FEDIL

Publikation

BRÈVES DE JURISPRUDENCE 01/2021 : LE LICENCIEMENT POUR ABSENTÉISME HABITUEL POUR RAISON DE SANTÉ

Zusammenfassung / Inhalte

INTRODUCTION

L'ABSENTÉISME HABITUEL

- Durée des absences – Licenciement abusif
- Non-considération de l'âge et de l'ancienneté du salarié pour le calcul du taux d'absentéisme
- Comptabilisation des absences dues au congé pour raisons familiales et abstraction des absences dues au congé parental et au congé de maternité
- Distinction entre les absences du salarié pour cause d'incapacité de travail ayant une origine privée et celles ayant une origine professionnelle (maladie professionnelle ou accident du travail)
- Preuve de la maladie professionnelle à rapporter par le salarié
- Maladie due à la faute de l'employeur – harcèlement moral

LA GÊNE CONSIDÉRABLE AU BON FONCTIONNEMENT DE L'ENTREPRISE

- Gêne considérable au bon fonctionnement de l'entreprise présumée en cas d'incapacité de travail durable– preuve contraire à rapporter par le salarié
- Gêne considérable au bon fonctionnement de l'entreprise – Oui

LE FAIT POUR L'EMPLOYEUR DE NE PLUS POUVOIR COMPTER SUR UNE COLLABORATION RÉGULIÈRE ET EFFICACE DU SALARIÉ

- Absence d'espoir d'une collaboration régulière et efficace du salarié – Non

Absence d'espoir d'une collaboration régulière et efficace du salarié – Oui

INTRODUCTION

Dans le cadre des relations de travail, la présence du salarié au travail est le principe tandis que ses absences sont l'exception. Or, s'il est admis que le salarié peut s'absenter de son travail, cette absence doit néanmoins être justifiée pour éviter la résiliation du contrat de travail pour cause d'absence injustifiée ou du moins le non-paiement du salaire; le salarié ayant l'obligation de travailler en contrepartie du salaire qu'il perçoit.

Théoriquement, l'absence d'un salarié pour cause d'incapacité de travail dûment justifiée par un certificat médical se range parmi les risques normaux que toute entreprise doit gérer et ne peut en principe justifier une résiliation du contrat de travail du salarié.

Rappelons que l'article L. 121-6. du Code du travail dispose que l'employeur averti par le salarié de son incapacité de travail ou en possession du certificat médical d'incapacité de travail n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier à ce dernier la résiliation de son contrat de travail, ou le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable pour une période de 26 semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail.

Néanmoins, il est de jurisprudence constante que l'absentéisme habituel pour raison de santé peut être un motif de résiliation du contrat de travail lorsque, d'une part, les absences du salarié sont longues ou nombreuses ou répétées et, d'autre part, elles apportent une gêne considérable au bon fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration de la situation dans le chef du salarié dans un avenir proche, de sorte que l'employeur dispose de justes raisons d'admettre qu'il ne peut plus compter sur la collaboration régulière et efficace de son salarié.

Cependant, même si le licenciement pour absentéisme habituel pour raison de santé est admis par la jurisprudence, eu égard à l'article L. 121-6. du Code du travail précité, il ne peut être prononcé à l'égard du salarié qui se trouve en incapacité de travail continue qu'après l'écoulement d'une période de 26 semaines à partir de la survenance de la maladie, si ce dernier a rempli ses obligations imposées par cet article.

En outre, les absences longues ou nombreuses et répétées ne suffisent pas à elles seules pour justifier un licenciement pour absentéisme habituel pour raison de santé. Un tel licenciement exige en effet que 3 conditions cumulatives à établir par l'employeur soient remplies à savoir:

- un absentéisme habitueldu salarié ;
- une gêne considérable au bon fonctionnement de l'entreprise; et
- le fait pour l'employeur de ne plus pouvoir compter sur une collaboration régulière et efficace du salarié.

Quant à la première condition à remplir, la jurisprudence distingue, d'une part, la durée des absences à prendre en considération et, d'autre part, l'origine de l'incapacité de travail du salarié. En ce qui concerne la deuxième condition, l'atteinte à la bonne marche de l'entreprise doit en principe être prouvée par l'employeur sauf lorsque le contexte permet de la présumer. Ainsi, dans le cadre

d'une action en justice intentée par le salarié afin de voir déclarer le licenciement abusif, lorsque les juges estiment que cette gêne considérable au bon fonctionnement de l'entreprise est présumée, il appartiendrait au salarié d'en rapporter la preuve contraire.

Lorsque les conditions ainsi énoncées sont remplies, l'employeur a la possibilité de licencier son salarié qui se trouve en incapacité de travail et ne bénéficie plus d'une protection contre le licenciement ou même au-delà de la fin de l'incapacité de travail.

Enfin, le licenciement envisagé par l'employeur ne peut en aucun cas prendre la forme d'un licenciement avec effet immédiat étant donné que l'incapacité de travail ne constitue pas une faute grave au sens de l'article L. 124-10. (2) du Code du travail.

La jurisprudence en la matière s'est étoffée au fil des années pour apporter des précisions supplémentaires à cette notion. Les extraits des arrêts qui suivent constituent un bon rappel des contours de cette création jurisprudentielle et des conditions à respecter par l'employeur afin d'éviter de se voir confronté à un licenciement qualifié d'abusif par les juridictions du travail dans le cadre d'une action en justice éventuellement intentée par le salarié licencié.

L'ABSENTÉISME HABITUEL

DURÉE DES ABSENCES – LICENCIEMENT ABUSIF

Résumé: Embauché en mai 2008 en qualité de compliance officer, le salarié a été victime d'un accident de vélo en date du 22 janvier 2012. Il a été en incapacité de travail jusqu'au 3 septembre 2012, date à laquelle il a repris le travail en mi-temps thérapeutique. Cependant, la Commission mixte de reclassement des salariés incapables d'exercer leur dernier poste de travail a en date du 29 avril 2013 pris une décision de reclassement professionnel interne à l'égard du salarié. En août 2015, l'employeur a procédé à la résiliation du contrat de travail avec préavis. L'employeur reprochait au salarié, entre autres, un absentéisme habituel. Les autres motifs à la base du licenciement ont été écartés soit pour imprécision, soit parce qu'ils n'étaient pas réels et sérieux.

«C'est également à bon droit que les juges de première instance ont retenu que les motifs doivent se situer dans un délai raisonnable précédant la date de licenciement et que pendant la procédure de reclassement, c'est-à-dire du 15 octobre 2012 au 29 avril 2013, puis après le reclassement interne jusqu'au 30 avril 2014, A.) bénéficiait d'une protection contre le licenciement conformément aux articles L. 551-10. et L. 552-1. du Code du travail.

Par contre, s'il est exact qu'en application desdits articles A.) bénéficiait d'une protection contre le licenciement jusqu'au 30 avril 2014 et ne pouvait partant pas être licencié pendant cette période, cela n'interdit pas à l'employeur d'invoquer après la période de protection des faits qui ont eu lieu depuis le reclassement interne, c'est-à-dire depuis le 1er mai 2013.

