

Le remplacement du salarié malade à l'épreuve du pouvoir d'organisation de l'employeur

par *Daniel Boulmier*,

Maître de conférences, Institut Régional du Travail Université Nancy 2

PLAN

I. La maladie et la discrimination

II. Le licenciement du salarié malade

A. Les perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise

B. La nécessité de remplacer le salarié

III. Les arrêts rapportés

A. L'arrêt du 18 octobre 2007

B. L'arrêt du 6 février 2008

Les deux arrêts rapportés en annexe (1) sont l'occasion de faire un rappel sur la jurisprudence essentielle relative à la rupture du contrat de travail d'un salarié malade (2). Si le salarié ne peut être licencié en raison de sa maladie (I), la rupture peut par contre reposer sur les perturbations que la maladie fait peser sur l'entreprise, mais dans ce cas la Cour de cassation pose certaines conditions (II). Il sera alors temps de confronter les décisions rapportées avec ce panorama de jurisprudence (III).

I. La maladie et la discrimination

L'article L. 122-45 C. trav. pose une protection importante pour le salarié malade, en plaçant la rupture pour cause de maladie au rang d'une discrimination. Cet article énonce, dans son alinéa premier, que « *Aucun salarié ne peut être [...] licencié [...], en raison de son état de santé [...]* » (2 bis). Le dernier alinéa de ce même article précise que « *Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit* » (3).

Quelques arrêts, rendus au visa de l'article L. 122-45 C. trav., ont validé la nullité de la rupture dès qu'il apparaissait clairement que l'employeur avait rompu le contrat en raison de la maladie du salarié. Ainsi, lorsque le comportement anormal de la salariée avait conduit à son licenciement pour faute grave, alors que les faits reprochés étaient en rapport avec sa maladie, l'employeur ne pouvait la licencier sans avoir fait préalablement constater son inaptitude par le médecin du travail (4). Il en a été jugé de même, au cas d'une salariée victime d'une crise de folie sur les lieux de travail, suivi par un arrêt de travail du médecin traitant, le jour même des événements ; le licenciement pour faute qui s'en est suivi est nul, le

comportement de la salariée étant de nature médicale, peu important que le médecin du travail appelé sur les lieux, n'ait pas cru bon de constater l'inaptitude de la salariée (5).

Même au cours de la période d'essai, l'employeur se trouve contraint par les dispositions de l'article L. 122-45 C. trav. Dans une affaire où la rupture du contrat au cours de la période d'essai, est intervenue précipitamment à l'issue d'un congé maladie, le juge retient que la rupture trouve sa cause dans la maladie ; en application de l'article L. 122-45 C. trav., il prononce la nullité de cette rupture en cours d'essai (6).

Dans l'hypothèse du licenciement discriminatoire pour cause de maladie, l'action en référé est recevable. Pour la Cour de cassation, lorsque la lettre de licenciement vise explicitement l'état de santé du salarié, le juge des référés est compétent, en application de l'article R. 516-31 du Code du travail (6 bis) pour faire cesser, même en cas de contestation sérieuse, le trouble manifestement illicite que constitue le licenciement en raison de l'état de santé (7).

(1) p. 236 ; Cass. soc., 18 octobre 2007, n° 06-44.251 P ; Dr. soc. 2008, p. 127, obs. J. Savatier ; JCP S. 2007 note D. Corrigan-Carsin ; JCP G, 2007, II, 10202 note P. Lokiec ; Cass. soc. 6 février 2008, n° 06-44.389 P.

(2) V. A. Gardin, "La situation objective de l'entreprise, cause de licenciement du salarié malade", BS 04/03, p. 183.

(2 bis) Art. L. 1132-1 Cod. trav. nouv.

(3) Art. L. 1132-4 Cod. trav. nouv. Rappelons que la discrimination pour cause de maladie est également sanctionnée pénalement aux articles 225-1 et 225-2 du Code pénal (2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende).

