

Que peut faire l'employeur informé qu'un salarié exerce une activité pendant son arrêt maladie ?

Il peut arriver qu'un employeur soit informé que son salarié, ayant pourtant justifié d'un arrêt maladie, exerce une activité durant ledit arrêt, qu'il s'agisse d'une activité salariée rémunérée, d'une activité sportive manifestement incompatible avec son état de santé, ou encore d'une activité bénévole. Se pose alors la question de savoir quelles mesures l'employeur est en droit de prendre à l'égard de ce salarié et, notamment, s'il peut envisager une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement.

Rappelons que l'arrêt maladie dûment justifié par le salarié entraîne la suspension de son contrat de travail. En conséquence, le salarié est libéré de son obligation de travailler et l'employeur de son obligation de payer le salaire, sous réserve du maintien de salaire légal ou conventionnel applicable. En revanche, perdure l'obligation de loyauté à laquelle le salarié est tenu à l'égard de son employeur. Aussi, les juges ont eu à trancher la question de savoir si l'exercice par un salarié d'une activité manifestement incompatible avec son état de santé durant son arrêt maladie constituait une violation de cette obligation de loyauté pouvant justifier une sanction voire le licenciement du salarié.

La jurisprudence, en adoptant une conception très restrictive de l'obligation de loyauté, restreint drastiquement la possibilité pour l'employeur de sanctionner son salarié en raison de l'exercice d'une activité pendant son arrêt maladie (I). En revanche, le salarié encourt, dans ce cas, des sanctions relevant du droit de la sécurité sociale (II).

I - En droit du travail : une relative indulgence

La Cour de cassation adopte depuis de nombreuses années déjà une conception restrictive de l'obligation de loyauté (voire notamment Cass. Soc. 12/10/2011 n° 10-16649). La Haute Juridiction a réaffirmé sa position dans un arrêt du 26 février 2020, dans lequel elle a rappelé que « l'exercice d'une activité pour le compte d'une société non concurrente de celle de l'employeur, pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie, ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt ; dans un tel cas, pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise ». En l'espèce, une salariée avait adressé différents arrêts de travail à son employeur, durant lesquels ce dernier a

été informé qu'elle exerçait une autre activité professionnelle à savoir assurer l'ouverture d'un commerce détenu par une société dont la salariée se trouvait être l'unique associée.

L'employeur considérant que ce comportement constituait un manquement de la salariée à son obligation de loyauté, a procédé à son licenciement pour faute grave.

La cour de cassation a considéré, à l'inverse, que, faute pour l'employeur de prouver qu'il avait subi un préjudice, l'exercice d'une activité même lucrative par la salariée durant son arrêt maladie, ne pouvait caractériser à lui seul un manquement à l'obligation de loyauté. Le licenciement est donc sans cause réelle et sérieuse.

Se pose alors la question de savoir dans quel cas l'employeur est en mesure de démontrer avoir subi un préjudice du fait de l'exercice d'une activité par un salarié durant son arrêt maladie.

Ce préjudice ne saurait résulter du seul paiement par l'employeur, dans le cadre de l'arrêt de travail, des indemnités complémentaires aux allocations journalières de sécurité sociale. Ce préjudice peut, en revanche, être caractérisé lorsque le salarié aura exercé, pendant son arrêt maladie, une activité concurrente à celle de son employeur. La Cour de cassation a en effet considéré, à plusieurs reprises, que le salarié ayant exercé une activité concurrente à celle de son employeur pendant son arrêt maladie ou ses congés payés avait manqué à son obligation de loyauté en fournissant à cette entreprise concurrente, par son travail, les moyens de concurrencer son employeur, de sorte que celui-ci était fondé à se prévaloir d'une faute grave permettant la rupture sans indemnité ni préavis du contrat de travail (Cass. Soc. 28/01/2015, n° 13-18354 ; Cass. Soc. 05/07/2017 n° 16-15623).

A l'inverse, l'exercice d'une activité non concurrente même rémunérée, ou encore d'une activité sportive ou bénévole pouvant paraître a priori incompatible avec l'état de santé du salarié, ne peut justifier à lui seul une sanction disciplinaire dans la mesure où l'arrêt de travail est fondé sur les constatations d'un médecin, seul professionnel susceptible de juger de l'état de santé du salarié et de la possibilité pour ce dernier d'exécuter sa prestation de travail.

II - En droit de la Sécurité sociale : une sévérité accrue

Si l'employeur ne peut pas, sauf activité concurrente, envisager une sanction au regard du droit du travail, il convient de rappeler qu'il dispose de la faculté d'organiser une contre-visite médicale. Cette contre-visite ne peut toutefois être organisée que dans l'hypothèse où l'employeur verse au salarié un complément de salaire dans la mesure où, si la contre-visite conclut à

une absence de justification de l'arrêt de travail, la seule sanction possible est l'arrêt de versement par l'employeur dudit complément.

Au regard du droit de la Sécurité sociale, le salarié qui travaille pendant un arrêt maladie encourt le risque de devoir rembourser les indemnités journalières versées par la sécurité sociale et de se voir infliger une pénalité financière. En effet, dans deux arrêts du 28 mai 2020, la Cour de cassation rappelle que la CPAM qui est informée de l'exercice par un salarié d'une activité non autorisée pendant son arrêt de travail est bien fondée à réclamer à ce dernier le remboursement de l'intégralité des indemnités journalières de sécurité sociale qui lui a été versée depuis la date de constat de l'exercice de l'activité non autorisée.

Au surplus et dès lors que le salarié concerné a perçu des revenus d'activité, la CPAM est fondée à prononcer à son encontre une sanction financière, et ce sans avoir à prouver l'intention frauduleuse de l'assuré. Le montant de la pénalité est fixé en fonction de la gravité des faits reprochés, soit proportionnellement aux sommes concernées dans la limite de 70% de celles-ci, soit, à défaut de sommes déterminées ou clairement déterminables, forfaitairement dans la limite de quatre fois le plafond mensuel de la sécurité sociale. En cas de manœuvre frauduleuse ou de fausse déclaration, le montant de la pénalité ne peut être inférieur au montant des sommes concernées majoré d'une pénalité dont le montant est fixé dans la limite de quatre fois le plafond mensuel de la Sécurité sociale. Ce montant peut par ailleurs être doublé en cas de récidive.

Force est ainsi de constater que le droit de la Sécurité sociale se montre bien plus sévère à l'égard du salarié que le droit du travail. Ce dernier fait prévaloir l'avis du médecin traitant sur la finalité de l'arrêt de travail qui a vocation à permettre le rétablissement du salarié et son retour à son poste de travail ainsi que sur les intérêts légitimes de l'employeur, au risque de confondre obligation de loyauté et obligation de non concurrence. Faute pour l'employeur de pouvoir se prévaloir utilement du droit du travail en l'absence d'activité concurrente, il lui reste la possibilité de porter à la connaissance de la CPAM les faits constatés.

Maître Sophie WATTEL
Avocat spécialiste
en droit du travail