Le reclassement interne ayant été décidé parce que A.) n'était plus en mesure, en raison de son état de santé et des nombreuses absences que ses problèmes de santé ont entraînées, d'effectuer les tâches qui lui étaient dévolues, l'employeur ne saurait lui reprocher des absences ou des incapacités et inaptitudes constatées avant la décision de reclassement.

Force est d'ailleurs de constater que l'employeur n'a pas introduit de recours contre cette décision de reclassement interne, de sorte qu'il est censé l'avoir acceptée. Il suit de ce qui précède qu'il y a lieu d'écarter les griefs qui concernent la période précédant le reclassement interne (décision de la Commission mixte du 30 avril 2013), c'est-à-dire ceux liés aux absences avant cette date et à l'échec de la réintégration dans le cadre du mi-temps thérapeutique (point 2 de la lettre de motivation).

Concernant les absences pour cause de maladie reprochées au salarié, c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que celles-ci peuvent constituer une cause réelle et sérieuse pour justifier un licenciement avec préavis, si les absences ont pour effet de perturber gravement le fonctionnement de l'entreprise et qu'une telle perturbation est présumée si la fréquence des absences du salarié, non fautives en elles-mêmes, est telle qu'elle ne permet plus à l'employeur de compter sur la collaboration régulière et efficace du salarié.

Même si l'on tient compte, contrairement aux juges de première instance, des absences du salarié depuis le mois de mai 2013 jusqu'au licenciement en août 2015, il y a lieu de dire que les absences pour cause de maladie, de respectivement 4, 3, 10, 5, 3, 8, 2, 3, 8 et 3, soit au total 49 jours ouvrables, ne constituent pas un absentéisme habituel de nature à désorganiser l'entreprise, eu égard au fait notamment que A.) ne travaillait qu'à mi-temps dans un service où travaillaient encore six autres personnes, qui toutes maîtrisaient les tâches dévolues à A.), et qui pouvaient partant, pendant les quelques jours d'absence de ce dernier, s'acquitter de ses tâches, sans que cela n'entraîne une désorganisation pour l'entreprise. En outre, de janvier à août 2015, A.) n'a été absent que deux fois (absences de 8 et 3 jours ouvrables), de sorte que l'employeur ne peut soutenir qu'il ne pouvait plus compter sur la collaboration régulière et efficace de son salarié.

{…} Les seuls faits retenus par la Cour étant, soit, d'ores et déjà contredits par les éléments du dossier, soit, insuffisamment graves pour justifier un licenciement, il n'y a pas non plus lieu de faire droit à l'offre de preuve présentée par l'appelante. »

Cour d'appel, 13.02.2020, n° 44565 du rôle

***Commentaire** : Cet arrêt confirme la jurisprudence en la matière alors que la durée des absences retenues par les juges, soit 49 jours pour la période de référence qui est ici de 2 ans et 3 mois n'est effectivement pas suffisamment élevée et ne saurait constituer un absentéisme habituel du salarié. Dans le même sens, dans un arrêt de la Cour d'appel du 14 novembre 2019 (n° 42811 du rôle), il a été jugé que «Des absences d'un à quatre jours (30 octobre 2013 au 2 novembre 2013; 13 au 15 janvier 2014, 19 au 23 février 2014, 11 au 12 mars 2014 et 4 avril 2014, soit 14 jours en tout) réparties sur six mois et justifiées par des certificats médicaux ne sauraient être qualifiées d'absentéisme habituel. En outre l'employeur ayant chaque fois, conformément aux dispositions légales applicables, été averti le premier jour des absences, et donc à même d'organiser le remplacement de la salariée, ses absences n'étaient pas de nature à entrainer une désorganisation de l'entreprise.» L'arrêt n° 1 analysé présente également un autre intérêt dans la mesure où les juges ont fait la distinction entre les périodes d'absence avant la décision de reclassement professionnel et les périodes d'absences après le reclassement professionnel interne du salarié. Ainsi, les périodes d'absence écoulées avant la décision du reclassement professionnel interne du salarié ne peuvent pas être prises en compte dans le calcul de la durée des absences puisque ces absences étaient dues au fait que le salarié n'était plus apte à effectuer son travail, d'où la décision de reclassement professionnel interne. De plus, l'employeur n'a pas fait de recours contre la*

décision du reclassement professionnel interne de sorte que cette décision s'impose à lui. Les employeurs doivent donc être vigilants afin d'éviter qu'en raison de cette déduction faite par les juges des périodes d'absence avant le reclassement professionnel interne du salarié, le taux d'absentéisme à considérer ne soit plus qu'insignifiant au point de rendre le licenciement abusif comme en l'espèce.

NON-CONSIDÉRATION DE L'ÂGE ET DE L'ANCIENNETÉ DU SALARIÉ POUR LE CALCUL DU TAUX D'ABSENTÉISME

Résumé: La salariée âgée de 50 ans et engagée comme caissière auprès de l'employeur depuis 22 ans a été licenciée avec préavis pour cause d'absentéisme habituel pour raison de santé. Dans le cadre de son action en justice, la salariée a demandé que le licenciement soit déclaré abusif car les motifs invoqués par l'employeur dans sa lettre de motivation étaient imprécis, non réels, non sérieux et dès lors contraires à l'article L. 124-5. du Code du travail. Les juges de première instance ont retenu que le motif gisant à la base du licenciement, c'est-à-dire l'absentéisme habituel de la salariée ayant entraîné une désorganisation de l'entreprise ainsi que rompu tout espoir de collaboration future n'était pas établi. En revanche, en instance d'appel la Cour a admis que le licenciement prononcé par l'employeur était justifié.

«Concernant l'absentéisme récurrent d'un salarié pour cause de maladie et à titre liminaire, il doit être rappelé que la présence du salarié sur son lieu de travail, est une obligation de résultat pour ce dernier et sa présence le principe, tandis que l'absence constitue l'exception, sauf à admettre qu'un employeur engage et rémunère un salarié pour être absent. S'il est incontestable qu'un salarié puisse s'absenter pour raison de santé, ces absences doivent rester dans la norme, de sorte que l'absentéisme d'un salarié peut en principe constituer un motif réel et sérieux de licenciement avec préavis seulement aux conditions ci-après précisées.

Il faut d'abord être en présence d'un absentéisme habituel pour raison de santé. En l'espèce, sur une période de deux ans, du 14 octobre 2013 au 13 octobre 2015, la salariée a comptabilisé 163 jours d'absence pour cause de maladie documentés par 21 certificats médicaux.

Pour apprécier l'envergure des absences de la salariée sur ces 24 mois, il faut non pas tenir compte des jours que compte une année civile soit 365 jours, mais des jours ouvrés ou ouvrables (travaillés) que compte une année civile pour un temps plein classique.

L'année 2014 comptait 251 jours ouvrés et l'année 2015, 254.