(4) Cass. soc., 28 janvier 1998, n° 95-41.491 ; add. CA Paris 29 avr. 2004 Dr. Ouv. 2005 p. 557.

(5) Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 05-43.214. Dans les deux arrêts précités, la référence au « *constat de l'inaptitude* » s'explique, car à l'époque des faits l'article L. 122-45 C. trav. précisait que le licenciement pour cause de maladie était prohibé « *sauf inaptitude constatée par le médecin du travail* » ; cet article a été modifié par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005.

(6) Cass. soc., 16 février 2005, n° 02-43.402.

(6 bis) Art. R. 1455-6 Cod. trav. nouv.

(7) Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-43.787.

II. Le licenciement du salarié malade

Nonobstant la prohibition du licenciement discriminatoire pour cause de maladie, est-ce pour autant que le licenciement du salarié malade est interdit ? Certes non, tout est question de présentation. La Cour de cassation admet un tel licenciement dès lors que l'employeur n'invoque pas la maladie comme cause directe de la rupture, mais argumente des perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise. Cependant les conventions collectives posent parfois une sorte de garantie d'emploi au bénéfice du salarié malade avant que l'employeur puisse invoquer des perturbations dues à son absence (A.). Dans tous les cas l'employeur doit encore justifier de la nécessité de remplacer le salarié évincé (B.).

A. Les perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise

Selon la jurisprudence constante, rien ne s'oppose à ce que l'employeur licencie un salarié malade sur le fondement d'une situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié. Parfois, les conventions collectives comportent une clause de garantie d'emploi, visant à interdire à l'employeur d'envisager la rupture du contrat du salarié malade avant que ne se soit écoulée une certaine période d'arrêt maladie. Si l'employeur ne respecte pas cette clause de garantie d'emploi et qu'il licencie le salarié avant la fin de cette période, la rupture sera sans cause réelle et sérieuse (8).

Pour autant, la fin de la période conventionnelle de protection ne constitue pas une condition suffisante pour justifier le licenciement d'un salarié dont l'absence pour maladie se prolonge au-delà de cette période (9). Ce n'est donc que si l'employeur peut invoquer les perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise dues à la maladie, qu'il pourra à l'issue de la période de garantie d'emploi prononcer la rupture (10). Il appartient donc au juge du fond de vérifier la réalité et le sérieux du motif invoqué par l'employeur (11). En tout état de cause, qu'il soit ou non soumis à une convention collective traitant de cette situation, l'employeur doit faire état dans la lettre de licenciement de l'existence de telles perturbations (12).

B. La nécessité de remplacer le salarié

Il n'est cependant pas suffisant d'invoquer l'existence de perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise pour justifier le licenciement d'un salarié malade, encore faut-il justifier de la nécessité de son remplacement.

Si pour la Cour de cassation l'article L. 122-45 du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié, notamment en raison de son état de santé, elle précise que ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, ce salarié ne pouvant toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif. Dans la lettre de licenciement l'employeur doit donc également se prévaloir de cette nécessité de remplacement (13). La jurisprudence exige que le remplacement soit effectif et définitif ; exigences ayant été précisées au fil des arrêts.

Le remplacement doit être assuré par un salarié en contrat de travail à durée indéterminée (CDI) (14), ce qui exclut le recours à des salariés en contrat à durée déterminée (15), et à l'évidence par extension à des salariés intérimaires. Le remplacement doit en outre faire l'objet d'une embauche effective, ce qui exclut un remplacement par glissement interne de poste (16). La preuve du remplacement définitif, du salarié licencié pour perturbations dans le fonctionnement de l'entreprise, incombe alors à l'employeur (17).

Dès lors que la lettre de licenciement invoque la nécessité d'assurer, pour le bon fonctionnement de l'entreprise, le remplacement dans son poste de travail du salarié malade, la lettre est suffisamment motivée et il appartient dès lors au juge du fond de vérifier que le remplacement est bien effectif et définitif (18).

