

La rubrique juridique du cabinet Wildgen: la sortie du salarié malade

L'employeur doit (ré)agir avec circonspection

Le salarié malade ne peut en principe «sortir» pour s'adonner à des activités extra-professionnelles

PAR JACKYE ELOMBO
ET JÉRÔME COMMODI *

Quelle attitude devrait adopter un employeur qui aperçoit son salarié dans un lieu public alors que celui-ci est en congé de maladie avec interdiction de sortie? Tout porterait à croire que ledit salarié n'est pas malade mais l'employeur peut-il remettre aisément en cause la protection du salarié malade pour autant ?

Le salarié malade est protégé - oui, mais...

Le salarié bénéficie effectivement d'une protection contre le licenciement pendant sa maladie, sous réserve d'avoir averti son employeur le premier jour de son absence et de lui avoir remis, le troisième jour au plus tard, un certificat médical attestant de son incapacité de travail.

Pendant les vingt-six semaines qui suivent le premier jour d'incapacité de travail, l'employeur aura l'interdiction de licencier son salarié malade, ce même pour motif grave, alors que le salarié est présumé être incapable de travailler.

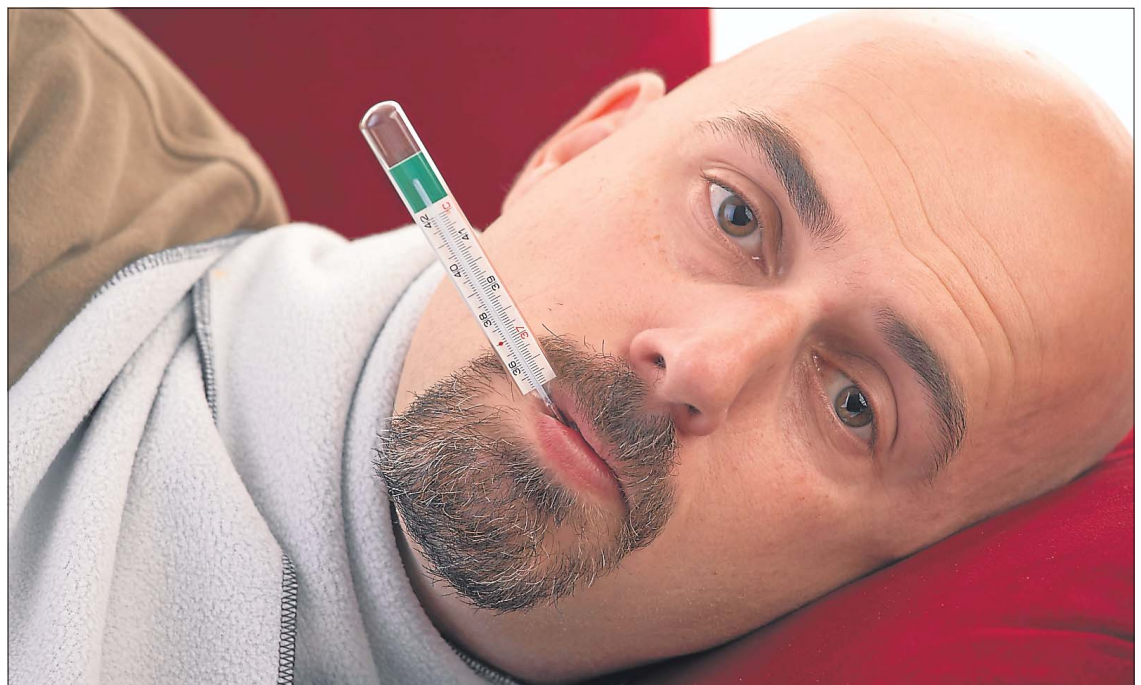
Lorsque le certificat médical précise que les sorties sont interdites, et que le salarié malade sort, on pourrait aisément conclure de facto que cette présomption de maladie ainsi que la protection qui en découle ne s'appliquent plus.

Ce n'est cependant pas aussi simple.

La sortie du salarié malade constitue-t-elle une faute?

