

63 En questions : le contrôle patronal des arrêts de travail



Amélie D'HEILLY,
avocat à la cour,
associée 5QB Avocats,
mention de spécialisation en droit du travail,
médiateur, membre d'AvoSial



Marion BIESSE,
avocat à la cour, 5QB Avocats

L'ARRÊT de travail pour maladie a pour conséquence de suspendre le contrat de travail. Le salarié est alors dispensé d'activité. Pour autant, il peut bénéficier, outre des indemnités journalières de sécurité sociale, d'un complément de salaire de la part de son employeur sous certaines conditions. C'est pourquoi l'employeur peut souhaiter vérifier la véracité de la maladie du salarié.

1. Sous quelles conditions l'employeur peut-il faire contrôler les arrêts de travail de ses salariés ?

La possibilité de faire contrôler les arrêts de travail des salariés est intrinsèquement liée à l'obligation pour l'employeur de maintenir tout ou partie de la rémunération de son salarié (*Cass. soc.*, 27 avr. 1983, n° 81-40.387. – *Cass. soc.*, 22 juill. 1986, n° 84-41.588 : *JurisData* n° 1986-701604).

Dès lors, l'employeur ne peut contrôler un arrêt de travail qu'à une double condition :

- il a l'obligation de maintenir un complément de salaire durant au moins une partie de l'arrêt de travail ;
- le texte le contraignant à verser ce complément de salaire durant l'arrêt maladie doit prévoir expressément la possibilité de recourir à une contre-visite.

Lorsqu'un complément de salaire est dû au salarié en vertu des dispositions légales (à condition notamment de pouvoir justifier d'une année d'ancienneté dans l'entreprise), l'employeur peut toujours procéder à une contre-visite puisque l'article L. 1226-1 du Code du travail autorise un tel contrôle.

En revanche, lorsque le complément de salaire est dû en vertu d'une disposition conventionnelle, l'employeur ne pourra recourir

à la contre-visite que si le texte conventionnel prévoit cette possibilité.

2. En quoi consiste la contre-visite ?

La contre-visite permet avant tout à l'employeur de vérifier que l'arrêt de travail prescrit au salarié est justifié, tant dans son opportunité que dans sa durée. Elle permet également de vérifier que le salarié respecte les horaires de sortie prévus dans son arrêt de travail.

3. Quelles sont les modalités de la contre-visite ?

Un décret en Conseil d'État devrait déterminer les formes et conditions de la contre-visite ; n'étant toujours pas paru, la jurisprudence a dû définir les modalités de la contre-visite.

La contre-visite est à l'initiative de l'employeur. Il en supporte donc les frais, quelle que soit son issue.

L'employeur est libre de choisir le médecin contrôleur qui sera chargé d'effectuer la contre-visite, sauf dispositions conventionnelles contraires (*Cass. soc.*, 7 janv. 1981, n° 79-71.097. – *Cass. soc.*, 13 mai 1992, n° 89-44.443 : *JurisData* n° 1992-002625).

Le médecin contrôleur doit décliner sa qualité de médecin et celle de mandataire de l'employeur. A défaut, le salarié sera en droit de refuser de le recevoir, sauf mauvaise foi caractérisée de sa part (*Cass. soc.*, 11 déc. 1986, n° 84-41.672. – *Cass. soc.*, 17 déc. 1986, n° 84-43.458). La contre-visite peut avoir lieu, sauf dispositions conventionnelles contraires, à tout moment, en dehors des heures de sortie autorisées et ce, dès le commencement de l'arrêt de travail (*Cass. soc.*, 13 juin 2012, n° 11-12.152). Elle se déroule en principe au domicile du salarié. Il en résulte qu'en cas d'arrêt de travail pré-

voyant des « sorties libres », le salarié absent doit informer son employeur des horaires et de l'adresse permettant la contre-visite (Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-43.430 : *JurisData* n° 2009-046864 ; *JCP S* 2009, 1238, note Th. Lahalle). Il en est de même, s'agissant cette fois uniquement de l'adresse, en cas de déménagement ou de déplacement sur un lieu de repos pendant l'arrêt de travail (Cass. soc., 10 mai 2001, n° 98-45.851).