A.) a partant manqué sur son lieu de travail 163 jours sur environ 500 jours travaillés soit pendant environ un tiers de son temps de travail, ce qui constitue un absentéisme habituel pour raison de santé non contestable, et ceci même abstraction faite de l'absence prolongée en 2015 de 61 jours sur base de 5 certificats médicaux pour cause d'intervention chirurgicale du 23 avril 2015 au 24 juin 2015.

Ensuite, il faut que cet absentéisme habituel apporte une gêne indiscutable au fonctionnement du service. En l'espèce, la salariée travaillait comme caissière à plein temps au sein de la société S1 de X. Si la société S1 constitue, prise dans son ensemble, une grande structure comptant de nombreux collaborateurs, la société S1 de X ne comptait qu'environ 70 salariés et le service des caisses, par contre, occupait seulement un effectif de 20 personnes, dont 6 personnes chaque jour aux caisses.

Il est inconcevable que ces absences n'aient pas été la cause de désagréments pour l'employeur, gêné ou perturbé le fonctionnement normal du service. Le contrat de travail est un contrat synallagmatique et un employeur n'engage pas, dans une intention libérale, des salariés qu'il rémunère sans exiger de contreprestation de leur part. Leur travail lui est nécessaire et utile et il constitue la contrepartie requise pour le paiement du salaire. La susdite conclusion évidente, quant à une désorganisation du service du fait de l'absence de prestation de travail par un salarié malade, ne se trouve pas automatiquement écartée en raison de considérations abstraites tirées de la taille de l'entreprise employeuse, de l'objectif à réaliser par le service dans lequel le salarié est occupé ou de la nature du travail dévolu à ce dernier.

Les absences régulières de la salariée ont donc forcément dû entraîner une gêne au niveau de l'organisation du travail aux caisses, gêne dont la réalité est encore établie par l'attestation du témoin T1.

C'est à tort que le tribunal du travail a pris en considération tant l'âge de la salariée, à savoir 50 ans, que son ancienneté de service, 22 ans, pour minimiser ou expliquer l'envergure de son absentéisme.

En effet, l'âge d'un salarié ne peut à lui seul en aucun cas justifier un absentéisme important dès lors que cette façon de voir aura le mérite de pénaliser l'embauche des salariés à partir de 50 ans sur le marché du travail. Il en va de même de l'ancienneté de service, fut-elle conséquente comme en l'espèce, qui ne peut raisonnablement pas justifier des absences régulières et nombreuses, même pour cause de maladie.»

Cour d'appel, 13.12.2018, n° CAL-2017-00059 du rôle

***Commentaire**: La position de la Cour de ne pas considérer l'âge et l'ancienneté de la salariée pour justifier l'absentéisme habituel pour raison de santé est tout à fait justifiée. La solution adoptée par le tribunal du travail en première instance aurait eu pour effet de limiter voire empêcher l'embauche des salariés âgés si les employeurs n'auraient pas la possibilité de les licencier en cas d'absentéisme habituel pour raison de santé avéré. Pareillement, l'ancienneté de service ne doit pas non plus justifier l'absentéisme habituel pour raisons de santé d'un salarié et partant le maintien de ce dernier à son poste de travail bien que toutes les conditions en vue d'un licenciement pour absentéisme habituel pour raison de santé seraient remplies.*

COMPTABILISATION DES ABSENCES DUES AU CONGÉ POUR RAISONS FAMILIALES ET ABSTRACTION DES ABSENCES DUES AU CONGÉ PARENTAL ET AU CONGÉ DE MATERNITÉ

Résumé: La salariée engagée auprès de l'employeur en qualité d'éducatrice diplômée en vertu d'un contrat de travail à durée indéterminée avec effet au 15 septembre 2009, a été licenciée avec préavis en date du 26 mai 2015. L'employeur reprochait à la salariée plusieurs absences ayant des origines diverses et ayant entrainé une désorganisation de l'entreprise. En première instance, le licenciement a été déclaré justifié. La salariée a donc interjeté appel devant la Cour d'appel.

«**C'est à juste titre que le tribunal n'a pas tenu compte des congés de maternité et parentaux et des dispenses de travail respectives dans l'appréciation d'un éventuel absentéisme habituel pour cause de maladie de A.) et n'a dès lors pris en considération que la période d'avril 2014 à mai 2015.**[…]

L'employeur reproche à A.) 240,5 heures d'absence pour cause de maladie et de congé familial sur 667,7 heures qui auraient dû être prestées tandis que la salariée estime qu'il y a lieu de retenir 151 heures d'absence pour maladie sur 1.009 heures à prester.

L'appelante fait valoir que l'employeur n'a pas pris en compte les mois de travail sans absence pour calculer la durée théorique de présence sur le lieu de travail pendant la période prise en compte, que la cure de Mondorf a été acceptée par l'employeur et que les absences mentionnées du mois de mai 2015 se situent après le licenciement.

La juridiction de première instance a correctement calculé, sur base d'un relevé de ASSO1.), que le total des heures à prester d'avril 2014 à mai 2015 était de 941,8 heures et non pas de 667,7 heures tel qu'indiqué dans la lettre de motivation, ce dernier chiffre ne représentant que les heures à prester pendant les mois pendant lesquels il y avait des absences. L'appelante ne justifie pas ni n'explique même pas en quoi ce calcul serait erroné.

La juridiction de première instance a encore à juste titre retenu pour cette période 230 heures d'absence pour cause de maladie et de congé familial en considérant d'une part qu'il ne résulte pas des pièces dans quelle mesure l'employeur serait déclaré d'accord avec un traitement de A.) à Mondorf, et en faisant abstraction d'autre part des 16 heures au mois de mai 2015 qui se rapportent au 28 et 29 mai 2015 et sont partant postérieures au licenciement. **Contrairement aux conclusions de l'appelante, les congés pour raisons familiales, certes indépendants de la volonté de l'appelante, sont à prendre en considération dans l'appréciation de l'absentéisme.**

La Cour retient à l'instar des juges de première instance que la fréquence et l'envergure des absences de A.) du 1er avril 2014 au 26 mai 2015, avoisinant les 25% du temps de travail, permettent de retenir un absentéisme habituel pour raison de santé.»

Cour d'appel, 22.11.2018, n°44891 du rôle

***Commentaire**: La conclusion du tribunal du travail confirmée par la Cour d'appel est logique puisqu'aux termes de l'article L. 234-54. (1) du Code du travail, la période du congé pour raisons familiales est assimilée à une période d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident pour le parent qui en bénéficie. Il est dès lors normal que la période de congé pour raisons familiales soit prise en compte dans le calcul du taux d'absentéisme. Les absences dues à un congé parental ou à un congé de maternité ne sont cependant pas à inclure dans l'analyse du taux d'absentéisme du salarié. Ces deux congés ne sont en effet pas assimilables à des périodes d'incapacité de travail. Néanmoins, il ne faut pas perdre à l'esprit que le congé pour raisons familiales extraordinaire prévu depuis le début de la crise sanitaire liée au Covid-19 en raison de la fermeture des écoles et des structures d'accueil est une mesure exceptionnelle et que les absences y relatives ne seraient pas à prendre en considération.*

DISTINCTION ENTRE LES ABSENCES DU SALARIÉ POUR CAUSE D'INCAPACITÉ DE TRAVAIL AYANT UNE ORIGINE PRIVÉE ET CELLES AYANT UNE ORIGINE PROFESSIONNELLE (MALADIE PROFESSIONNELLE OU ACCIDENT DU TRAVAIL)

Résumé: La salariée qui était au service de son employeur depuis plus de vingt ans a été licenciée pour absentéisme habituel pour raisons de santé.

