

L'activité du salarié pendant son arrêt maladie

Michel Huyette, Magistrat

La lecture de l'arrêt publié du 21 mars 2000 de la Chambre sociale de la Cour de cassation est l'occasion de s'intéresser à la question, délicate et controversée, des conséquences de l'activité d'un salarié au cours d'un arrêt maladie.

Les faits source du litige sont simples. Monsieur Marino était employé de la Semitag, société de transports en commun. En mai 1994, le salarié bénéficie d'un arrêt maladie (non professionnelle) à la suite d'un syndrome dépressif sévère. Le médecin qui prescrit l'arrêt ne restreint pas ses possibilités de sorties libres. Il faut noter que la Semitag ne conteste nullement la réalité de la maladie de son salarié. Elle n'a jamais envisagé de diligenter un contrôle médical.

Au cours des mois de septembre et octobre 1994, M. Marino est vu sur un marché aux puces. Ce dernier affirme qu'il n'a pas une activité de brocante pour son compte personnel, contrairement à autrefois, et qu'il se contente d'apporter une aide à des amis ou des membres de sa famille. La Semitag le fait observer puis, le 30 oct. 1994, demande à un huissier d'effectuer un constat qui ne fait que confirmer la présence du salarié.

M. Marino est convoqué devant le conseil interne de discipline, puis le 8 déc. 1994 il est licencié pour faute grave. La Semitag expose trois griefs dans la lettre de licenciement : la remise en cause de l'incapacité de travail et la tromperie dont elle a éventuellement fait l'objet, le détournement de l'arrêt de travail en ce sens que la rémunération complémentaire versée ne se justifiait pas, et le trouble créé au sein de l'entreprise du fait du comportement de son salarié. Le conseil de prud'hommes estime le licenciement injustifié et alloue des dommages-intérêts importants à M. Marino, celui-ci ayant à la date de la rupture une ancienneté de vingt ans.

La cour d'appel, saisie par la Semitag, et répondant à ces trois griefs, juge d'une part que l'aide apportée dans le cadre de la brocante « montrait la capacité de M. Marino à exercer une activité de travail », que ce dernier « se devait d'en informer son employeur, même si son activité était exercée à titre bénévole », mais que toutefois « eu égard aux fonctions exercées » et « en l'absence de tout examen médical de contrôle établissant que M. Marino était apte à reprendre son emploi, la faute commise ne peut s'analyser en un acte suffisamment grave pour justifier son licenciement immédiat », « l'omission d'informer son employeur, si elle ne peut être qualifiée de tromperie », devant toutefois « s'analyser comme un motif réel et sérieux de licenciement », d'autre part que rien ne démontrant que M. Marino ait exercé une activité de brocante pour son propre compte, celle-ci « ne pouvait compromettre les intérêts légitimes de la Semitag », enfin que « le comportement de M. Marino a causé un trouble sérieux au sein de l'entreprise dans la mesure où ses collègues de travail se sont étonnés de ses activités parallèles », ce trouble ne pouvant « que compromettre les intérêts légitimes de l'entreprise qui s'exposait, en tolérant de tels agissements, à voir se multiplier les arrêts maladie » (1).

Saisie par M. Marino, la Chambre sociale a énoncé dans un attendu de principe d'abord que le salarié se trouvant en arrêt maladie, son contrat était suspendu et donc que, sauf comportement déloyal vis-à-vis de son employeur, les faits retenus ne peuvent pas constituer un « manquement aux obligations résultant du contrat de travail ». Deux questions principales sont donc posées : les effets de la suspension du contrat de travail (I) et l'obligation de loyauté pesant sur le salarié (II).

I - Les effets de la suspension du contrat de travail

Pendant l'arrêt d'activité pour maladie, le contrat de travail du salarié concerné est suspendu. Le code du travail ne mentionnant expressément cette règle que pour l'accident du travail et la maladie professionnelle (art. L. 122-32-1), la Cour de cassation a énoncé elle-même un principe de suspension.