Sauf dispositions conventionnelles contraires, l'employeur n'a pas à informer au préalable le salarié du passage du médecin contrôleur et la contre-visite n'a pas à être contradictoire, le salarié ne pouvant notamment exiger la présence de son médecin traitant ou celle du médecin de la sécurité sociale (Cass. soc., 28 sept. 1983, n° 81-40.008. – Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 84-41.588. – Cass. soc., 4 déc. 1986, n° 85-43.357). Une fois la contre-visite effectuée, le médecin contrôleur informe l'employeur de ses résultats, à charge pour ce dernier de les transmettre au salarié, au besoin en respectant les dispositions conventionnelles prévues en la matière (Cass. soc., 10 oct. 1995, n° 91-45.242 : *JurisData* 1995-004544). En effet, le salarié doit pouvoir prendre connaissance des résultats de la contre-visite, à défaut de quoi il serait empêché de respecter les obligations en découlant et de faire valoir ses droits.

4. Quelles sont les conséquences de la contre-visite ?

Trois hypothèses sont envisageables :

● **Si la contre-visite n'a pas pu être effectuée en raison d'un fait imputable au salarié**, l'employeur sera en droit de cesser de verser le complément de salaire au salarié. Ainsi en est-il en cas de refus du salarié de se soumettre à la contre-visite ou en cas d'absence du salarié lors de la contre-visite aux lieu et heure permettant le contrôle (Cass. soc., 7 mars 1984, n° 81-42.785. – Cass. soc., 20 janv. 1999, n° 96-45.023). La Cour de cassation assimile à un refus le fait d'émettre des exigences particulières quant aux modalités de la contre-visite ou encore le fait de refuser de communiquer à l'employeur l'adresse à laquelle la contre-visite peut avoir lieu (Cass. soc., 7 janv. 1981 n° 79-71.097. – Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 84-41.588). À l'inverse, elle considère dans certaines hypothèses qu'il n'y a pas réellement de refus, par exemple lorsque le salarié, en raison de son état de santé, n'a pas pu ouvrir sa porte et se présenter immédiatement devant le médecin contrôleur (Cass. soc., 21 janv. 1987 n° 84-41.408 : *JurisData* n° 1987-702095).

Par ailleurs, l'impossibilité d'exercer le contrôle peut être considérée comme non imputable au salarié, notamment lorsque le médecin contrôleur n'a pu atteindre le salarié compte tenu de la configuration des lieux ou encore en raison de la défaillance de l'interphone (Cass. soc., 3 mars 1988, n° 85-42.433. – Cass. soc., 7 avr. 1999, n° 97-41.391). En tout état de cause, c'est à l'employeur de démontrer qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de faire procéder à la contre-visite en raison de la carence ou de l'opposition du salarié (Cass. soc., 30 juin 1988, n° 86-41.898).

Dès lors que cette impossibilité est établie, il appartient au salarié d'apporter la preuve que sa carence ou son opposition était justifiée par un motif légitime, tel que le fait de bénéficier, à la date du contrôle, d'un avis d'inaptitude du médecin du travail contre lequel l'employeur n'a exercé aucun recours, ou le fait d'être sorti de son domicile durant des heures permettant normalement un contrôle pour des raisons purement médicales (Cass. soc., 7 oct. 1992, n° 89-40.239. – Cass. soc., 10 févr. 1998, n° 95-41.600. – Cass. soc., 5 déc. 1990, n° 87-41.375. – Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-16.043 : *JurisData* n° 2011-028467). En tout état de cause, la seule mesure que pourra prendre l'employeur, en cas d'impossibilité établie de faire procéder à la contre-visite en raison d'un fait imputable au salarié, sera d'interrompre le versement de l'indemnisation complémen-

taire, et ce uniquement à compter de la date de la contre-visite (Cass. soc., 15 oct. 1987, n° 85-40.555. – Cass. soc., 9 juin 1993, n° 90-42.701). L'impossibilité d'effectuer la contre-visite ne peut justifier une quelconque sanction disciplinaire (Cass. soc., 10 nov. 1998, n° 96-42.969. – Cass. soc., 11 juill. 2000, n° 98-42.180).