L'employeur ne nie pas le fait que la salariée a été victime de nombreux accidents du travail couverts par des certificats médicaux d'incapacité de travail, mais il estime que toutes les absences nonobstant leur origine seraient à mettre en perspective avec la désorganisation que ces dernières causent au sein de l'entreprise pour apprécier si elles peuvent justifier un licenciement.

«L'employeur reproche à XX un taux d'absentéisme excessif en relevant un taux de 30,35% en 2011, de 40,96% en 2012, de 13,50% en 2013 et de 28,05% en 2014, soit 329 (82,5 jours) heures entre juillet et décembre 2011, 400 heures (100 jours) en 2012, 131,79 heures (32,95 jours) en 2013 et 133,8 heures (33,45 jours) pendant la période de janvier à mai 2014 conformément au tableau reprenant les absences mensuelles de la salariée pendant cette période inclus dans la lettre de licenciement.

Les absences en tant que telles ne sont pas contestées par XX. La salariée s'oppose cependant à leur prise en compte au motif que toutes les absences sont dues à des accidents de travail.

L'absentéisme habituel pour raisons de santé peut être une cause de rupture du contrat lorsque, d'une part, il y a des absences longues ou nombreuses et répétées et lorsque, d'autre part, il y a une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration dans un avenir proche.

Dans le cadre de l'appréciation du bien-fondé d'un licenciement motivé par l'absentéisme habituel pour raison de santé, il convient de faire une différence entre les absences dues à l'état de santé déficient inhérent au salarié et les absences dues à une maladie qui a pour origine l'activité professionnelle du salarié ou qui trouve sa source dans un accident du travail étant donné que l'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise. La preuve que l'absence pour maladie invoquée est directement liée à l'activité professionnelle de la salariée incombe à cette dernière.

Il résulte des pièces versées en cause que la salariée a fait l'objet de 18 accidents de travail déclarés entre le 21 mai 1993 et le 20 février 2014.

Concernant les absences invoquées à l'appui du licenciement à partir du mois de juillet 2011, la Cour constate sur base des certificats d'incapacité de travail versés en cause, que l'absence de XX pendant la période du 20 décembre 2011 au 31 mai 2012 est à mettre en rapport avec un accident de travail subi en date du 8 octobre 2009.

Il en résulte encore que les absences pendant la période du 20 février 2014 au 4 mars 2014 et du 18 au 28 avril 2014 sont en relation causale avec un accident subi par la salariée en date du 20 février 2014.

La Cour constate, en revanche, que la salariée ne verse pas de certificat d'incapacité de travail permettant à la Cour de retracer l'origine des absences invoquées entre le mois de juillet et de décembre 2011.

Les certificats d'incapacité de travail versés en cause ne permettent pas non plus de retenir que les absences au cours de l'année 2013, couvertes par 5 certificats d'incapacités de travail, sont à mettre en relation causale avec un accident de travail. Il en est de même des absences du 29 au 30 janvier 2014, du 17 au 21 mars 2014 (2 certificats) et du 28 avril au 18 mai 2014. La mention relative à un accident de travail du 19 juillet 2011 a été biffée sur le certificat d'incapacité de travail du 15 octobre au 4 novembre 2012, de sorte que les pièces versées en cause ne permettent pas non plus de mettre cette absence en relation causale avec un accident de travail.[...]

Il se dégage, par contre, des éléments qui précèdent que les absences répétées à des intervalles irréguliers et pour des durées variables ont nécessairement causé des problèmes d'organisation alors que l'employeur a non seulement dû changer de façon récurrente son planning, mais les collègues de travail de XX étaient, en outre, appelées à fournir un surcroît de travail. La gêne au fonctionnement du service auquel était affecté la salariée résulte, par ailleurs, des attestations versées en cause.

Il devient donc redondant de statuer sur l'offre de preuve formulée par l'employeur.

Il se dégage encore de l'historique des absences de XX qui ont augmenté depuis 2010, des certificats médicaux versés à la Cour et des propres explications de la salariée que son état de santé au moment du licenciement ne permettait pas d'espérer une amélioration dans l'avenir. Les certificats médicaux postérieurs préconisent d'ailleurs plutôt une mise en invalidité.

L'employeur ne pouvait donc, en l'espèce, plus compter sur une collaboration suffisamment régulière de la salariée, de sorte que, par réformation du jugement entrepris, le licenciement avec préavis est à déclarer régulier et XX est à débouter de ses prétentions indemnitaires. Le Centre Hospitalier Emile Mayrisch est dès lors à décharger du paiement de la somme de 6.663,40 euros. »

Cour d'appel, 29.03.2018, n° 43515 du rôle

***Commentaire**: L'issue du litige a été favorable à l'employeur en raison du fait que le taux d'absences pour maladie inhérente à la salariée était important et ce indépendamment du taux d'absences dues aux différents accidents du travail dont a été victime la salariée. Cependant, cet arrêt rappelle la portée de l'article L. 121- 9. du Code du Code du travail qui prévoitque : «L'employeur supporte les risques engendrés par l'activité de l'entreprise. Le salarié supporte les dégâts causés par ses actes volontaires ou par sa négligence grave.». Ainsi, les maladies professionnelles et les accidents du travail comptent parmi les risques supportés par l'employeur étant donné que ceux-ci sont dus à l'activité de l'entreprise. Une récente décision de la Cour d'appel du 22 octobre 2020 (n° CAL-2019-00442 du rôle) vient de confirmer cette jurisprudence déjà bien établie.*

PREUVE DE LA MALADIE PROFESSIONNELLE À RAPPORTER PAR LE SALARIÉ

Résumé: Par contrat de travail signé en date du 22 septembre 2006 avec effet au 6 novembre 2006, le salarié a été engagé par l'employeur en qualité de comptable affecté à la fonction «Accounting & risk management». À la suite d'une discussion violente avec son employeur en date du 23 février 2016, le salarié s'est immédiatement rendu chez son médecin et a été déclaré en incapacité de travail et ce jusqu'au 18 juillet 2016, soit sur base de 12 certificats médicaux d'incapacité de travail successifs. Le salarié a été licencié avec préavis par lettre recommandée du 18 juillet 2016 le dispensant par la même occasion de prester le travail pendant la durée du préavis. Le licenciement était notamment motivé par la longue absence du salarié ayant causé une perturbation de la bonne marche de l'entreprise.