Mais le salarié fait toujours partie de l'entreprise. De ce fait, un certain lien subsistant entre les deux parties, si celui-ci n'est plus tenu d'effectuer le travail prévu dans son contrat d'embauche ni même de répondre à des demandes d'information de la part de son employeur (2), il n'est pas non plus complètement libre d'agir à sa guise. Il s'agit alors de définir dans quelle mesure le pouvoir de l'employeur sur son salarié est, pendant la durée de l'arrêt, mis entre parenthèses.

Une jurisprudence bien établie estime que le non respect par le salarié de ses obligations vis-à-vis de la sécurité sociale ne peut pas justifier une sanction de la part de l'employeur. Ainsi, un employeur ne peut pas licencier un salarié même s'il est démontré qu'il s'absente de son domicile en dehors des heures autorisées (3). Pourtant, le salarié qui s'absente de son domicile en dehors des heures portées sur le certificat médical commet une faute en ce sens qu'il viole une réglementation de la sécurité sociale. Et s'il fait obstacle à une visite de contrôle notamment en s'absentant de son domicile irrégulièrement, la caisse peut lui supprimer son droit à indemnisation, ou réduire le montant des indemnités journalières versées (4), à condition qu'il se soit intentionnellement dérobé à ce contrôle (5).

La différence de régime s'explique aisément. Si la caisse est susceptible de subir un préjudice en versant des prestations sans être en capacité de vérifier que celui qui les perçoit réunit les conditions légales pour cela, le comportement critiquable, vis-à-vis de la caisse, du salarié qui sort en dehors des heures limitativement prévues ou qui est absent lors d'une visite de contrôle, peut n'avoir aucune incidence sur sa situation vis-à-vis de son employeur. Autrement dit, ce n'est pas du fait de sa seule absence lors du contrôle que son arrêt n'est pas justifié vis-à-vis de son employeur, puisqu'il existe quand même malgré tout un certificat de son médecin traitant prescrivant cet arrêt.



Au-delà, même si le salarié malade est absent lors de la contre visite demandée cette fois-ci par l'employeur, la sanction ne peut être dans un premier temps que la perte du droit à l'indemnisation complémentaire, mais cette absence ne peut pas constituer, en soi, une cause de licenciement (6). Là encore, bien que l'on soit enclin à considérer que le salarié ne s'oppose pas seulement à la caisse mais aussi à son employeur, l'absence momentanée de contre visite ne signifie pas, à elle seule, que l'arrêt maladie est injustifié, et donc n'affecte pas directement la relation contractuelle liant les deux parties. De la même façon, l'employeur ne peut pas sanctionner les agissements fautifs de son salarié s'ils relèvent de sa vie privée et ne sont pas, ou ne sont plus, directement liés au contrat de travail.

Ainsi, s'agissant d'un salarié employé comme gardien d'immeuble et étant en même temps lui-même locataire de son employeur, la Cour de cassation a estimé que lorsque le salarié, au cours d'un arrêt maladie, se querelle avec un autre locataire, il agit non plus en tant que gardien mais en tant que personne tiers, et donc que ses agissements, qui dans le cadre de son emploi pourraient être fautifs, relèvent alors de sa vie personnelle et ne peuvent pas justifier son licenciement (7).

La Cour d'appel, dans notre affaire, a estimé que le salarié devait informer son employeur de sa participation, même bénévole, à une activité familiale de brocante. Mais, puisque le contrat de travail est suspendu, l'employeur n'est plus en droit d'exercer un contrôle permanent sur les faits et gestes de son salarié qui relèvent par principe de sa vie privée. Et surtout, un salarié en arrêt maladie n'est pas un salarié impotent, tenu de rester en permanence, et inactif, à son domicile. Certaines affections limitées à une partie du corps n'empêchent ni des déplacements ni des activités sportives ou de loisirs. Par exemple, une dactylo qui se fracture deux doigts, si elle est inéluctablement incapable d'utiliser un clavier d'ordinateur pendant des semaines voire des mois, peut parfaitement se déplacer, participer à des activités de loisirs, voyager etc. Mais ce n'est pas parce qu'elle utilisera au maximum son temps libre qu'il faudra

conclure qu'elle n'est plus véritablement incapable de travailler.


