

pratiques

[maladie]

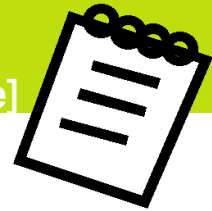
Arrêt maladie de longue durée : que peut faire l'employeur ?

La gestion d'un arrêt maladie de longue durée nécessite de déterminer les droits à indemnisation du salarié et les incidences de son absence sur son ancienneté. Il convient aussi d'envisager les hypothèses dans lesquelles la rupture du contrat peut être prononcée.

Maintien partiel ou total de la rémunération du salarié absent

En principe, le salaire étant la contrepartie de la prestation de travail, l'employeur ne devrait pas avoir à verser de salaire au salarié absent en raison d'un arrêt maladie. Le régime d'assurance maladie intervient précisément pour éviter que le salarié ne soit privé de toute ressource pendant un arrêt maladie, en lui garantissant le paiement d'indemnités journalières de sécurité sociale.

Mais ces indemnités journalières, qui sont dues à partir du 4^e jour de l'incapacité de travail [CSS, art. R. 323-1], ne représentent que 50 % du salaire journalier brut de base habituel du salarié, dans la limite du plafond annuel de sécurité sociale (ou les deux tiers de ce salaire, pour les salariés qui ont trois enfants à charge et sont en arrêt de travail depuis plus de 30 jours) [CSS, art. R. 323-5]. En outre, leur versement est subordonné à une période minimale de cotisation au régime d'assurance maladie [CSS, art. R. 313-3]. La loi de mensualisation a donc imposé à l'employeur de compléter cette indemnisation,



en créant un dispositif de garantie de ressources que certaines conventions collectives ont amélioré.

Étendue de la garantie de ressources

→ Régime légal

La garantie légale de ressources bénéficie au salarié qui :

- a une ancienneté d'un an dans l'entreprise [C. trav., art. L. 1226-1], au premier jour d'absence [C. trav., art. D. 1226-8] ;
- justifie de son incapacité de travail par la production d'un certificat médical dans les 48 heures. Dès l'instant que le salarié ne justifie pas la prolongation de son absence dans le même délai, l'employeur n'est plus tenu de lui verser de complément d'indemnisation ;
- est pris en charge par la sécurité sociale et reçoit des soins en France ou dans un pays de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Il en résulte que l'employeur n'est plus tenu de verser un complément d'indemnisation lorsque l'arrêt de travail n'est plus pris en charge par la sécurité sociale.

La garantie de ressources est applicable après un **délai de carence de 7 jours**, sauf en cas d'absence consécutive à un accident du travail ou à une maladie professionnelle [C. trav., art. D. 1226-3]. À compter du 8^e jour d'absence, l'indemnité complémentaire à la charge de l'employeur doit permettre au salarié de percevoir :

- une indemnisation représentant 90 % de sa rémunération brute pendant 30 jours ;
- puis une indemnisation représentant 2/3 de sa rémunération brute pendant les 30 jours suivants [C. trav., art. D. 1226-1].

Ces durées sont augmentées de 10 jours par tranche de cinq ans d'ancienneté au-delà de la durée d'un an, sans que chacune d'entre elles puisse dépasser 90 jours

[C. trav., art. D. 1226-2]. En cas de nouvel arrêt de travail, les absences pour maladie ou accident qui ont été indemnisées au cours des 12 mois précédents sont prises en compte pour déterminer la durée de l'indemnisation dont le salarié peut encore bénéficier [C. trav., art. D. 1226-4].

→ Régime conventionnel

De nombreuses conventions collectives de branche et accords collectifs d'entreprise ont également institué des garanties de ressources au profit des salariés absents pour maladie. Suivant les cas, elles prévoient soit un maintien total, soit un maintien partiel, soit deux périodes successives de maintien total puis partiel de salaire, pour des durées plus ou moins longues. Bien évidemment, ces dispositions, qui ont le même objet que la garantie légale de ressources issue de l'article L. 1226-1 du Code du travail, ne s'appliquent que si elles sont plus favorables que le régime légal.