«**Or, en l'espèce, le salarié était, à partir du début de l'année 2016 jusqu'à son licenciement, plus absent de son poste de travail que présent, il totalisait 134 jours d'absences, soit 73% du temps normal de travail pour l'année 2016.**

Il faut en conclure qu'une absence continue d'une durée aussi longue d'un salarié ayant occupé des fonctions à responsabilités, constitue forcément et

nécessairement une gêne pour l'employeur qui doit pourvoir à son remplacement et qu'elle engendre une désorganisation considérable au niveau du service que dirigeait A.

Il suit des considérations qui précèdent, qu'un tel absentéisme autorisait, en principe, l'employeur à se séparer de son salarié avec préavis, sauf si la maladie du salarié, à l'origine des absences fréquentes, était directement liée à l'activité professionnelle de ce dernier.

A affirme en effet que son absentéisme était dû à ses conditions de travail, au stress auquel il était soumis par son employeur, plus précisément à la surcharge de travail lui imposée par son ancien employeur qui était à l'origine de sa dépression.

Or, ces affirmations sont restées en l'état de pure allégation en l'absence de preuve versée par le salarié.

Le certificat médical du docteur B qui certifie que les troubles anxieux de son patient sont concomitants à des difficultés professionnelles, sont dus à un contexte de difficultés sur son lieu de travail, ne suffit pas à lui seul, à établir la relation entre la maladie de A et son travail, dès lors que le médecin ne fait que rapporter les dires subjectifs du patient, qui ne sont pas corroborés par d'autres éléments objectifs du dossier.

C'est partant à bon droit que le tribunal du travail a retenu que les motifs avérés, pris dans leur ensemble, constituent des motifs réels et sérieux justifiant le licenciement avec préavis du salarié, sans qu'il n'y ait lieu de procéder à des mesures d'instruction supplémentaires.

C'est encore à bon escient qu'il a, par voie de conséquence, déclaré les demandes indemnitaires du salarié non fondées.»

Cour d'appel, 06.06.2019, n° CAL-2017-00041 du rôle

***Commentaire**: La décision du tribunal du travail confirmée en appel confirme la jurisprudence existante en la matière. Un arrêt de la Cour d'appel du 12 mars 2015 (n° 40838 du rôle) et même l'arrêt n° 4 analysé ci-avant ont déjà statué dans le même sens. La charge de la preuve du lien direct entre les absences pour cause de maladie invoquées par l'employeur et l'activité professionnelle du salarié incombe au salarié. Or, en l'espèce une telle preuve n'a pas été rapportée par le salarié. Les arguments du salarié quant à l'origine de son absentéisme (problèmes d'anxiété dus au harcèlement moral subi de la part de l'employeur, conditions dégradantes, stress) ainsi que l'unique certificat médical d'incapacité de travail produit par ce dernier n'ont pas convaincu les juges. Certaines décisions de justice estiment en effet que «s'il est admis que la maladie du salarié ainsi que le lien de causalité peuvent être établis par expertise médicale, un médecin ne peut attester de la réalité des faits de harcèlement ou de surcharge de travail allégués par le salarié. Il ne peut à cet égard se baser, que sur le ressenti subjectif de son patient.» (voir par exemple Cour d'appel, 22.10.2020, n° CAL-2018-00869 du rôle ou Cour d'appel, 12.12.2019, n° 44858 du rôle). Cette déduction constitue un véritable soulagement pour les employeurs qui auraient pu subir de graves conséquences en raison de certificats médicaux de complaisance. Par ailleurs, la question des absences pour cause de dépression liée aux conditions de travail est problématique car l'employeur qui licencie n'est très souvent pas informé des réelles causes de l'absence du salarié. Or, si le salarié arrive à établir que son absentéisme habituel pour raison de santé est dû aux conditions de travail dégradantes qu'il subit, les juridictions seront amenées à considérer le licenciement d'abusif. Il est donc conseillé aux employeurs d'être vigilants quant aux causes réelles des absences de leurs salariés avant de se lancer dans une procédure de*

licenciement. Le prochain arrêt analysé en est un exemple.

MALADIE DUE À LA FAUTE DE L'EMPLOYEUR – HARCÈLEMENT MORAL

Résumé: Au service de l'employeur depuis le 1er septembre 2010 comme attachée de direction, la salariée a été licenciée le 25 janvier 2012 pour, notamment, une absence continue depuis le 16 juin 2011 à son poste d'attaché de direction jusqu'à son licenciement. Or, la salariée, bien qu'en ayant été embauchée à ce poste, n'a pas eu la liberté d'exercer cette fonction en raison des différentes mutations de postes exigées par l'employeur, mutations qui de surcroît ont été dégradantes pour la salariée.

«Quant au harcèlement moral :

L'absence prolongée d'un salarié pour raison de santé peut être une cause de rupture du contrat de travail lorsqu'elle apporte une gêne indiscutable au fonctionnement de l'entreprise et que ces absences confirment à l'employeur qu'il ne peut plus compter sur une collaboration suffisamment régulière pour les nécessités du fonctionnement de l'entreprise.

Il en va cependant différemment si la maladie du salarié a été causée par la faute de son employeur, qui l'a harcelé au cours de l'exécution de son travail.

À défaut de texte de loi spécial définissant le harcèlement moral, la jurisprudence qualifie de harcèlement moral des actes dégradants ou humiliants répétés dans le temps, sans qu'il ne soit nécessaire qu'ils aient tous la même nature. Les actes de harcèlement doivent avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits ou à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel.

En l'espèce, il résulte tant des conclusions prises par les parties que des pièces versées et enfin des mesures d'instruction ordonnées par la Cour, qu'avant d'entrer au service de la société S1 le 1er septembre 2010, A travaillait depuis quinze ans pour la société S3, plus précisément au sein de la direction, en qualité de directrice ; que son parcours auprès du précédent employeur fut exemplaire, alors qu'elle n'a jamais fait l'objet d'un quelconque avertissement professionnel ; qu'elle a été débauchée par la société S1 pour assurer la fonction d'attachée de direction, dans un premier temps aux fins de seconder B, directeur administratif et ensuite pour le remplacer au moment de son départ à la retraite. {…}

La Cour considère que le fait pour un employeur de débaucher et d'engager une salariée comme attachée de direction, avec pour mission de seconder, voire de remplacer un directeur administratif de société, pour ensuite, quelques mois plus tard, l'obliger non plus à exercer la fonction dirigeante lui promise, mais à remplacer une secrétaire en congé de maternité, dans un service facturation pour lequel elle n'avait pas de formation, constitue une dégradation des conditions de travail, qui a non seulement porté atteinte à la dignité de A, mais encore à ses droits et qui a altéré sa santé et par la même compromis son avenir professionnel, puisque les conséquences de ce harcèlement moral, à côté de sa maladie, fut la perte de son emploi et le fait qu'elle n'a retrouvé que bien plus tard un emploi pour un salaire inférieur de moitié à celui qui lui avait été accordé chez S1.