Pour ces raisons, on saisit mal pourquoi un salarié malade devrait informer son employeur quant à ses activités pendant son arrêt maladie. Au demeurant, dans l'affirmative, se poserait la question de la fréquence et du degré de précision des informations à transmettre.


Dès lors, sauf abus comme nous le verrons plus loin, un principe d'obligation d'information de l'employeur ne semble pas pouvoir être retenu. La jurisprudence sur ce point est peu fréquente. La Cour de cassation a jugé qu'un salarié en arrêt maladie n'est pas tenu d'informer son employeur s'il suit un stage théorique de formation (8), ou s'il effectue une cure (9).

La sphère d'autonomie du salarié pendant son arrêt de travail est donc importante. Toutefois, même si pendant l'arrêt le lien avec son employeur se détend à tel point que les pouvoirs du second sur le premier sont considérablement réduits, on pressent que la liberté d'agir du premier n'est pas sans limite et que certains comportements excessifs ne doivent pas pouvoir être admis.


C'est alors qu'intervient la notion de loyauté.




II - L'obligation de loyauté

La suspension du contrat de travail, cela vient d'être rappelé, ne supprime pas tout lien entre le salarié malade et son employeur. La Cour de cassation a jugé que même lorsque le salarié est en arrêt maladie, l'employeur peut toujours engager une procédure de licenciement, même disciplinaire, en ajoutant que le délai de prescription de deux mois de l'art. L. 122-44 c. trav. n'est ni suspendu ni interrompu pendant l'arrêt (10).

Si le salarié est en arrêt à cause d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, le contrat de travail, même si la procédure est engagée pendant cet arrêt, ne pourra toutefois être rompu qu'une fois la période de suspension terminée, sauf faute grave de l'intéressé ou impossibilité de maintenir le contrat pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie (art. L. 122-32-2). Mais s'il s'agit d'un arrêt ordinaire, le licenciement, sauf disposition conventionnelle plus favorable, peut être prononcé même pendant la période de suspension du contrat (11).

Il est également admis qu'une faute justifiant une sanction puisse être commise pendant l'arrêt de travail. L'employeur n'est pas seulement autorisé à sanctionner, pendant l'arrêt, des fautes auparavant commises. Toute la difficulté consiste alors à délimiter l'étendue du pouvoir de contrôle, et par suite de sanction, de l'employeur sur son employé arrêté.

Depuis de nombreuses années, la Cour de cassation rappelle régulièrement que « la suspension du contrat de travail provoquée par la maladie ou l'accident ne supprime pas l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de l'employeur » (12). Cela est fort logique. Le salarié étant par hypothèse en attente d'une reprise de son activité au sein de l'entreprise, on comprendrait mal que pendant une simple période de suspension de son contrat tout comportement, même dommageable pour son employeur, soit permis.

Ce terme de déloyauté est à la fois plein de sens, la loyauté étant définie par le dictionnaire comme un mélange de droiture, de probité ou d'honnêteté (13), et suffisamment imprécis pour permettre aux juridictions de premier degré et d'appel de l'appliquer avec souplesse. Un salarié adopte évidemment un comportement déloyal s'il envoie à son employeur des certificats médicaux falsifiés. Cela caractérise même une faute grave justifiant un licenciement sans préavis (14). Un salarié, ne peut pas, pendant son arrêt, travailler au bénéfice d'une autre entreprise (15).

Il ne serait pas non plus admis qu'il profite de son arrêt de travail pour préparer son départ vers une autre société, ou créer la sienne, et utiliser son expérience pour détourner la clientèle de son employeur. Il commet alors une faute grave privative de droit à préavis.