Toutefois, la Cour de cassation accorde implicitement à l'employeur un délai de réaction entre le licenciement et l'embauche définitive du remplaçant, et confie au juge du fond l'appréciation souveraine de ce délai de réaction. Il appartient donc à ce dernier de vérifier que le remplacement définitif d'un salarié absent en raison d'une

(8) Cass. soc., 6 février 2001, n° 98-43.933.

(9) Cass. soc., 11 mars 1997, n° 95-42.684.

(10) Cass. soc., 10 novembre 1998, n° 98-40.493.

(11) Cass. soc., 16 juillet 1998, n° 97-43.484.

(12) Cass. soc., 19 octobre 2005, n° 03-46.847 P, Dr. Ouv. 2006 p. 314 n. C. Verdin ; S.S. Lamy n° 1236 14/11/2005, p. 13, JSL 178-14 29 novembre 2005, note NR ; Dr. soc. 2006, p. 109 obs. J. Savatier.

(13) Cass. soc., 5 juin 2001, n° 99-41.603 ; dans le même sens, Cass. soc. 13 juillet 2004, n° 02-47.530 D ; Juris. Hebdo 876 27 juillet 2004 ; S.S. Lamy, n° 1183, 27/9/2004, p. 15 ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-45.474 D. Il en résulte donc l'impératif

d'une double motivation de la lettre de licenciement : d'une part la référence aux perturbations de l'entreprise et d'autre part l'indication de la nécessité de remplacer le salarié.

(14) Cass. soc., 2 mars 2005, n° 03-42.800 D ; S.S. Lamy n° 1206 14/3/2005 p. 15.

(15) Cass. soc., 10 mars 1999, n° 97-40.106.

(16) Cass. soc., 10 mai 2006, n° 04-45.500 D.

(17) Cass. soc., 15 novembre 2006, n° 04-48.192, Bull. civ. V, n° 343.

(18) Cass. soc., 10 novembre 2004, n° 02-45.187 PBRI S.S. Lamy n° 1191 p. 12.

maladie ou d'un accident non professionnel est intervenu dans un délai raisonnable après le licenciement, en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné, ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement (19). Cependant, le recrutement ne doit pas être nécessairement postérieur au licenciement ; lorsqu'il ressort des circonstances que l'employeur n'a pas eu d'autre choix que de recruter un salarié en CDI pour pallier les absences de la salariée

malade, cette embauche fait bien ressortir le caractère définitif du remplacement (20).

Une limite est toutefois posée à cette possibilité de licencier un salarié malade pour perturbations de l'entreprise, lorsque l'employeur est lui-même à l'origine de l'absence prolongée. C'est ce qui a été jugé dans un cas où l'absence prolongée du salarié résultait d'agissements de harcèlement moral imputables à l'employeur (21).

III. Les arrêts rapportés

A. L'arrêt du 18 octobre 2007

Une salariée, gardienne d'immeuble à temps complet, s'est trouvée en arrêt de travail pour maladie du 8 au 23 mars 2003, puis du 25 avril au 30 novembre 2003. Elle a été licenciée le 19 novembre 2003, avec un préavis expirant le 22 février 2004. Le lettre de licenciement précisait : « *maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service gardiennage* ». Elle saisit le Conseil de prud'hommes de diverses demandes.

La Cour d'appel juge le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse en retenant « *qu'une société, spécialisée dans l'entretien d'immeubles, effectuait les mêmes tâches que la salariée dont elle assurait le remplacement définitif dans l'intérêt du fonctionnement normal de l'entreprise* » ; en outre la Cour d'appel relève que la salariée, ayant « *continué d'occuper la loge du gardien à l'expiration de son préavis, n'a pas permis son remplacement dans des conditions identiques jusqu'à la libération des lieux faisant suite à la sommation* ».