Le susdit comportement de l'employeur à lui seul constitue un harcèlement moral, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser encore les autres fautes reprises dans

l'offre de preuve de A. Il suit des considérations qui précèdent que A a prouvé la réalité de son harcèlement moral par l'employeur, partant la cause de sa longue maladie. {…}

Quant au licenciement abusif:

Il résulte également de développements faits ci-avant que le motif principal du licenciement, à savoir l'absentéisme habituel pour cause de maladie ayant entraîné une désorganisation de la société, est fallacieux. À cet égard, la Cour relève que dans sa lettre de motivation, l'employeur précise à plusieurs reprises et en caractère gras, tant dans son introduction, que dans l'épilogue de la lettre de motivation, ce qui suit :

«d'autre part, votre absence continue depuis le 16 juin 2011 à votre poste d'attachée de direction qui a entraîné une totale désorganisation de nos services commerciaux et de direction, avec comme conséquence pour nous de très sérieuses difficultés à assurer la continuation de la bonne marche journalière de notre entreprise.»

Ensuite : « vous imaginez bien qu'une telle précarité cause une grande désorganisation pour notre entreprise surtout en considération de l'importance du poste d'attachée de direction occupé par vous ».

Or, il a été établi qu'au moment du licenciement, A n'avait jamais exercé ses fonctions d'attachée de direction au sein de la direction, mais qu'elle passait d'un service à l'autre de la société pour prétendument se familiariser avec les spécificités de l'entreprise, pour finalement aboutir au secrétariat, service facturations et commandes de la société, de sorte qu'elle ne pouvait logiquement pas « cruellement manquer » à la direction.

Il s'en suit que si l'absentéisme de A résulte des différents certificats de maladie versés en cause, son impact négatif sur l'organisation du travail au sein de la direction de la société S1 manque de sérieux. Finalement, il est improbable qu'une salariée qui est décrite par son employeur comme « une incapable à remplir correctement ses fonctions, dotée d'un mauvais caractère et qui a continuellement dénigré ses supérieurs hiérarchiques, les montant les uns contre les autres, déloyale pendant toute l'exécution du contrat de travail », puisse constituer, comme le soutient l'employeur, une telle perte pour la société S1. {…}

Il suit des considérations qui précèdent que faute de motifs réels et sérieux, le licenciement de A est, par réformation, à qualifier d'abusif.»

Cour d'appel, 18.01.2018, n° 41738 du rôle

***Commentaire**: On parle d'harcèlement moral, lorsque les faits le constituant sont établis par le salarié et que la description de ces faits coïncident avec la définition jurisprudentielle du harcèlement moral reprise dans le présent arrêt. En l'espèce, les différentes attestations testimoniales présentées par la salariée ont permis de rapporter la preuve du harcèlement moral subi par cette dernière de la part de son employeur. Tel n'a pas été le cas dans l'arrêt précédent, le salarié s'appuyant principalement sur le certificat médical d'incapacité de travail établi par son médecin traitant. C'est en partant de la définition jurisprudentielle du harcèlement moral, que les juges ont dans le présent arrêt estimé que le lien entre le harcèlement moral et la maladie a été établi dès lors que les actes de l'employeur ont nécessairement conduit à l'altération de la santé de la salariée.*

LA GÈNE CONSIDÉRABLE AU BON FONCTIONNEMENT DE L'ENTREPRISE

GÈNE CONSIDÉRABLE AU BON FONCTIONNEMENT DE L'ENTREPRISE PRÉSUMÉE EN CAS D'INCAPACITÉ DE TRAVAIL DURABLE- PREUVE CONTRAIRE À RAPPORTER PAR LE SALARIÉ

Résumé: Suivant contrat de travail à durée indéterminée, daté du 14 juillet 2015 avec effet au 1er septembre 2015, le salarié a été engagé en qualité de vendeur. Par courrier du 2 mai 2017, il a été licencié avec préavis assorti d'une dispense de travail. L'employeur lui reprochait principalement des absences répétées pour cause de maladie d'une durée de 68 jours sur 3 mois. En première instance, le Tribunal a déclaré le licenciement abusif.

«L'article L. 121-6. du Code du travail dispose en son alinéa 3 que «L'employeur averti conformément au paragraphe (1) ou en possession du certificat médical visé au paragraphe (2) n'est pas autorisé, même pour motif grave, à notifier au salarié la résiliation de son contrat de travail, ou, le cas échéant, la convocation à l'entretien préalable visé à l'article L. 124-2. pour une période de vingt-six semaines au plus à partir du jour de la survenance de l'incapacité de travail. »

Il résulte de cette disposition que la maladie est en principe une absence justifiée et ne peut être sanctionnée en tant que telle, les désagréments qui en résultent figurant normalement parmi les risques que tout employeur doit supporter. Néanmoins, un licenciement avec préavis devient possible si l'absence du salarié devient chronique.

Ainsi, l'absentéisme habituel pour raison de santé, caractérisé par des absences longues ou nombreuses et répétées, constitue un motif réel et sérieux de licenciement avec préavis, s'il cause une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise, sans certitude ou même probabilité d'amélioration dans un avenir proche, l'employeur ne pouvant plus compter sur une collaboration régulière et efficace du salarié.

Toutefois, en présence d'une incapacité de travail durable, la désorganisation de l'entreprise est à présumer et il incombera au salarié de rapporter, le cas échéant, la preuve de l'absence de perturbation.

En l'espèce, il résulte clairement du tableau des absences détaillé, annexé à la lettre de motivation du licenciement, que l'appelant était en arrêt maladie pendant 68 jours sur la période du 25 janvier 2017 au 28 avril 2017, dont la période du 4 février 2017 au 2 avril 2017 en relation avec le traitement d'une hernie, (Pièces numéros 4 et 6 de la farde de pièces de Maître HARPES).

La lettre de motivation est dès lors conforme aux exigences de l'article L. 124-5. (2) du Code du travail qui dispose notamment que l'employeur est tenu d'énoncer les motifs avec précision.

Aucune maladie grave, aucune intervention chirurgicale importante, aucun traitement médical lourd, en post opératoire ou non, n'est établi par les éléments du dossier. Ainsi, eu égard à leur caractère répétitif et à leur importance sur une période de seulement 3 mois, les absences du salarié ont nécessairement constitué une gêne pour l'employeur dont le service a forcément été perturbé (voir en ce sens, CA, IIIème, numéro 2696 du 27 février

2003 et numéro 28063 du 24 février 2005).

L'absentéisme pour cause de maladie du salarié est partant suffisamment grave pour justifier, à lui seul, le licenciement avec préavis. L'examen des autres motifs de licenciement est dès lors superfétatoire.»