Les juges font une stricte application de ces dispositions conventionnelles. Ainsi, il a été jugé que :

- dès lors que la convention collective ne subordonne pas le maintien de rémunération au versement des indemnités journalières par la sécurité sociale, l'employeur ne peut invoquer la décision de la CPAM de cesser le paiement des indemnités journalières pour refuser lui-même de poursuivre le maintien de rémunération [Cass. soc., 30 juin 2004, n° 02-42.056] ;
- si la convention collective n'institue pas expressément un délai de carence à l'expiration duquel le maintien de salaire doit intervenir, l'employeur ne peut pas se prévaloir du délai de carence applicable aux indemnités journalières de sécurité sociale [Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-44.490], même si la convention collective subordonne l'indemnisation complémentaire à la prise en charge de l'arrêt de travail par la sécurité sociale [Cass. soc., 12 mars 2002, n° 99-43.976] ;

– la convention collective qui prévoit que l'employeur doit verser le salaire net que le salarié aurait normalement perçu pendant son absence « sous déduction des indemnités journalières perçues au titre de la sécurité sociale » ne subordonne pas cette indemnisation complémentaire au versement des indemnités journalières de sécurité sociale : la prise en compte des indemnités journalières versées par la sécurité sociale n'intervient alors que pour le calcul du montant et non pour le principe du versement des indemnités complémentaires payées par l'employeur [Cass. soc., 14 oct. 1998, n° 96-40.682].

Lorsque les dispositions conventionnelles prévoient le maintien intégral de la rémunération du salarié, à l'exclusion des primes et gratifications, le niveau de salaire à maintenir doit tenir compte non seulement de la rémunération fixe versée au salarié, mais également de sa rémunération variable [Cass. soc., 19 mai 2009, n° 07-45.692].

Pour s'acquitter de son obligation de maintenir en tout ou partie le salaire d'un salarié malade, l'employeur peut souscrire un **contrat de prévoyance**. Si le régime de prévoyance ne couvre pas en totalité la garantie conventionnelle de ressources, il appartient à l'employeur de verser lui-même au salarié le complément de salaire qui lui est dû. S'il ne déduit pas les sommes dues par le régime de prévoyance, l'employeur pourra percevoir directement ces sommes dans le cadre de la subrogation (voir ci-contre).

== À NOTER

== En contrepartie de l'obligation de verser un complément d'indemnisation au salarié, l'employeur peut diligenter une contre-visite médicale au domicile du salarié afin de s'assurer que l'état de santé de ce dernier justifie son arrêt de travail. Lorsque le médecin qui effectue cette contre-visite conclut que le salarié ne présente pas une incapacité de travailler justifiant l'arrêt de travail, l'employeur est alors en droit de suspendre le versement de la garantie de ressources (voir Social pratique n° 522, p. 21).

Dispositif de la subrogation

→ Conditions

L'employeur qui verse un complément d'indemnisation au salarié absent pour maladie peut percevoir directement, aux lieu et place de ce dernier, les indemnités journalières qui lui sont dues par la sécurité sociale.

La subrogation est automatique lorsque le salaire est maintenu en totalité, sans déduction des indemnités journalières.

En revanche, si la convention ou l'accord collectif prévoit un maintien total ou partiel du salaire sous déduction des indemnités journalières, l'employeur qui n'opère pas cette déduction n'est subrogé dans les droits du salarié aux indemnités journalières qu'avec son accord et si le salaire maintenu est au moins égal au montant des indemnités journalières [CSS, art. R. 323-11]. Dans le cas contraire, l'employeur peut seulement demander au salarié de lui rembourser la somme correspondant aux indemnités journalières, dans la limite du salaire qu'il lui a versé.

Dans tous les cas, la subrogation ne peut s'appliquer que **dans la limite du salaire versé au salarié**. L'employeur peut donc être tenu de reverser au salarié la part des indemnités journalières (ou de prévoyance) excédant la rémunération maintenue [Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 98-43.949].

→ Difficultés liées au non-assujettissement à cotisations sociales des indemnités journalières de sécurité sociale

Les indemnités journalières de sécurité sociale ne constituent pas un élément de salaire et **ne sont pas**, de ce fait, **soumises à cotisations sociales**. En revanche, elles donnent lieu au paiement de la CSG et de la CRDS. Il en résulte certaines difficultés pour établir les bulletins de paye.