Cette motivation est censurée par la Chambre sociale en ces termes : « *Attendu cependant que si l'article L. 122-45 du Code du travail [dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 janvier 2005 précitée] faisant interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même code, ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ; que seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié ; qu'il en résulte que le recours à une entreprise prestataire*

de services ne peut caractériser le remplacement définitif d'un salarié ».

Cet arrêt se place dans la continuité des jurisprudences présentées : l'employeur doit montrer la nécessité de procéder au remplacement définitif, ce qui s'entend d'un salarié en CDI ; au cas de l'espèce, le recours à un prestataire de services ne peut caractériser ce remplacement définitif.

La solution ne peut être vraiment critiquée, au motif d'une spécificité du poste de gardienne d'immeuble, qui y occupe une loge (22). En effet, comme nous l'avons déjà précisé, la Cour de cassation admet que le remplacement définitif ne s'opère pas immédiatement après la rupture, mais qu'il peut intervenir dans un délai raisonnable, délai qui sera apprécié au cas par cas. Aussi, nous semble-t-il, si dans le même temps où l'employeur recourait au prestataire de services pour palier les arrêts maladie de la gardienne, il avait pu démontrer qu'il était par ailleurs dans une démarche de recrutement d'un salarié en CDI, pour un remplacement définitif dès que la loge aurait été disponible, la Cour de cassation n'aurait certainement rien trouvé à redire (23). Si elle a trouvé à redire c'est que l'employeur avait bel et bien décidé de profiter de la maladie de la salariée pour supprimer son poste et le remplacer durablement par un prestataire de services.

B. L'arrêt du 6 février 2008

Une salariée est engagée en avril 1992 en qualité de rédactrice dans une agence d'assurances. Le contrat de travail initial, établi sur la base d'une durée de travail à temps plein, passe en 1996 à temps partiel, à raison de 121 heures mensuelles. Au cours de l'année 2002, la salariée se trouve, à plusieurs reprises, en arrêt maladie. A l'occasion d'un dernier arrêt, l'employeur procède à son licenciement « *en raison de ses absences répétées pour maladie rendant nécessaire son remplacement afin d'assurer un fonctionnement normal de l'agence* ». L'employeur recrute dès la fin du préavis de la salariée

(19) Cass. soc., 10 novembre 2004, n° 02-45.156, Bull. civ. V, n° 283 PBRI S. S. Lamy n° 1191 p. 12, Juris Hebdo n° 886 ; dans le même sens Cass. soc., 9 octobre 2007, n° 06-43.370 D.

(20) Cass. soc., 19 décembre 2007, n° 06-45.301.

(21) Cass. soc., 11 octobre 2006, n° 04-48.314, Dr. Ouv. 2007 p. 212 n. M. Grévy.

(22) V. J. Savatier, préc. et D. Corrigan-Carsin, préc.

(23) V. Cass. soc., 10 novembre 2004, n° 02-45.156, préc.

licenciée, une autre salariée en CDI à temps partiel, mais avec un horaire de travail mensuel de 61 heures.

Suite à l'action prud'homale de la salariée licenciée, la Cour d'appel retient que la durée cumulée des arrêts de travail qui s'élevait à quatre mois, désorganisait incontestablement le fonctionnement normal de l'entreprise, d'autant qu'il s'agit d'une toute petite entreprise familiale. La Cour d'appel estime par ailleurs que « *les distinctions de détail relatives à l'amplitude horaire et à la rémunération (24) ne sauraient être opposées comme de nature à rendre imparfait le remplacement* » de la salariée licenciée.

La Cour de cassation est d'un tout autre avis sur la question du remplacement, et censure la Cour d'appel au visa de l'article L. 122-45 C. trav. : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'une seule salariée avait été engagée selon un horaire de 61 heures par mois soit la moitié du temps de travail de Mme P. de sorte qu'il n'avait pas été procédé à son remplacement définitif dans son emploi, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

L'arrêt apporte donc ici une précision à la jurisprudence qui fait obligation à l'employeur de remplacer le salarié licencié par un CDI (25). Le nouveau CDI doit être conclu sur la base d'un temps de travail au moins équivalent à celui auquel il se substitue ; à défaut on ne peut considérer que le remplacement du salarié soit effectif. Mais il ressort de la formulation de la Cour de cassation, que le temps équivalent du poste à pourvoir pourrait être le résultat de plusieurs recrutements en CDI à temps partiel.

