

## **De la délicate mise en œuvre d'un licenciement pour absences prolongées et/ou répétées**

**Virginie Perrin**

Avocat, chargée d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3

19-06-2012

Le licenciement pour absences prolongées ou répétées est un des plus délicats à mettre en œuvre au regard de ses conditions définies exclusivement au moyen de décisions jurisprudentielles.

En effet, si la lecture de celles-ci permet de dégager trois conditions cumulatives (durée ou fréquence des absences, désorganisation de l'entreprise et nécessité de remplacer le salarié absent définitivement), leur validité relève de l'appréciation des juges qui ont à connaître des litiges qui leur sont soumis.

Partant, l'issue de ce type de licenciement demeure incertaine.

Cette incertitude se trouve aujourd'hui accentuée par la présente décision qui semble définir de manière restrictive la condition tenant aux modalités du remplacement définitif.

En l'espèce, une société, après avoir constaté les absences prolongées et/ou répétées d'un salarié consécutivement à un accident de droit commun, a procédé à son licenciement pour désorganisation de l'entreprise.

Le salarié a contesté son licenciement, lequel a été déclaré sans cause réelle et sérieuse tant par le conseil de prud'hommes de Lyon que par la cour d'appel de Lyon et ce, selon une motivation tenant principalement au fait que l'employeur :

- en ayant procédé au recrutement d'un remplaçant du salarié absent le lendemain de l'envoi de la lettre de convocation à entretien préalable avait d'ores et déjà pris sa décision de licencier le salarié absent ;
- ne rapporte pas la preuve des raisons imposant « immédiatement et sans autre choix un remplacement définitif » du salarié absent.

Évacuant rapidement l'examen des deux premières conditions, la cour d'appel de Lyon entreprend de se concentrer sur celle relative au remplacement définitif du salarié absent.

La cour semble restreindre la position adoptée par la Cour de cassation et ce, à double titre.

En premier lieu, la cour d'appel décide que pour être valable le remplacement définitif ne doit pas intervenir avant la tenue de l'entretien préalable. Une telle position s'inscrit en contradiction avec celle de la Haute juridiction qui admet le remplacement définitif d'un salarié absent avant son licenciement (Cass. soc., 16 septembre 2009, n° 08-41879).

En outre, n'est-il pas légitime de faire état, dès avant l'entretien préalable, de ce que la désorganisation de l'entreprise résultant de l'absence prolongée et/ou répétée d'un salarié a nécessité son remplacement définitif d'autant que ce sont ces éléments qui doivent figurer dans la lettre de licenciement ?

En second lieu, la cour d'appel impose à l'employeur d'avoir à rechercher, avant que d'envisager le licenciement d'un salarié pour absence prolongée, toutes les options en termes de recrutement avant de pourvoir au remplacement définitif du salarié absent. En d'autres termes, la juridiction entend soumettre l'employeur à une nouvelle condition : l'obligation de rechercher toutes les solutions alternatives à la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, celle-ci devant être l'ultime recours.

Cette position peut surprendre en ce que le juge s'arroge le droit de s'immiscer dans le pouvoir de gestion de l'employeur et plus précisément dans l'organisation de son entreprise.

En l'espèce, la société avait tenté de s'organiser autrement avant de procéder au remplacement définitif du salarié absent en confiant ses tâches à sa supérieure hiérarchique laquelle s'est trouvée *in fine* dans l'incapacité d'assurer son emploi ainsi que ces nouvelles tâches.

Les efforts de l'employeur pour rechercher une solution évitant le licenciement entrepris ont été jugés insatisfaisants par la cour.

La solution ainsi dégagée, et contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, est sans doute intervenue parce que la motivation de la lettre de licenciement fait expressément référence à une vaine tentative de recrutement *via* un contrat de travail à durée déterminée.

En effet, évoquer ce type de contrat lors d'un licenciement pour désorganisation de l'entreprise fragilise incontestablement la décision de l'employeur dans la mesure où faire état d'un recours possible à un contrat précaire est contradictoire avec la « nécessité » d'un remplacement définitif du salarié absent au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation.

En tout état de cause, une telle solution paraît pour le moins risquée pour les entreprises. En effet, la Cour de cassation considère que la condition tenant au remplacement définitif du salarié n'est pas acquise dès lors que l'employeur a procédé à des recrutements sous la forme de contrat à durée déterminée ou d'intérim lesquels démontent que le besoin de recourir à un contrat à durée indéterminée n'est pas avéré (Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-45713).

Il ne reste désormais plus qu'à attendre un éventuel recours contre cet arrêt pour être fixé sur sa réelle portée.

Arrêt commenté :

CA Lyon, chambre sociale A, 2 avril 2012, n° 11/04019