Lorsque l'employeur maintient tout ou partie du salaire de l'intéressé en faisant l'avance des indemnités journalières de sécurité sociale, il acquitte les cotisations sociales sur la totalité de la rémunération versée et lorsqu'il percevra les indemnités journalières et prendra connaissance de leur montant, il les déduira de l'assiette des cotisations sociales. L'incidence de l'absence du salarié est ainsi étalée sur plusieurs périodes de paye.

Si la convention collective prévoit que le salarié en arrêt de travail pour maladie a droit à « la rémunération qu'il aurait perçue s'il avait continué à travailler », la Cour de cassation admet que l'employeur puisse, pour déterminer le montant de cette rémunération, reconstituer les indemnités journalières avant le précompte de la CSG et de la CRDS [Cass. soc., 15 déc. 2004, n° 03-13.074].

Rupture du contrat de travail

Ni la maladie ni l'absence du salarié malade ne constituent des motifs valables de licenciement. Il est en effet interdit à l'employeur de licencier (ou de sanctionner) un salarié en raison de son état de santé ou de son handicap [C. trav., art. L. 1132-1], sous peine de voir annuler le licenciement (ou la sanction prononcée) et, le cas échéant, ordonner la réintégration du salarié dans son emploi.

Cependant, l'employeur peut toujours prononcer le licenciement du salarié, pendant son arrêt maladie, pour un motif autre que son absence ou sa maladie. Les conventions ou accords collectifs peuvent cependant limiter cette possibilité par des clauses qui garantissent au salarié malade le maintien de son contrat de travail pendant une durée limitée.

Absence prolongée du salarié nécessitant son remplacement définitif

Si l'absence du salarié malade ne peut, en elle-même, justifier son licenciement, celui-ci peut l'être par la situation objective de l'entreprise, dont le fonctionnement est perturbé par la prolongation ou la répétition de cette absence : lorsque la prolongation de l'absence du salarié (ou la répétition de ses arrêts de travail) perturbe le fonctionnement de l'entreprise à tel point que le remplacement définitif de l'intéressé est nécessaire, l'employeur peut rompre le contrat de travail en invoquant cette situation objective de l'entreprise.

→ Conditions du licenciement

La prolongation de l'absence du salarié malade peut justifier son licenciement à deux conditions.

D'une part, l'absence prolongée du salarié doit **perturber le fonctionnement de l'entreprise au point de rendre nécessaire son remplacement définitif**. La nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié doit être appréciée au regard de la taille de l'entreprise, du nombre de salariés, de la spécificité de l'emploi occupé par l'intéressé, de ses responsabilités, etc. Cette nécessité est donc appréciée au cas par cas, sans qu'il soit fait référence à une durée minimale d'absence.

■ EXEMPLES

- La nécessité de procéder au remplacement définitif du salarié a été exclue :
 - lorsque des solutions de remplacement temporaires étaient possibles, avaient été trouvées rapidement et pouvaient être prolongées [Cass. soc., 5 mai 2009, n° 07-45.713] ;
 - dans une affaire où le licenciement a été prononcé alors que le contrat à durée déterminée du remplaçant ne devait se terminer qu'un mois plus tard [Cass. soc., 7 avr. 2009, n° 08-40.073].

D'autre part, l'employeur doit effectivement procéder au remplacement définitif du salarié, **dans un délai raisonnable à compter du licenciement**. Le caractère raisonnable de ce délai doit, là encore, être apprécié au cas par cas, en fonction des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches effectuées par l'employeur en vue d'un recrutement [Cass. soc., 14 mars 2007, n° 06-41.723].

■ **EXEMPLE**

■ L'embauche d'un remplaçant six semaines après le licenciement du salarié malade, qui occupait les fonctions de comptable dans un garage automobile, était raisonnable [Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-44.559].

Le remplacement définitif du salarié absent peut être réalisé par promotion interne d'un autre salarié au poste du salarié absent, à condition toutefois que l'employeur embauche une autre personne, par contrat à durée indéterminée, pour occuper le poste vacant du salarié promu [Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-46.233]. En revanche, le remplacement définitif du salarié ne peut pas être réalisé par la conclusion d'un contrat avec une entreprise prestataire de services [Cass. soc., 18 oct. 2007, n° 06-44.251].