Brèves remarques

En fait, les deux arrêts rapportés condamnent l'opportunisme patronal. Ils sanctionnent les employeurs qui, sous couvert de raisons objectives liées à des

perturbations dans l'entreprise du fait de la maladie des salariés, les licencient pour mieux se tourner ensuite vers d'autres formes d'organisation du travail (26) ou d'aménagement du temps de travail, auxquelles, sans la maladie du salarié, ils n'auraient pu avoir recours avec autant de facilité (27). Ne serait-ce pas ici une application de l'exigence de la bonne foi contractuelle ?

Toutes les interrogations ne sont toutefois pas écartées. Certes, au fil de ses arrêts sur le licenciement du salarié malade pour cause de perturbations dans l'entreprise, la Cour de cassation pose le principe selon lequel, la personne licenciée doit impérativement être remplacée par une autre dont le contrat de travail doit être similaire. Mais faute d'avoir clairement affirmé que les deux contrats doivent être strictement identiques, gageons donc qu'après avoir eu à statuer sur l'exigence d'une même amplitude de travail, la Cour de cassation sera amenée à statuer sur la question de la qualification et du taux de rémunération.

Pour la qualification il nous semble qu'elle devrait être impérativement identique pour les deux salariés, car dans le cas contraire il s'agirait d'une transformation de poste. L'incertitude demeure quant à une exigence stricte d'un taux de rémunération identique. Il nous semble que dans la logique des jurisprudences sur le remplacement du salarié malade licencié, le taux de rémunération du remplaçant devrait être identique. Toutefois, la Cour de cassation pourrait fort bien, comme elle le fait lorsqu'elle a à statuer sur le principe « *à travail égal, salaire égal* », admettre une différence de taux de rémunération entre les deux contrats successifs sur le fondement de « *raisons objectives et matériellement vérifiables* » (28), dont la preuve revient à l'employeur (29).

Daniel Boulmier

(24) Différence de rémunération qui découle directement de la différence d'amplitude horaire. Il ne semble pas que la Cour d'appel se place ici sur le plan du taux de rémunération.

(25) Cass. soc., 10 novembre 2004, n° 02-45.187, préc.

(26) Dans le même sens, Cass. soc., 31 mai 2007, n° 06-41.146, RJS 2007, n° 1045 (salarié remplacé par un laboratoire de prothèse extérieur).

(27) Sauf à justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement qui ne pourrait reposer que sur un motif économique conduisant à la suppression de l'emploi, ou à sa modification.

(28) Cass. soc., 21 juin 2005, n° 02-42658, Bull. civ. V, n° 206 ; Cass. soc., 28 avril 2006, n° 03-47.171 Bull. civ. V, n° 152 ; Cass. soc., 15 mai 2007, n° 05-42.894 P, Dr. Ouv. 2007 p. 362 n. M.-F. Bied-Charreton.

(29) Cass. soc., 13 janvier 2004, n° 01-46407 Bull. civ. V, n° 1 ; Cass. soc., 28 septembre 2004, n° 03-41825 et n° 03-41829, Bull. civ. V, n° 228, Dr. Ouv. 2005 p. 65 n. M. Henry.