Mais l'essentiel du contentieux n'est pas là. La difficulté d'apprécier le comportement du salarié apparaît dans toute son ampleur lorsque le litige provient de l'existence d'une activité physique de l'intéressé pendant son arrêt, activité qui pourrait inciter l'employeur à croire que son employé est, avant le terme de son arrêt porté sur son certificat médical, redevenu apte au travail.

En effet, il faut avoir à l'esprit que lorsqu'un médecin prescrit un arrêt de travail, il évalue la date à laquelle le salarié pourrait être apte à reprendre son poste. Mais il s'agit toujours d'une appréciation approximative. Un médecin ne peut jamais dire à l'avance avec une certitude absolue quel sera l'effet d'une médication ou de soins sur son patient, et avec quelle rapidité celui-ci va se rétablir.

Si donc il y a souvent des périodes d'arrêt renouvelées, on peut tout à fait envisager qu'un salarié bénéficiant d'un arrêt de travail se rétablisse physiquement avant l'expiration du délai initialement prévu, et soit alors parfaitement apte à reprendre son poste ou, en tous cas que, même si certains troubles subsistent, ils ne fassent pas obstacle à une reprise du travail.

Deux hypothèses apparaissent alors. Le salarié précocement rétabli peut rester silencieux et, faisant en sorte que rien ne manifeste extérieurement son rétablissement anticipé, profiter de son arrêt jusqu'à son terme. Son retour à une meilleure forme restant inconnu des tiers, aucun litige ne naîtra. Mais il peut aussi, une fois ses capacités retrouvées et ne voulant ni reprendre son travail ni rester inutilement inactif, choisir de se livrer à certaines activités. Et c'est lorsqu'il est découvert que les conflits apparaissent. Dans cette seconde hypothèse, la frontière entre comportement acceptable et comportement déloyal n'est pas nette. On passe progressivement de l'un à l'autre. La jurisprudence fait bien apparaître toute la subtilité des réponses judiciaires.

Il a été jugé que lorsqu'un salarié malade entame un long voyage d'agrément, ce déplacement n'est pas forcément déloyal (16). Il s'agissait, en l'espèce, d'un salarié qui avait effectué un voyage dans son pays d'origine, et qui, très certainement convaincu de sa bonne foi, avait adressé une carte postale à son entreprise.

La Cour de cassation, dans un arrêt plus ancien, a estimé qu'un salarié employé par une société comme chauffeur-livreur, et qui exerce pendant son arrêt une activité de distribution de journaux, activité accessoire qu'il pratiquait déjà en temps ordinaire, n'a pas un comportement déloyal (17).

Dans une autre affaire, la Cour de cassation, statuant sur un licenciement pour faute grave, a jugé, s'agissant d'un salarié ayant aidé sa femme gérante d'un débit de boissons à servir des clients, qu'une aide occasionnelle dans le cadre de l'entraide domestique, même pendant un arrêt de travail, ne constitue pas une faute de nature à rendre impossible le maintien du salarié pendant la durée du préavis (18). Bien que la Cour n'ait pas répondu à cette question, il est improbable, au regard de sa motivation, qu'elle ait admis que cela constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement (19).

A la même époque, la Chambre sociale a également jugé que ne commet pas la faute grave invoquée un salarié se livrant pendant son arrêt à une activité bénévole, dans l'affaire une activité de pompier volontaire sur réquisition de l'autorité préfectorale, ce salarié ayant été affecté à un poste compatible avec son état de santé (20). Mais, à l'inverse, il a été jugé que fait preuve d'un comportement déloyal le salarié, embauché comme coffreur, qui pendant son arrêt maladie travaille habituellement sur le chantier d'une maison en construction avec trois autres ouvriers et se livre à cette occasion à une activité profitable pour son propre compte (21), ou le salarié qui exerce comme moniteur de ski pendant son arrêt (22), ou la coiffeuse qui reçoit d'anciennes clientes pour les coiffer à son domicile (23).

