuve que ces absences perturbent le fonctionnement de l'entreprise, y compris à l'issue du délai de 26 semaines^[11].

[1] Sous réserve qu'il ait rempli ses obligations légales, à savoir : informer son employeur dès le 1^{er} jour de sa maladie et avoir remis son certificat médical le 3^{ème} jour de son absence au plus tard (et ainsi de suite en cas de renouvellement de l'arrêt de travail), le salarié malade est protégé pendant une période de 26 semaines continue à partir de la survenance de la maladie (article L.121-6 (1), (2) et (3) du Code du travail). A l'issue des 26 semaines, l'employeur recouvre le droit de licencier le salarié malade à condition toutefois de disposer de motifs réels et sérieux (articles L.121-6 (5) et L.124-11 du Code du travail).

[2] Article L.121-6 (2) du Code du travail

[3] CSJ, 14 juin 2012, n°37518 (les avis contrares de médecins généralistes ont été jugés comme permettant de renverser le certificat d'un médecin spécialiste) ; CSJ, 16 février 2017, n°42795 (les avis de deux autres médecins ne sont pas de nature à remettre en cause les conclusions d'un psychiatre) ; CSJ 21 mai 2015, n°41911 (3 certificats d'aptitude de 2 médecins de contrôle mandatés par l'employeur ne sont pas supérieurs aux 3 certificats d'aptitude émis par le seul médecin traitant du salarié) et CSJ, 26 juin 2014, n°39751 (2 certificats d'aptitude de 2 médecins de contrôle mandatés par l'employeur sont suffisants pour renverser les 5 certificats d'aptitude émis par le médecin traitant du salarié)

[4] Article 191 (2) des statuts de la CNS prévoyant également que le contrôle administratif peut avoir lieu dans des lieux publics ou dans des centres de soins dans lesquels le salarié malade reçoit des soins

[5] Article 191 (4) des statuts de la CNS

[6] Article 214 des statuts de la CNS

[7] Article L.121-6 (3) alinéa 2 du Code du travail

[8] L'arrêt du versement des indemnités pécuniaires (par la CNS) ou de la rémunération (par l'employeur) doit cesser à compter de la date retenue pour la reprise du travail, et ce même si le salarié bénéficie d'un certificat médical d'incapacité de travail de son médecin traitant couvrant la date de reprise et la période postérieure, sauf si le certificat du médecin traitant est fondé sur une nouvelle cause d'incapacité

[9] Article L.121-6 (3) alinéa 2 et (5) du Code du travail

[10] CSJ, 11 février 2010 n°34553 ; CSJ 13 novembre 2014, n°40225 et CSJ 25 janvier 2018, n°43612

[11] Même si la jurisprudence admet souvent que la perturbation puisse être présumée en présence d'une incapacité de travail durable