Cour d'appel, 21.01.2021, n° CAL-2019-01131 du rôle

***Commentaire**: En principe, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve de la gêne considérable causée par les absences du salarié. Néanmoins, de nombreuses décisions de justice tendent à déclarer qu'il existe une présomption de la désorganisation de l'entreprise dès lors que l'on se trouve en présence d'une incapacité de travail durable. Dans ce cas, la charge de la preuve de l'absence de perturbation appartient au salarié. Tel que dans le présent arrêt analysé, il ressort d'un autre arrêt de la Cour d'appel que l'employeur, propriétaire d'un petit restaurant, n'a pas à prouver la perturbation au sein de son entreprise puisque les absences fréquentes du salarié (9 jours d'absence pour cause de maladie en 2015 et plus de 130 jours de maladie sur base de 7 certificats médicaux sur une période de 6 mois entre mars et août 2016) étaient d'une importance telles qu'elles n'étaient plus à considérer comme un risque normal à supporter par l'entreprise mais comme une cause sérieuse de résiliation du contrat de travail (Cour d'appel, 06.06.2019, n° CAL-2018-00273 du rôle). Cette appréciation jurisprudentielle est forcément dans l'intérêt des employeurs qui y voient plus de chance de voir déclarer justifié le licenciement intervenu. Toutefois, il arrive encore parfois que l'employeur soit amené à justifier la perturbation au bon fonctionnement de l'entreprise. Il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas faite par les juges.*

GÊNE CONSIDÉRABLE AU BON FONCTIONNEMENT DE L'ENTREPRISE – OUI

Résumé: La salariée a été engagée suivant contrat de travail à durée indéterminée avec effet au 1er septembre 2011, en qualité de responsable des ressources humaines et de l'environnement, de l'hygiène et de la sécurité. En date du 30 juillet 2015, l'employeur a procédé à son licenciement pour cause d'absentéisme habituel pour raison de santé. Le licenciement a été déclaré justifié par les juges de première instance.

«La Cour renvoie sur ce point à la motivation afférente des juges de première instance, qui ont précisé pour chaque prolongation de l'incapacité de travail pour cause de maladie, la date à laquelle l'appelante en a fait part à son employeur, et constate que la salariée, qui ne conteste ni le nombre ni la durée des absences, en a chaque fois informé son employeur seulement la veille ou même plusieurs jours plus tard.

À l'instar de la juridiction de première instance, la Cour considère que l'appelante ne saurait dénier le fait que ses absences ont entraîné une désorganisation au sein de l'entreprise, en faisant plaider que l'employeur avait désigné quatre collègues qui s'acquittaient de toutes ses tâches, de sorte que sa mission était menée à bien par ces derniers. En effet, s'il est acceptable qu'en cas de courtes absences, l'employeur demande à d'autres collègues de s'acquitter de l'une ou l'autre tâche d'un salarié absent pour incapacité de travail, il ne saurait leur demander de mener à bien, pendant une période de plusieurs semaines, voire mois, la mission qui incombe au salarié absent.

La Cour constate, par ailleurs, que la salariée ne leur a pas forcément facilité la tâche, puisque pendant son absence elle avait interdit au responsable IT de transférer les courriels de sa boîte mail professionnelle, notamment à J.). Cette

dernière a dû en faire part à son supérieur hiérarchique K.) pour débloquer la situation, alors qu'elle avait reçu des plaintes de la part de tierces personnes qui avaient adressé des courriels à A.) qui n'avaient pas été traités ou auxquels il n'avait pas été répondu (Pièce 18 de la farde de Maître WOLFF).

Eu égard au fait que les absences pour cause de maladie ont été itérativement prolongées et que la salariée n'a informé son employeur en général qu'au dernier moment, ce dernier n'était pas non plus en mesure de s'organiser à long terme en procédant à un recrutement externe. Vu l'importance de la mission dont était en charge la salariée, il n'aurait par ailleurs pas été aisé de trouver une personne apte à exercer rapidement sa mission de façon autonome et efficace.

Enfin, il résulte des courriels versés au dossier que la salariée n'informait pas spontanément son employeur de l'évolution de son état de santé, se contentant d'informer son collègue E.) de l'envoi prochain des nouveaux certificats de maladie. C'est son supérieur hiérarchique, K.) qui, après lui avoir téléphoné pendant quatre semaines en vain, sans qu'elle ne décroche, ni ne le rappelle, lui a adressé un courriel le 20 mars 2015 pour s'enquérir auprès d'elle de son état de santé (Pièce 126 de Maître VELLA).

La réponse donnée par A.), de même que les certificats de maladie subséquents ne laissant entrevoir aucune amélioration, c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que l'employeur ne pouvait plus compter sur sa collaboration régulière et efficace.

Il convient encore de préciser que l'argument de l'appelante consistant à dire que son employeur ne pouvait la licencier sans la soumettre au préalable à un examen médical conformément à l'article L. 326-1. du Code du travail, n'est pas pertinent, ledit article concernant l'examen médical d'embauche. Par ailleurs, selon l'article L. 326-5. du Code du travail, l'appelante aurait également elle-même pu demander au médecin du travail de procéder à un examen médical pour se prononcer sur son état de santé et le caractère éventuellement professionnel de sa maladie.

Il suit de ce qui précède que c'est à bon droit que les juges de première instance ont retenu que l'absentéisme habituel de A.) a entraîné une désorganisation au sein de l'entreprise.

Cour d'appel, 12.12.2019, n° 44858 du rôle

***Commentaire**: Nombreux sont les éléments à prendre en considération dans le cadre de l'analyse de la gêne considérable au bon fonctionnement de l'entreprise. En l'espèce, il a été tenu compte de la durée de l'absence de la salariée. La Cour estimant en effet que le fait pour l'employeur de devoir demander à 4 collègues de la salariée absente de s'acquitter de ses tâches durant plusieurs semaines, voire plusieurs mois, perturbait forcément l'organisation de l'entreprise. Dans l'arrêt n° 2 analysé auparavant, la Cour d'appel a rappelé que la taille de l'entreprise n'est pas un élément permettant automatiquement d'écarter la désorganisation considérable de l'entreprise. Ainsi, l'absence de désorganisation ne peut pas automatiquement être rapportée par le salarié licencié au motif que l'entreprise est de taille moyenne ou grande. En parallèle, la Cour a admis la désorganisation de l'entreprise au motif qu'il est établi que le salarié était en congé de maladie pour plus de vingt-six semaines, alors qu'il travaillait dans une petite structure, ne disposant que de trois salariés pour le secteur administratif, faisant ainsi nécessairement présumer une gêne considérable dans le fonctionnement de l'entreprise (Cour d'appel, 25.06.2020, n° CAL-2019-00880 du rôle). Par ailleurs, à côté des éléments objectifs du dossier, la perturbation causée par l'absence du salarié absent peut être attestée par les collègues de service ayant repris les tâches de ce dernier.*

Néanmoins, il s'agit d'une appréciation au cas par cas faite par les juges en fonction des éléments en cause.

LE FAIT POUR L'EMPLOYEUR DE NE PLUS POUVOIR COMPTER SUR UNE COLLABORATION RÉGULIÈRE ET EFFICACE DU SALARIÉ

ABSENCE D'ESPOIR D'UNE COLLABORATION RÉGULIÈRE ET EFFICACE DU SALARIÉ – NON

Résumé: La salariée a été embauchée par contrat de travail du 7 mai 2007 en qualité de «Care customer». En date du 16 septembre 2016, l'employeur a résilié le contrat de travail à durée indéterminée de la salariée au motif que l'absentéisme habituel de la salariée durant les années 2013, 2014 et 2015 a engendré une perturbation dans l'organisation de l'entreprise et qu'il ne pouvait plus compter sur une collaboration régulière et sérieuse de la salariée.