L'examen de la jurisprudence permet finalement de préciser les contours de la notion de déloyauté. Lorsqu'un salarié est en arrêt maladie, son comportement est déloyal dès lors qu'il démontre que bien que le terme de l'arrêt ne soit pas atteint, il est physiquement

parfaitement apte à reprendre son poste dans son entreprise. En refusant de faire connaître à son employeur son rétablissement anticipé, il ment sur son état de santé et il laisse inutilement persister pour l'entreprise les difficultés liées à son absence, difficultés parfois importantes même lorsqu'elles ne peuvent pas justifier une rupture.

Il est aussi déloyal lorsque, tout en restant inapte à la reprise de son emploi, il exerce une activité financièrement rentable, et perçoit ainsi de son employeur un complément à ses indemnités journalières. La déloyauté tient ici au fait qu'alors que le salarié perçoit des indemnités journalières plus le fruit de son activité, ce qui peut finalement être équivalent ou même supérieur à son salaire contractuel, il continue en même temps à toucher de son employeur des indemnités tendant également à préserver sa rémunération mensuelle (24), cela sans aucune contrepartie pour ce dernier.

A l'inverse, n'est pas déloyal le comportement du salarié qui, bien que ne restant pas inactif, utilise son temps libre raisonnablement et sans bénéfice financier tout en restant réellement incapable de reprendre son emploi. Reste pour finir la délicate question de la preuve. L'affaire ayant abouti à l'arrêt commenté est une excellente illustration de la difficulté.

Il est certain, la faute ne se présumant pas, que le salarié est considéré *a priori* comme loyal, et que c'est à l'employeur qui envisage de prendre une sanction en se fondant sur sa déloyauté de rapporter la preuve de celle-ci.

Mais il existe un tiers dans le litige, le médecin. Lorsque le salarié est en arrêt maladie, l'employeur n'est pas supposé connaître la nature exacte de son affection. Et de toutes façons, cet employeur ne peut presque jamais, seul, apprécier si l'activité du salarié pendant son arrêt maladie démontre en elle-même qu'il a retrouvé ses capacités de travail. Tout dépend à la fois de la nature de la maladie et de la nature du poste de travail de l'intéressé. C'est pour cela que, sauf hypothèse d'activité rémunératrice caractérisant suffisamment la déloyauté pour les raisons précitées, même l'existence d'une activité physique pendant l'arrêt maladie ne suffit pas, la plupart du temps, à prouver la déloyauté du salarié.

Il n'en est autrement que lorsque l'activité physique du salarié pendant son arrêt correspond à son activité physique professionnelle. Rares sont ces cas. La difficulté augmente d'un degré lorsque, comme pour M. Marino, l'arrêt de travail est motivé par un « syndrome dépressif sévère ». Parce qu'il ne s'agit plus là d'une incapacité physique mais psychologique, il est encore plus difficile pour l'employeur d'apprécier si l'activité de son salarié contredit la raison d'être de son arrêt de travail.

Tel était bien le litige, la Semitag estimant M. Marino capable d'exercer une activité professionnelle. En présence d'une incertitude quant aux aptitudes de son salarié, l'employeur qui, par hypothèse, n'a aucune compétence en matière médicale, doit donc, avant d'envisager une quelconque sanction, organiser un contrôle de l'arrêt de travail de son employé par le biais d'une contre-visite, ce dernier pouvant alors à son tour contester le résultat de l'examen de contrôle en sollicitant une expertise judiciaire.

Si le salarié s'oppose à la contre-visite, et sans contredire l'affirmation précédente selon laquelle ce seul refus ne peut pas justifier un licenciement, le refus de cette contre-visite plus le constat de l'activité pendant l'arrêt maladie sont susceptibles de rendre légitime la sanction prise par l'employeur, le refus du salarié ne pouvant pas être un moyen de dissimuler sa déloyauté.