● **Si le médecin contrôleur confirme le bien-fondé de l'arrêt de travail** du salarié, tant dans son principe que dans sa durée, l'employeur devra maintenir le complément de rémunération jusqu'à la fin de l'arrêt de travail du salarié ayant donné lieu au contrôle.

● **Si le médecin contrôleur conclut**, à l'issue de la contre-visite, que **l'arrêt de travail n'est pas ou plus justifié**, l'employeur sera en droit de cesser de verser au salarié le complément de salaire. Le salarié pourra alors décider soit de se soumettre à la décision du médecin contrôleur et de reprendre son poste à la date fixée par ce dernier, soit de s'en tenir aux prescriptions de son médecin traitant et de reprendre son poste de travail à l'issue de son arrêt maladie. Dans les deux cas, il perdra l'indemnisation complémentaire à compter de la date de reprise du travail fixée par le médecin contrôleur (Cass. soc., 10 oct. 1995, n° 91-45.242. – Cass. soc., 15 sept. 2010, n° 09-41.526).

Une difficulté se pose lorsque le médecin contrôleur ne fixe pas de date précise de reprise du travail. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur une telle situation. Toutefois, les décisions qu'elle a rendues en la matière ne permettent pas d'établir de règle générale tant les circonstances qui lui étaient soumises étaient particulières. En effet, dans le premier cas, il était question d'une contre-visite effectuée un vendredi après-midi, quelques heures avant la fin de la période d'absence pour maladie et du temps de travail hebdomadaire du salarié, et à l'issue de laquelle le médecin contrôleur avait seulement conclu à l'aptitude au travail sans autre précision. La Cour de cassation avait alors retenu que le salarié, qui avait repris son poste de travail dès la réouverture de l'entreprise le lundi suivant, ne pouvait être privé d'indemnité complémentaire de maladie pour la journée au cours de laquelle la contre-visite avait eu lieu (Cass. soc., 2 juin 1988, n° 85-46.242). Dans l'autre cas, il était question d'une contre-visite effectuée un matin et à l'issue de laquelle le médecin contrôleur avait conclu à une reprise immédiate du travail. La Cour de cassation avait alors considéré qu'en ne reprenant son poste de travail que le premier jour ouvré suivant le jour de la contre-visite, le salarié avait méconnu l'avis du médecin contrôleur et l'employeur était dès lors fondé à ne pas verser d'indemnité complémentaire de maladie au salarié pour la journée au cours de laquelle la contre-visite avait eu lieu (Cass. soc., 11 nov. 1994, n° 91-41.373). On ignore donc, au vu de la jurisprudence, quelle solution il conviendrait d'adopter dans le cas d'une contre-visite effectuée peu de temps avant la fin du temps de travail journalier du salarié et à l'issue de laquelle le médecin contrôleur conclurait à une reprise immédiate du travail. Cependant, tout laisse à penser que dans le cas d'une contre-visite effectuée un matin et à l'issue de laquelle le médecin contrôleur conclurait simplement à une aptitude au travail, l'employeur serait fondé à ne pas verser de complément de salaire au salarié pour la journée au cours de laquelle la contre-visite a eu lieu.

À l'issue de la contre-visite médicale, le médecin contrôleur peut par ailleurs estimer que le salarié est apte à reprendre son travail mais sous certaines conditions seulement. Dans un tel cas, l'employeur restera tenu au maintien de salaire jusqu'à ce que les conditions auxquelles la reprise du travail est subordonnée soient remplies (Cass. soc., 19 janv. 1999, n° 96-43.768 : *JurisData* n° 1999-000196).

En tout état de cause, le fait pour un salarié en arrêt maladie de refuser de reprendre son poste de travail de manière anticipée à la suite d'une contre-visite et de s'en tenir aux prescriptions de son médecin traitant n'est pas fautif et ne saurait donc justifier une

quelconque sanction disciplinaire (*Cass. soc.*, 10 oct. 1995, n° 91-45.242).

5. Que se passe-t-il en cas de prescription d'un nouvel arrêt de travail ?

L'avis du médecin contrôleur n'est valable qu'à la date où il est émis et ne peut disposer pour l'avenir (*Cass. soc.*, 30 nov. 2005, n° 03-45.665). On voit ainsi les limites du contrôle médical : il suffit au salarié de se faire de nouveau arrêter pour bénéficier de nouveau de ses droits (*Cass. soc.*, 5 mars 1997, n° 94-44.902. – *Cass. soc.*, 25 févr. 1998, n° 96-40.397 : *JurisData* n° 1998-000841).