«Dans l'appréciation d'un éventuel absentéisme habituel pour cause de maladie de A.) il n'y a pas lieu de tenir compte des absences pour cause de congé de maternité et de congé parental.

Il n'est pas contesté que les grossesses de A.) se sont succédé rapidement et ont été des grossesses à risque.

Il résulte des certificats médicaux versés en cause que, à l'exception des absences du 11 au 13 mars 2013 et du 29 juillet au 2 août 2013, toutes les absences étaient en rapport avec les grossesses de A.). En effet, les certificats médicaux établis pendant les périodes de grossesses de A.), sont soit établis par un gynécologue, soit précisent que l'incapacité de travail est « en rapport avec un état pathologique résultant de la grossesse ».

Or, les absences de A.) liées aux complications de ses grossesses ne remplissent pas les conditions d'un absentéisme habituel justifiant un licenciement. En effet, même si les absences ont été nombreuses et ont pu causer une désorganisation au sein du service auquel la salariée était affectée, toujours est-il que les absences étaient uniquement liées à un état pathologique résultant de la grossesse et qu'il n'est dès lors pas établi que l'employeur n'aurait plus pu compter sur une collaboration suffisamment régulière de la salariée pour les nécessités du fonctionnement de l'entreprise au moment du retour de cette dernière de son congé parental.

À cet égard, il n'y a pas lieu de tenir compte des absences pour cause de maladie de A.) pendant la période de préavis, qu'elle explique par le choc ressenti après avoir reçu le courrier de licenciement et le fait d'avoir été envoyée sur le site à (...) sans aucune affectation.

Ce motif n'est partant pas suffisamment sérieux pour justifier un licenciement avec préavis et l'offre de preuve formulée par la société SOC.1.) est dès lors à rejeter pour défaut de pertinence.

C'est encore à juste titre et pour des motifs que la Cour adopte que les premiers juges ont retenu que le motif tenant à la violation par A.) des obligations

découlant pour le salarié de l'article L. 121-6. du Code du travail n'est ni réel ni sérieux. Le jugement n'est d'ailleurs pas critiqué sur ce point.

Il en résulte que le jugement est à confirmer en ce qu'il a déclaré le licenciement abusif.»

Cour d'appel, 11.07.2019, n° CAL-2018-00686 du rôle

***Commentaire**: Cet arrêt rappelle l'importance des trois conditions cumulatives. Ainsi, quand bien même l'absentéisme habituel serait avéré et que la gêne considérable serait présumée, il faut encore que l'employeur ne puisse effectivement plus compter sur la collaboration régulière de son salarié. L'arrêt analysé a déclaré le licenciement abusif alors que les absences pour cause de maladie recensées par l'employeur n'étaient liées qu'aux grossesses difficiles de la salariée. L'employeur ne peut se prévaloir de telles absences pour justifier le fait qu'il ne puisse plus compter sur la collaboration régulière de sa salariée d'autant plus que cette dernière a déjà accouché et se trouve en congé parental. Le fait de ne plus pouvoir compter sur la collaboration régulière du salarié doit dès lors résulter d'éléments tels que l'état d'avancement de la maladie ou le manque d'information quant au retour probable du salarié.*

ABSENCE D'ESPOIR D'UNE COLLABORATION RÉGULIÈRE ET EFFICACE DU SALARIÉ – OUI

Résumé: Le salarié a été engagé par l'employeur suivant contrat de travail à durée indéterminée du 12 juillet 2013, en qualité de «Market Facing Director» avec effet au 15 septembre 2013.

Le salarié, qui était en incapacité de travail continue durant une longue période, a été licencié pour absentéisme habituel pour cause de maladie en date du 12 décembre 2014. En première instance, les juges ont déclaré le licenciement régulier.

«Si dans certains cas une absence de longue durée peut ne pas justifier un licenciement, parce que l'employeur est informé dès le début de l'absence de la durée prévisible de celle-ci ou parce que la taille de l'entreprise ainsi que la tâche et la qualification professionnelle du salarié rendent son remplacement temporaire possible (tel que cela était le cas dans l'affaire citée par le salarié, s'agissant d'une personne assurant l'accueil dans un centre de fitness, qui a pu être remplacée pendant toute la durée de son absence par des collègues), force est de constater qu'en l'espèce ces conditions n'étaient pas réunies. En effet, il n'est pas contesté que l'employeur a cherché pendant deux ans une personne capable de pourvoir le poste avant d'engager le salarié et que ce dernier bénéficiait d'une qualification très élevée et très spécifique. Dès lors, la Cour retient que si le chef de service a pu parer au plus pressé, la majeure partie des tâches dévolues au salarié n'a pu être répartie sur d'autres collègues, ceux-ci ne disposant pas des connaissances nécessaires dans le domaine du « Transfert Pricing Opérationnel ».

Eu égard au fait que les absences pour cause de maladie ont été itérativement prolongées et que le salarié n'a en général informé son employeur qu'au dernier moment, ne donnant aucune indication quant à la durée totale prévisible de son absence, ce dernier n'était pas non plus en mesure de s'organiser à long terme en procédant à un recrutement externe, ce qui aurait d'ailleurs été extrêmement difficile vu le niveau élevé de qualification du salarié.

Par ailleurs, le silence du salarié quant à la durée prévisible de sa maladie, de

même que l'existence de 9 certificats médicaux, tous établis par le même médecin généraliste exerçant à Paris, et dont le dernier était valable jusqu'au 31 janvier 2015, ne laissaient entrevoir aucune chance de retour du salarié endéans un futur proche (contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire citée par le salarié, la salariée licenciée ayant repris le travail avant le licenciement).

C'est partant à bon droit que les juges de première instance ont conclu que l'employeur ne pouvait plus compter sur une collaboration suffisamment régulière de la part du salarié pour assurer une organisation efficace de son service qui était en création.»

Cour d'appel, 22.10.2020, n° CAL-2018-00896 du rôle

***Commentaire**: Le comportement du salarié vis-à-vis de l'employeur quant à l'absence d'information sur la durée prévisible de sa maladie est effectivement un élément généralement pris en compte dans l'appréciation des juridictions du travail pour admettre si l'employeur a de justes raisons de ne plus compter sur une collaboration régulière et efficace du salarié ou pas. De même, l'absence d'espoir dans une telle collaboration peut également se concevoir lorsque le salarié n'a pas encore repris le travail. Néanmoins, quand bien même il est possible de procéder au licenciement pour absentéisme habituel pour raison de santé lorsque le salarié n'est plus en incapacité de travail, il peut s'avérer parfois difficile dans ce cas de justifier le fait pour l'employeur de ne plus pouvoir compter sur une collaboration régulière et efficace du salarié, surtout si depuis son retour, le salarié n'a plus fait l'objet de nouvelles absences. Tous ces éléments sont bien évidemment à prendre en compte par l'employeur avant de se lancer dans une éventuelle procédure de licenciement pour absentéisme habituel pour raison de santé.*