On ne saura jamais si M. Marino s'est montré déloyal en participant à une activité de brocante alors qu'il était en arrêt maladie, aucun pièce médicale n'étant versée au dossier de la Semitag qui, sans aller au-delà des apparences, a hâtivement et sans précautions licencié son salarié. En tous cas, la Cour de cassation, à travers la jurisprudence analysée et notamment la notion de loyauté, favorise un équilibre subtil entre droits et obligations réciproques de l'employeur et du salarié en période de suspension du contrat de travail pour maladie.


Elle peut être approuvée sans réserves.



Mots clés :


CONTRAT DE TRAVAIL * Suspension * Maladie * Licenciement * Motif disciplinaire * Cause réelle et sérieuse

(1) Nous ne nous arrêtons pas sur ce point spécifique. Si le salarié est fautif il doit être sanctionné et le trouble disparaît. S'il ne l'est pas, le trouble occasionné chez les autres salariés par son activité pendant son arrêt ne provient pas du comportement du salarié malade mais d'un déficit d'explications internes de la part de l'employeur lui-même qui laisse circuler des informations ou des rumeurs non fondées.

(2) Cass. soc., 15 juin 1999, Bull. civ. V, n° 279 ; D. 2000, Jur. p. 511, note C. Puigelier .

(3) Cass. soc., 16 juin 1998, D. 1998, IR p. 177  ; Bull. civ. V, n° 323.

(4) Cass. soc., 22 févr. 1996, D. 1996, IR p. 86  ; 14 déc. 1988, D. 1990, Somm. p. 144, obs. X. Prétot .



(5) Cass. soc., 22 févr. 1996, préc. note 4 ; 16 juin 1994, D. 1996, Somm. p. 38 obs. X. Prétot .


(6) Cass. soc., 10 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 486 ; D. 1999, IR p. 3 .

(7) Cass. soc., 14 mai 1997, Bull. civ. V, n° 175.

(8) Cass. soc., 10 févr. 1993, arrêt n° 91-45.734.

(9) Cass. soc., 10 nov. 1998, préc. note 6.

(10) Cass. soc., 17 janv. 1996, D. 1996, IR p. 54  ; 13 juill. 1993, D. 1993, IR p. 198 .

(11) Cass. soc., 2 févr. 1999, D. 1999, IR p. 69  ; Bull. civ. V, n° 47.

(12) Cass. soc., 15 juin 1999, préc. note 1. Au demeurant, cette obligation est certainement réciproque, rien ne permettant de considérer que seul le salarié en est débiteur.


(13) Dictionnaire Hachette, éd. 2000.

(14) Cass. soc., 19 juill. 1994, arrêt n° 91-43.410.


(15) CA Montpellier, 12 janv. 2000, Juris-Data, n° 109981 ; CA Bordeaux, 9 oct. 1999, Juris-Data, n° 44465 ; CA Besançon, 20 janv. 1998, Juris-Data, n° 40759 ; CA Nîmes, 1er oct. 1997, Juris-Data, n° 30558.


(16) Cass. soc., 16 juin 1998, préc. note 3 ; CA Nîmes, 11 oct. 1999, Juris-Data, n° 30211.

(17) Cass. soc., 14 nov. 1991, arrêt n° 90-44.676.

(18) Cass. soc., 8 avr. 1992, D. 1992, IR p. 164  ; Bull. civ. V, n° 257.

(19) En sens contraire, CA Lyon, 28 avr. 1997, Juris-Data, n° 45563.

(20) Cass. soc., 12 mars 1992, D. 1992, IR p. 108  ; Bull. civ. V, n° 177.

(21) Cass. soc., 21 juill. 1994, D. 1994, IR p. 202  ; Bull. civ. V, n° 250.

(22) CA Aix-en-Provence, 11 janv. 1999, Juris-Data, n° 42224.

(23) CA Rennes, 18 juin 1996, Juris-Data, n° 45329.

(24) Le principe de maintien du salaire est retenu dans de nombreuses conventions collectives, parfois sous conditions de délais, et est en plus prévu par l'accord de mensualisation du 10 déc. 1977, accord concernant actuellement presque tous les salariés.