Selon les statuts de la Caisse nationale de santé, la sortie est définie comme «l'éloignement, pendant la période d'incapacité de travail, de la personne incapable de travailler, de son domicile ou du lieu de séjour indiqué par elle»

Le salarié dont la maladie est certifiée ne peut en principe «sortir» pour s'adonner à des activités extra-professionnelles. Ainsi, le code de la Sécurité sociale stipule que pendant la maladie et jusqu'à son retour, il est interdit au salarié malade de faire du sport - sauf prescription médicale -, d'exercer



Le salarié bénéficie d'une protection contre le licenciement pendant sa maladie sous réserve d'avoir averti son employeur. (PHOTO: SHUTTERSTOCK)

une activité incompatible avec son état de santé, ou de fréquenter un bar ou un restaurant, sauf pour y manger et sous réserve d'en informer préalablement la caisse de maladie. Ce même Code prévoit également que, pendant les cinq premiers jours de la maladie, aucune sortie ne devrait être avoir lieu même si le certificat médical atteste que les sorties sont autorisées.

Le salarié peut exceptionnellement sortir en cas «de sorties indispensables pour donner suite aux convocations auprès du contrôle médical de la Sécurité sociale, de sorties pour l'obtention de soins, d'actes diagnostiques, de médicaments ou de dispositifs médicaux, à condition que la personne concernée puisse en justifier sur demande. Cette exception prévaut également pour les sorties rendues nécessaires pour la prise d'un repas».

A compter du cinquième jour révolu de maladie, le salarié retrouve le droit d'effectuer des sorties non médicalement contre-indiquées par son état et ce, uniquement entre 10 h et 12 h et entre 14 h et 18 h. La sortie du salarié malade ne peut donc, à elle seule, faire

présumer de l'absence de maladie et faire échouer la protection. Elle n'est donc pas toujours constitutive d'une faute.

L'employeur devra partant toujours réagir avec circonspection à l'égard du salarié, le certificat de maladie, avec ou sans autorisation de sortie, faisant présumer de la maladie.

En pratique: interprétation de la sortie en période de maladie

Selon une jurisprudence constante, la faute ou l'absence de faute d'un salarié aperçu hors de sa demeure pendant son congé maladie, est à apprécier selon les circonstances de fait (fréquence des sorties, moment de la sortie, gravité de la maladie, situation familiale ainsi que la cause et le but de la sortie).

Il a notamment été jugé qu'une sortie en plein air effectuée à la fin d'une période de maladie, pouvait dans certains cas être bénéfique pour la santé de l'employé et que l'on ne pouvait en déduire qu'il était capable de travailler ⁽¹⁾.

Par ailleurs, le fait pour un salarié d'avoir été aperçu à une fête le dernier jour de sa maladie n'a pas été considéré comme un indice éta-

blissant avec certitude que le salarié n'était en réalité pas malade ⁽²⁾.

En revanche, la sortie pourrait être constitutive d'une faute si le comportement du salarié laisse apparaître son aptitude à travailler. Il en a été jugé ainsi s'agissant d'un maçon en congé maladie qui avait été aperçu à plusieurs reprises en train d'effectuer des travaux sur un chantier ⁽³⁾.

En tout état de cause, l'employeur doutant de l'incapacité de son employé sera plus avisé d'organiser un contre-examen médical afin de vérifier la réalité de la maladie et avant de prendre la décision de résilier le contrat de manière trop hâtive. Les dispositions relatives au contre-examen médical seront détaillées dans la prochaine chronique.

* Jackye Elombo, avocat à la Cour, est associée contentieuse et droit du travail auprès de Wildgen, Partners in law, et Jérôme Comodi y officie comme avocat.

⁽¹⁾ Cour supérieure de justice, 25 juin 1987, Primavera c/ Santiago.

⁽²⁾ Cour supérieure de justice, 9 décembre 1993, n°14089 du Rôle.

⁽³⁾ Putz, Comprendre et appliquer le droit du travail, Promoculture-Larcier, p.276