

FICHE PRATIQUE

---

# Licencier un salarié pour absence injustifiée

avec Gérer le personnel ACTIV©



## Sommaire

La bonne méthode		01
Évitez les erreurs		04
Le rôle des RP		05
Les sanctions possibles		05
Notre conseil		06
Questions / réponses		06
Passez à l'action avec Gérer le personnel ACTIV		07

## Introduction

---

L'absence d'un salarié, pour un motif autorisé (maladie constatée par un médecin traitant, etc.), peut constituer un motif de licenciement, soit par son excessive durée, soit par la fréquence des interruptions d'activité, l'une et l'autre de ces hypothèses expliquant une désorganisation de l'entreprise.

Quelles sont les conditions à réunir pour justifier un licenciement motivé par l'absence du salarié ? Quelles sont les modalités à mettre en œuvre ?

## La bonne méthode

---

### Étape 1 - Connaître et comprendre le principe d'un licenciement motivé par l'absence du salarié

Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé est interdit. En effet, ceci constituerait une mesure discriminatoire.

Les juges ont cependant admis le fait que l'employeur puisse décider de licencier un salarié en absence prolongée ou ayant des absences fréquentes et répétées pour maladie. Mais c'est à la condition que celles-ci perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise et rendent nécessaire le remplacement définitif du salarié.

Ce n'est pas la maladie qui constitue le motif du licenciement, mais la désorganisation de l'entreprise qui en résulte et la nécessité de remplacer l'absent en effectuant une embauche à durée indéterminée.

#### **Attention**

Même si ces deux conditions sont remplies, le licenciement n'est toutefois pas envisageable si les absences prolongées ou répétées pour maladie du salarié résultent d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité. Par exemple, un employeur qui provoque chez ses salariés un stress prolongé et permanent en faisant peser sur eux une surcharge de travail, entraînant un épuisement et une dégradation de l'état de santé, ne peut recourir ensuite à ce motif de licenciement. Il en est de même lorsque l'absence prolongée du salarié est la conséquence du harcèlement moral dont il a été l'objet.

En revanche, il est interdit de licencier pour désorganisation de l'entreprise un salarié en arrêt de travail pour accident du travail ou maladie professionnelle.

## Étape 2 - Vérifier et justifier la perturbation dans le bon fonctionnement de l'entreprise

Si le salarié est licencié, c'est parce que son absence désorganise l'entreprise. Vous devrez donc être en mesure de le justifier sur votre lettre de licenciement :

- la nature des fonctions et la qualification du salarié constituent un premier critère ;
- la désorganisation sera plus facilement démontrable lorsque le salarié est cadre, s'il a des compétences particulières, une formation spécifique rendant son remplacement temporaire ou la répartition de ses tâches plus délicate ;
- la taille et le secteur de votre entreprise sont également à prendre en compte : on estime la désorganisation plus importante dans une petite entreprise et dans un secteur d'activité connaissant une pénurie de main-d'œuvre ;
- évidemment, il faudra aussi s'appuyer sur la durée de l'absence ou, dans le cas d'absences répétées, sur la fréquence et le nombre de celles-ci ;
- enfin, il est important de justifier la perturbation de l'entreprise par la surcharge de travail qui pèse sur les autres salariés, l'éventuel mécontentement des clients, les délais de formation importants des personnes amenées à reprendre les tâches de l'absent, les erreurs ou retards qui ont pu survenir. Attention, vous devez être rigoureux sur ce point car cette justification est difficile.

### Exemples

Un employeur démontre que, pendant les absences du salarié concerné, il y a un risque d'une forte perte de clientèle, d'une diminution du chiffre d'affaires, d'une chute des ventes et d'une baisse de la marge. Les juges considèrent que l'employeur ne démontre pas que cette baisse est due à la seule absence du salarié et qu'il n'apporte pas la preuve que l'absence prolongée du salarié perturbe le fonctionnement de son entreprise.

### Attention

Les absences répétées ou prolongées du salarié ne peuvent conduire à son licenciement que si elles désorganisent votre entreprise dans sa globalité. En principe, la désorganisation du seul service du salarié ne suffit pas.

Néanmoins, le licenciement est justifié si le seul service perturbé est essentiel à l'entreprise. Par exemple, un service de la paie a été jugé essentiel dans le fonctionnement d'une entreprise.

### Étape 3 - Montrer la nécessité de remplacer le salarié absent de manière définitive

Dans la lettre de licenciement, vous devez démontrer que le remplacement du salarié absent par un salarié embauché à durée indéterminée est devenu nécessaire. Ainsi, il n'est pas envisageable de recruter un salarié en intérim ou en CDD.

Il n'est pas suffisant non plus, pour remplacer le salarié, de faire appel à une société de prestations de services.

De même, si vous êtes parvenu à faire fonctionner normalement votre entreprise en redistribuant les tâches à d'autres salariés, ou si vous procédez à la réorganisation du service aboutissant à la suppression du poste, votre licenciement ne sera pas justifié. Ce sera également le cas si vous vous êtes contenté de confier le poste à un salarié déjà présent dans l'entreprise, même si vous embauchez un CDD par ailleurs.