Par ailleurs, le remplacement définitif du salarié malade suppose que le remplaçant soit embauché pour une **durée de travail équivalente à celle du salarié absent**. L'employeur qui embauche un salarié pour un horaire égal à la moitié du temps de travail du salarié absent ne procède pas ainsi au remplacement définitif de ce dernier [Cass. soc., 6 févr. 2008, n° 06-44.389].

! **ATTENTION**

■ En tout état de cause, l'employeur ne saurait prononcer le licenciement du salarié, en raison des perturbations que son absence apporte au fonctionnement de l'entreprise avant l'expiration de la période de garantie d'emploi prévue par la convention collective ou un accord collectif [Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-44.559].

→ **Motivation de la lettre de licenciement**

Dans la lettre de licenciement, l'employeur doit veiller à indiquer les deux éléments de motivation suivants :

- la perturbation du fonctionnement de l'entreprise, résultant de l'absence prolongée du salarié ;
- la nécessité de procéder à son remplacement [Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-43.909].

En revanche, selon la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, il n'est pas nécessaire de préciser, dans la lettre de licenciement, que le remplacement du salarié est définitif [Cass. soc., 24 juin 2009, n° 07-44.803]. L'employeur ne sera tenu de démontrer le caractère définitif du remplacement du salarié qu'en cas de contestation par ce dernier du bien-fondé de son licenciement.

Manquement du salarié à son obligation de loyauté

L'arrêt maladie du salarié suspend l'ensemble des obligations du salarié nées du contrat de travail, à l'exception de son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur. Le manquement du salarié à cette obligation de loyauté, pendant son arrêt de travail, peut donc justifier son licenciement, voire son licenciement pour faute grave. Mais les juges ont une conception très restrictive de cette obligation de loyauté.

Ils considèrent que le simple fait que le salarié ait bénéficié d'un arrêt de travail de complaisance ou qu'il exerce certaines activités a priori incompatibles avec son arrêt de travail (voyage à l'étranger, bénévolat, entraide familiale ou examens professionnels) pendant un arrêt de travail, ne constitue pas un manquement à son obligation de loyauté à l'égard de l'employeur



EXEMPLES

- La salariée qui, pendant son arrêt maladie, apporte une aide à son compagnon au sein de la pizzeria exploitée par ce dernier, ne commet pas de manquement à son obligation de loyauté [Cass. soc., 12 juin 2008, n° 07-40.307].
- En revanche, manque à son obligation de loyauté le salarié qui, pendant son arrêt maladie, exerce une activité concurrente à celle de son employeur [Cass. soc., 6 déc. 2007, n° 06-43.392], effectue une formation en vue d'être embauché par un concurrent [Cass. soc., 10 mai 2001, n° 99-40.584] ou se rend dans les locaux de l'entreprise pour insulter ou prendre à parti l'un de ses collègues de travail [Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-44.001]. Commet également un acte de déloyauté justifiant son licenciement le salarié qui refuse de communiquer un mot de passe informatique dont il est le seul détenteur, ce qui bloque le fonctionnement de l'entreprise [Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.343], ou qui refuse de remettre à l'employeur le fichier clients nécessaire à la poursuite de l'activité [Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-46.345].

A priori, un salarié pouvant être licencié pour faute grave nonobstant une clause de garantie d'emploi [Cass. soc., 20 févr. 2007, n° 05-44.309], l'employeur qui constate un manquement du salarié à son obligation de loyauté rendant impossible son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis devrait pouvoir prononcer son licenciement, même si la période de garantie d'emploi prévue par la convention collective n'est pas achevée.

Autres motifs de licenciement

Le salarié absent pour maladie ne bénéficie pas, contrairement au salarié arrêté à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, d'une protection particulière contre le licenciement. Pendant un arrêt de travail pour maladie, l'employeur peut donc prononcer le licenciement du salarié pour n'importe quel motif à condition que celui-ci soit licite, présente un caractère réel et sérieux et respecte la procédure de licenciement. Pendant un arrêt maladie, le salarié peut donc être licencié pour motif économique, pour insuffisance professionnelle, pour faute, etc.