Annexe

MALADIE – Absences – Perturbation de l'entreprise – Remplacement – Caractère définitif (deux espèces) – Recours à un prestataire de services (non) (première espèce) – Recours à un temps partiel (non) (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 18 octobre 2007

L. contre Syndicat des copropriétaires 92-94 rue d'Alésia

Vu les articles L. 122-45 et L. 122-14-3 du Code du travail ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme L., employée depuis le 1^{er} mai 1983 par le syndicat des copropriétaires du

92-94 rue d'Alésia à Paris en qualité de gardienne à temps complet, s'est trouvée en arrêt de travail pour maladie du 8 au 23 mars 2003, puis du 25 avril au 30 novembre 2003 ; qu'ayant

été licenciée le 19 novembre 2003, avec un préavis expirant le 22 février 2004, pour le motif suivant : *“maladie prolongée rendant nécessaire votre remplacement définitif pour assurer un fonctionnement normal du service gardiennage”*, elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ; Attendu que, pour juger le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et débouter la salariée de ses demandes d'indemnités au titre de son licenciement, la Cour d'appel a retenu qu'une société, spécialisée dans l'entretien d'immeubles, effectuait les mêmes tâches que la salariée dont elle assurait le remplacement définitif dans l'intérêt du fonctionnement normal de l'entreprise ; que la salariée, qui a continué d'occuper la loge du gardien à l'expiration de son préavis, n'a pas permis son remplacement dans des conditions identiques jusqu'à la libération des lieux faisant suite à la sommation ;

Attendu cependant que si l'article L. 122-45 du Code du travail faisant interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II de ce même code, ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le

fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ; que seul peut constituer un remplacement définitif un remplacement entraînant l'embauche d'un autre salarié ; qu'il en résulte que le recours à une entreprise prestataire de services ne peut caractériser le remplacement définitif d'un salarié ;

D'où il suit qu'en statuant comme elle a fait, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, à l'exception du débouté de la demande de la salariée au titre d'un solde de congés payés, l'arrêt rendu le 8 novembre 2005, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée.

(Mme Collomp, prés. - M. Leprieur, rapp. - M. Duplat, av. gén. - M^e Bouthors, SCP Le Griel, av.)

Deuxième espèce :
COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 6 février 2008
P. et union locale CGT de Chatou contre D.

Vu l'article L. 122-45 du Code du travail dans sa rédaction alors applicable ;

Attendu que si l'article L. 122-45 du Code du travail fait interdiction de licencier un salarié notamment en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du Livre II de ce même code, ce texte ne s'oppose pas au licenciement motivé, non pas par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié ; que celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme P. a été engagée en qualité de rédactrice par M. D., agent général d'assurances, à compter du 1^{er} avril 1992 à temps plein puis à partir de l'année 1996 à temps partiel à raison de 121 heures par mois ; qu'après plusieurs absences pour raisons médicales au cours de l'année 2002, la salariée a été de nouveau en arrêt maladie à compter du 20 septembre 2002 ; que convoquée le 30 décembre à un entretien préalable, elle a été licenciée le 4 février 2003 en raison de ses absences répétées pour maladie rendant nécessaire son remplacement afin d'assurer un fonctionnement normal de l'agence ;

Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que les absences fréquentes sont établies et non contestées pour une durée cumulée de

quatre mois, qu'il est incontestable que des absences répétées sur plusieurs mois dans une toute petite entreprise familiale désorganisent le fonctionnement normal de celle-ci, que l'employeur justifie avoir procédé au remplacement de la salariée par l'embauche d'une nouvelle salariée suivant contrat à durée indéterminée en date du 2 avril 2003 soit immédiatement à l'expiration du préavis et pour occuper le même poste que cette dernière, que les distinctions de détail relatives à l'amplitude horaire et à la rémunération ne sauraient être opposées comme de nature à rendre imparfait ce remplacement ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'une seule salariée avait été engagée selon un horaire de 61 heures par mois soit la moitié du temps de travail de Mme P. de sorte qu'il n'avait pas été procédé à son remplacement définitif dans son emploi, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 8 juin 2006, entre les parties, par la Cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Versailles, autrement composée.

(Mme Collomp, prés. - M. Trédez, rapp. - M. Duplat, av. gén. - SCP Parmentier et Didier, av.)