En revanche, si le remplacement en interne donne lieu à l'embauche d'un salarié en CDI sur un autre poste, la condition sera remplie. En effet, il est admis que le salarié embauché occupe un autre poste que celui qu'occupait le salarié remplacé, dans le cadre d'un remplacement « en cascade ».

Il n'est pas nécessaire que le recrutement ait eu lieu au moment du licenciement. En revanche, il faut que la recherche d'un candidat ait commencé et que l'embauche s'effectue dans un délai raisonnable après la rupture du contrat (moins de 3 mois).

Enfin, il est obligatoire que le salarié remplaçant ait le même employeur que le salarié qu'il remplace. S'il est embauché, par exemple, par une autre filiale de la société, la condition de remplacement n'est pas remplie et ce, même s'il est bien affecté au poste du salarié licencié.

### Étape 4 - Effectuer la procédure de licenciement

Vous devrez suivre une procédure classique de licenciement : convocation à un entretien préalable par envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception, respect du délai de 5 jours ouvrables minimum entre la 1<sup>re</sup> présentation de cette lettre et le jour de l'entretien préalable, respect d'un délai de 2 jours ouvrables entre l'entretien et l'envoi de la notification de licenciement.

#### **Notez-le**

Depuis le 31 décembre 2017, pour notifier le licenciement vous avez la possibilité d'utiliser un modèle type de lettre. Il convient toutefois d'adapter votre texte aux spécificités propres à la situation du salarié ainsi qu'aux régimes conventionnels et contractuels qui lui sont applicables.

Le salarié dispose d'un droit au préavis, même si le salarié est en arrêt de travail.

Vous devrez au terme du préavis verser au salarié son indemnité de licenciement, son indemnité compensatrice de congés payés.



### Attention

Les congés payés annuels qui n'ont pas pu être pris en raison des absences pour cause de maladie doivent être reportés ou, en cas de départ du salarié, indemnisés.

## Évitez les erreurs

---

### Pensez à vérifier s'il existe une clause de garantie d'emploi dans la convention collective

La plupart des conventions collectives prévoit une disposition au terme de laquelle il n'est pas possible de licencier un salarié absent avant que ne se soit écoulée une certaine durée d'absence ou un certain nombre d'absences (pour le cas des absences fréquentes et répétées).

Il est donc essentiel de vérifier si cette disposition, nommée « clause de garantie d'emploi », existe.

Si tel est le cas, rappelez-vous que le fait que la durée indiquée ait été atteinte ne suffit pas à justifier votre licenciement. Il ne s'agit que d'une garantie pour le salarié. Vous devrez démontrer, comme nous l'avons vu, la désorganisation de l'entreprise et la nécessité de remplacer de manière définitive le salarié absent.

Dans ce cas, vous ne pouvez pas engager la procédure de licenciement avant la fin du délai prévu, ce qui revient à dire que vous devez attendre la fin du délai pour rédiger, non pas la lettre de licenciement, mais la lettre de convocation à l'entretien préalable.



### Exemples

Salarié en arrêt maladie depuis le 14 mars. Sa convention collective prévoit une clause de garantie d'emploi de 6 mois. Il est donc protégé jusqu'au 14 septembre inclus.

Il est licencié le 23 septembre, après un entretien préalable le 17 septembre, suite à une lettre de convocation à cet entretien datée du 10 septembre. La procédure de licenciement a été engagée 4 jours avant la fin de la période de protection, et le licenciement est dans ce cas sans cause réelle et sérieuse.

La lettre de convocation à l'entretien doit être datée au plus tôt du 15 septembre.

## Ne licenciez pas le salarié lorsque la fin de son arrêt de travail approche

### **Attention**

Même s'il existe bien une désorganisation de l'entreprise et si vous souhaitez embaucher un nouveau salarié qui, vous l'espérez, sera beaucoup plus présent, l'annonce par le salarié d'une reprise imminente rend le licenciement difficilement envisageable. En cas de contentieux, votre licenciement pourrait être considéré comme discriminatoire.

### N'oubliez pas d'indiquer dans la lettre de licenciement les deux éléments suivants :

- perturbation du bon fonctionnement de l'entreprise ;
- et nécessité d'un remplacement définitif du salarié.

Il doit être indiqué dans la lettre que l'absence perturbe l'entreprise elle-même, et pas uniquement le service du salarié. Ainsi, le licenciement d'un salarié absent depuis environ 1 an a été jugé sans cause réelle et sérieuse au motif que la lettre de licenciement invoquait non pas une perturbation de l'entreprise mais seulement du secteur d'activité du salarié. Elle ne précisait pas que le secteur d'activité en cause était essentiel à l'entreprise et affectait donc aussi celle-ci dans sa globalité.

## Le rôle des RP

Ils ne jouent aucun rôle spécifique dans cette procédure, hormis une éventuelle assistance lors de l'entretien préalable au licenciement.