L'absence du salarié malade n'a, en principe, aucune incidence sur la procédure de licenciement ni sur la procédure disciplinaire en particulier, elle n'interrompt ni ne suspend les périodes de prescription des faits fautifs ou de prononcé du licenciement à l'issue de l'entretien préalable [C. trav., art. L. 1332-2 et L. 1332-4 ; Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-41.217]. L'employeur qui a connaissance des faits fautifs commis par le salarié, ne saurait donc attendre la fin de son arrêt de travail avant d'engager la procédure de licenciement, c'est-à-dire avant de le convoquer à un entretien préalable. Cette convocation doit être adressée dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'employeur a connaissance des faits fautifs, peu important l'absence du salarié malade.

Par ailleurs, l'employeur n'est pas non plus tenu de reporter l'entretien préalable pour permettre au salarié absent ce jour-là pour maladie d'y assister. S'il décide néanmoins de le faire, il doit alors convoquer le salarié à un nouvel entretien préalable dans le délai de deux mois suivant la précédente convocation [Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-42.493], puis prononcer le licenciement dans le mois suivant ce nouvel entretien [Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-43.819].

Si l'arrêt maladie commence après l'entretien préalable, l'employeur ne saurait attendre le retour du salarié pour prononcer son licenciement : le congé maladie ne suspend pas le délai d'un mois à compter de l'entretien préalable pour notifier le licenciement disciplinaire.

ATTENTION

Les clauses conventionnelles de garanties d'emploi peuvent cependant, suivant leur rédaction, paralyser le pouvoir disciplinaire de l'employeur pendant la période de protection qu'elles instituent.

Incidence de la maladie sur l'exécution du contrat

Calcul de l'ancienneté du salarié

Contrairement aux absences consécutives à un accident du travail ou une maladie professionnelle, les absences du salarié pour arrêt maladie ne sont pas légalement assimilées à du temps de travail effectif, notamment pour le calcul de l'ancienneté. Les absences maladie suspendent en effet l'ancienneté du salarié, sans l'interrompre. Cependant des dispositions conventionnelles peuvent prévoir que les arrêts maladie du salarié sont pris en compte dans le calcul de l'ancienneté.

À défaut de telles dispositions conventionnelles, les absences pour maladie ne sont pas prises en considération, par exemple, dans le calcul de l'ancienneté propre à déterminer le montant de l'indemnité légale de licenciement [Cass. soc., 28 janv. 2004, n° 01-46.447] ou dans le calcul du préavis légal [Cass. soc., 24 mai 2005, n° 04-41.208].

Droits à congés payés

→ Droits à congés payés non pris du fait de l'arrêt maladie

La Cour de cassation a récemment modifié sa position sur cette question, sous l'influence du droit communautaire et plus particulièrement de l'objectif assigné aux congés payés par la directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Auparavant, elle considérait que les droits à congés payés qui n'avaient pu être pris par le salarié au cours de l'année, en raison d'un arrêt maladie de longue durée, étaient

perdus. Elle estime désormais que lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail ou, en cas de rupture, être indemnisés au titre de l'article L. 3141-26 du Code du travail [Cass. soc., 24 févr. 2009, n° 07-44.488 ; Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-43.767] ; (voir Social pratique n° 521, p. 2).

A priori, la même solution devrait également trouver à s'appliquer lorsque le salarié est arrêté pour maladie avant la date prévue de son départ en congés payés : le salarié devrait pouvoir demander le report de ses congés payés à l'issue de son arrêt maladie, même si celui-ci s'est achevé après la période légale ou conventionnelle de prise des congés payés. La Cour de cassation retenait cependant jusqu'à présent une solution inverse [Cass. soc., 16 févr. 1999, n° 96-45.364].

→ Acquisition des droits à congés payés

Si le salarié est absent pour maladie pendant toute la période de référence servant au calcul des droits à congés payés, il n'acquiert aucun droit à congés payés [Cass. soc., 28 mai 2003, n° 01-42.674]. De même, les longues absences maladie du salarié (de quatre semaines et plus) entraînent une réduction du nombre de jours de congés payés acquis : pour quatre semaines d'absence, le salarié acquiert 2,5 jours de congés en moins.

En revanche, les congés maladie de quelques jours n'ont pas d'effet sur l'acquisition des droits à congés payés, compte tenu du mode de calcul de ces droits.