

5

Remplacement du salarié malade

Pour remplacer la personne malade pendant son absence, l'employeur peut faire appel à des salariés de l'entreprise, recruter une personne sous contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée, ou encore avoir recours à un intérimaire.

■ Remplacer en interne

Remplacement par un salarié de l'entreprise

Le contrat du remplaçant est-il modifié ? - Avant toute autre démarche, l'employeur doit déterminer si le fait de demander à un salarié d'en remplacer un autre modifie son contrat de travail et, par conséquent, s'il doit obtenir son accord pour ce remplacement.

À NOTER Pour mémoire, il y a modification du contrat de travail si un élément, par nature essentiel de ce contrat (ex. : rémunération individuelle, qualification) ou qui a été considéré comme tel lors de sa signature (ex. : contractualisation du lieu de travail ou des horaires), est affecté.

Changement des conditions de travail. - Si le remplacement n'entraîne qu'un simple changement des conditions de travail du futur remplaçant, l'employeur n'a pas à solliciter son accord préalable (ex. : remplacement sur un poste correspondant à des fonctions identiques dans le cadre de la même qualification avec des horaires équivalents). Le salarié pressenti pour le remplacement ne peut pas s'y opposer. Un tel refus justifierait son licenciement.

Modification du contrat. - Si le remplacement entraîne une modification du contrat de travail du remplaçant choisi (ex. : passage d'un temps complet à un temps partiel ou inversement), l'employeur doit obtenir son accord à deux reprises :

- dans un premier temps, avant le remplacement effectif ;
- dans un second temps, avant la réintégration dans le poste initial (cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-46698, BC V n° 5).

À NOTER L'employeur peut se trouver dans une situation délicate si le remplaçant a accepté le remplacement mais refuse ensuite de réintégrer son propre poste. La solution serait de prévoir, via un avenant, que le remplaçant accepte, expressément et concomitamment, le remplacement temporaire et, par avance, son retour à ses anciennes fonctions. Reste à savoir si les juges valideront une telle démarche.

Représentants du personnel. - Aucune modification de son contrat ou de ses conditions de travail ne peut être imposée sans son accord à un représentant du personnel (cass. soc. 16 juillet 1996 rectifiant cass. soc. 18 juin 1996, BC V n° 248). L'employeur doit donc obtenir son accord pour l'exécution d'une tâche différente de celle prévue au contrat, même si cette tâche doit être effectuée à titre exceptionnel (cass. soc. 11 juillet 1995, n° 94-40877 D).

Rémunération du remplaçant

Rémunération si le salarié est affecté à un poste supérieur. - En cas d'exercice de fonctions supérieures, à défaut de précisions dans la convention collective, l'employeur doit en principe, si la situation se prolonge, rémunérer le salarié selon les fonctions réellement exercées.

De plus, à notre avis, les dispositions relatives à l'égalité de rémunération des salariés sous contrat à durée déterminée sont applicables, par assimilation, aux salariés qui effectuent un remplacement. En conséquence, le salaire ne devrait pas être inférieur à celui que perçoit un salarié lié par un tel contrat s'il exerce la totalité des fonctions.

À la fin du remplacement, le salarié réintègre son ancien poste et retrouve son salaire antérieur. La baisse de rémunération consécutive à la perte de l'indemnité ne lui permet pas d'invoquer une modification de son contrat de travail (cass. soc. 12 janvier 2000, n° 97-45856 D).

Rémunération dans un poste inférieur. - Le salarié doit continuer à percevoir son salaire normal, même si les fonctions qu'il assure au titre

du remplacement sont hiérarchiquement inférieures. Si son salaire était diminué, l'affectation, même temporaire, sur ces fonctions constituerait une rétrogradation qu'il serait en droit de refuser.

Rémunération dans un poste identique. - Un salarié affecté dans un autre poste, identique au sien, pour remplacer une autre personne doit conserver les conditions de sa rémunération.

Dispositions conventionnelles. - Les conventions collectives comportent souvent des dispositions prévoyant les conditions d'indemnisation du salarié.

EXEMPLE L'indemnité différentielle fixée par une convention collective n'est pas due lorsque quatre salariés se sont partagé les tâches d'une secrétaire de direction, pendant plus d'un an, alors que l'accord ne prévoit l'attribution de cette indemnité qu'en faveur d'un salarié remplaçant une personne dans l'intégralité de ses fonctions (cass. soc. 7 mai 1991, BC V n° 225).

6

Licenciement d'un salarié malade

La maladie du salarié, justifiée en temps utile, n'est pas en soi un motif de licenciement. Mais les conséquences de la maladie sur le fonctionnement de l'entreprise peuvent justifier un licenciement.

■ **Motifs de licenciement : ce qui est possible ou pas**

La maladie n'est pas en elle-même une cause de licenciement

Le licenciement pour cause de maladie est nul. - Aucune personne ne peut être licenciée en raison de son état de santé ou de son handicap. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit (c. trav. art. L. 122-45 ; n. c. trav. art. L. 1132-1 et L. 1132-4).

Ainsi le licenciement directement motivé par la maladie, mais aussi celui fondé sur les manifestations d'un état de santé pathologique est nul. Par exemple, le licenciement fondé sur le comportement anormal d'excitation du salarié incompatible avec ses fonctions de vendeuse responsable de salle d'exposition est discriminatoire dès lors que les faits reprochés au salarié sont en rapport avec sa dépression nerveuse (cass. soc. 28 janvier 1998, n° 95-41491, BC V n° 43).

Attention. Le principe de la nullité de la rupture du contrat de travail en cas de licenciement discriminatoire s'applique également à la rupture de la période d'essai (cass. soc. 16 février 2005, n° 02-43402, BC V n° 52).

Indemnisation et réintégration. - La nullité d'un licenciement a pour effet de remettre l'employeur et le salarié dans la situation antérieure au licenciement.

Si le salarié demande sa réintégration, l'employeur ne peut pas s'y opposer. Il doit en outre verser au salarié les salaires correspondant à la période comprise entre le licenciement et la réintégration.

Si le salarié ne demande pas sa réintégration, il peut prétendre :

- aux indemnités de rupture, c'est-à-dire à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement ainsi qu'à l'indemnité compensatrice de préavis, même s'il n'est pas en mesure de l'exécuter (cass. soc. 5 juin 2001, n° 99-41186, BC V n° 211) ;
- à l'indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale aux salaires des six derniers mois, quelle que soit l'ancienneté du salarié (cass. soc. 31 janvier 2006, n° 04-47083 D).

Sanctions pénales. - L'employeur s'expose aussi aux sanctions pénales applicables au délit de discrimination : trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende (c. pén. art. 225-1 et 225-2).

Preuve de la discrimination. - Le salarié qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, doit soumettre aux juges des éléments de fait laissant supposer l'existence de cette discrimination. En contrepartie, il appartient à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction au vu de l'ensemble de ces éléments après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (c. trav. art. L. 122-45 ; n. c. trav. art. L. 1134-1).

Perturbations pouvant justifier le licenciement

En cas d'absences répétées ou prolongées. - Si la maladie n'est pas, en elle-même, un motif de licenciement, les absences répétées ou prolongées pour maladie peuvent justifier un licenciement dès lors qu'elles :

- perturbent le bon fonctionnement de l'entreprise,
- rendent nécessaire le remplacement définitif du salarié absent (cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-40110, BC V n° 84).

Conditions cumulatives. - Ces deux conditions sont cumulatives. Si elles ne sont pas réunies, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, et non pas nul (cass. soc. 14 décembre 2005, n° 04-41787 D).