## Les sanctions possibles

Il est essentiel de démontrer de façon claire la désorganisation de l'entreprise causée par l'absence du salarié. Faute de quoi, le licenciement serait jugé sans cause réelle et sérieuse et les dommages et intérêts varieront de 0,5 à 20 mois de salaire selon l'ancienneté du salarié et l'effectif de l'entreprise (barème applicable aux licenciements prononcés depuis le 24 septembre 2017). Il en sera de même si une embauche définitive en remplacement du salarié licencié n'est pas effectuée.

Par ailleurs, la mesure de licenciement pourrait être considérée comme discriminatoire si le juge estime, de par l'absence de preuve de la désorganisation, que c'est en raison de la maladie que le licenciement a été prononcé. Dans ce cas, il s'agit alors d'un délit pénal pouvant être sanctionné d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et d'une amende maximale de 45 000 euros. De plus, le licenciement sera considéré comme nul et le salarié pourra demander sa réintégration dans l'entreprise. À ce propos, notez que le salarié doit être alors réintégré dans l'entreprise et non pas dans le groupement auquel votre entreprise peut appartenir.

## Notre conseil

---

**Pensez bien à réaliser l'embauche définitive dans une période proche de la notification du licenciement**

Pensez également à préciser sur le contrat de travail du nouveau salarié que cette embauche est réalisée dans le cadre du remplacement du salarié dont le contrat a été rompu, afin de ne laisser aucune place au doute sur le fait que vous avez rempli correctement votre obligation d'embauche.

## Questions / réponses

---

**L'embauche du remplaçant peut-elle être réalisée par la conclusion d'un CDD ?**

Non. La conclusion d'un CDD n'est pas possible pour le remplacement du salarié dont le contrat a été rompu. L'embauche d'un remplaçant doit se faire de manière définitive. Vous avez donc l'obligation de conclure un contrat à durée indéterminée.

**Que se passe-t-il si le salarié que j'ai embauché pour remplacer le salarié malade ne convient pas ?**

Après avoir embauché le remplaçant du salarié malade en CDI, il est possible que ce dernier ne corresponde finalement pas au profil souhaité. Vous désirez donc rompre son contrat de travail pendant la période d'essai. Dans ce cas, le licenciement du salarié malade n'est pas remis en cause par la rupture du contrat de son remplaçant durant sa période d'essai. En effet, le caractère définitif du remplacement s'apprécie au moment où vous avez décidé de licencier le salarié malade. Les événements postérieurs n'ont pas de conséquence sur la validité de ce dernier.

Pour pourvoir ce poste à nouveau vacant, il vous est par conséquent possible de recourir à une agence d'intérim, à condition bien sûr que tout cela n'ait pas été prévu, auquel cas une fraude pourrait être constituée.

## Passez à l'action avec Gérer le personnel ACTIV

**Le droit du travail proche de vous pour gérer le personnel de l'embauche jusqu'au départ des salariés.**

**Gérer le personnel ACTIV** vous apporte une vision globale de la situation pour sécuriser votre quotidien : les fiches pratiques alliées aux procédures vous permettent de réagir de manière adaptée à n'importe quelle situation RH et de formaliser les démarches associées.

Dans le cadre de l'abonnement à Gérer le personnel ACTIV, accédez à :

- le contenu documentaire : fiches pratiques ;
- les procédures interactives ;
- 1 convention collective ;
- la base de modèles ;
- les alertes de mise à jour.

**Votre allié pour une gestion du personnel facilitée !**



### Trouvez la bonne information rapidement

**Gagnez du temps**  
Les fiches pratiques synthétiques et claires vous donnent l'ensemble des informations à connaître pour un sujet concret.



### Obtenez des réponses personnalisées

**Laissez-vous guider**  
Les procédures interactives vous apportent une réponse personnalisée car chaque cas est unique, chaque situation différente.



### Sécurisez vos décisions

**Soyez sereins**  
Vous êtes sûr(e) de respecter la réglementation en vigueur grâce aux mises à jour permanentes de nos contenus.

**Essayez gratuitement Gérer le personnel ACTIV pendant 15 jours**



Le droit du travail intelligent pour un quotidien RH facilité

Découvrez la solution **Gérer le personnel ACTIV**

[ESSAYER GRATUITEMENT](#)

Pour aller plus loin

# Aux Éditions Tissot nous proposons aussi...



Les dossiers traitant d'un sujet précis.



Les supports de communication à distribuer ou à afficher.



Tissot Information Juridique par téléphone.



Les conventions collectives les plus à jour du marché.



Les affiches et registres obligatoires.

*lumio*

L'assistant RH dont vous avez toujours rêvé !



**TISSOT**  
éditions

Pour plus d'infos rendez-vous sur

[www.editions-tissot.fr](http://www.editions-tissot.fr)

Tél. : 04 50 64 08 08 - [commercial@editions-tissot.fr](mailto:commercial@editions-tissot.fr)



editionstissot



@editionstissot



Editions Tissot