6. Quel est l'impact de la contre-visite sur les indemnités journalières de sécurité sociale ?

Lorsque le médecin contrôleur conclut à l'absence de justification de l'arrêt de travail ou fait état de l'impossibilité de procéder à la contre-visite, il transmet son rapport au service du contrôle médical de la caisse dans un délai maximal de 48 heures, lequel :

- soit demande à la caisse de suspendre les indemnités journalières ; le salarié peut alors demander à son organisme de prise en charge de saisir le service du contrôle médical pour examiner sa situation ;

- soit procède à un nouvel examen de la situation du salarié. Ce nouvel examen est de droit si le rapport a fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen du salarié (*CSS, art. L. 315-1 et D. 315-4*).

7. Le salarié peut-il contester l'avis du médecin contrôleur ?

Le salarié peut toujours solliciter une contre-expertise, soit de manière amiable, soit en saisissant le conseil de prud'hommes, y compris en référé (*Cass. soc.*, 26 oct. 1982, n° 80-40.875. – *Cass. soc.*, 28 févr. 1996, n° 92-42.021). En revanche, l'avis du médecin-conseil de la sécurité sociale n'est pas de nature à remettre en cause l'avis du médecin contrôleur, sauf dispositions conventionnelles contraires (*Cass. soc.*, 17 déc. 1987, n° 85-41.720. – *Cass. soc.*, 15 févr. 1995, n° 91-43.484).

8. Procéder à une contre-visite présente-t-il un risque pour l'employeur ?

Comme tout droit, celui de faire procéder à une contre-visite pourrait dégénérer en abus. En outre, la contre-visite constituant

un acte de surveillance du salarié, la question du harcèlement moral et celle de la discrimination peuvent se poser.

En l'état actuel de la jurisprudence, il est difficile de savoir où se trouve la limite du droit pour l'employeur de faire procéder à une contre-visite. Les décisions sont très peu nombreuses.

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à l'aune du harcèlement moral. Elle a retenu que ne constituait pas un harcèlement le fait pour l'employeur d'avoir fait procéder à trois contre-visites dès lors que le médecin contrôleur qui en était chargé avait, les deux fois précédentes, conclu que l'état de santé du salarié lui permettait de reprendre le travail (*Cass. soc.*, 10 nov. 2010, n° 09-41.628). Toutefois, il est difficile de tirer une règle générale de cet arrêt puisqu'il concernait un cas particulier. Il n'est pas certain que la solution aurait été la même si le médecin contrôleur avait confirmé le bien-fondé des arrêts de travail du salarié.

9. L'employeur peut-il sanctionner un salarié au seul prétexte que son arrêt de travail serait infondé ?

Pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté (*Cass. soc.*, 30 mars 2005, n° 03-16.167). Cette obligation de loyauté a toutefois une portée limitée. En effet, il ressort de la jurisprudence que pour qu'il y ait manquement à l'obligation de loyauté pendant une période de suspension du contrat de travail, encore faut-il que l'acte commis par le salarié durant cette période cause un préjudice à l'employeur ou à l'entreprise (*Cass. soc.*, 21 nov. 2018, n° 16-28.513 : *JurisData* n° 2018-020738). Ainsi, le seul fait d'exercer une activité pendant un arrêt de travail ou encore de partir en vacances ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté (*Cass. soc.*, 16 juin 1998, n° 96-41.558. – *Cass. soc.*, 11 juin 2003, n° 02-42.818).

En pratique, l'employeur ne peut pas sanctionner un salarié au seul prétexte que la contre-visite aurait remis en cause le bien-fondé de son arrêt maladie. En effet, en retenant que l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté, la Cour de cassation admet que le salarié qui prouve, du fait de son comportement, l'absence de réalité de sa maladie, ne commet pas, en soi, une faute. En revanche, manque à son obligation de loyauté et donc commet une faute justifiant une sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement pour faute grave le salarié qui exerce pendant son arrêt de travail une activité pour le compte d'un concurrent de son employeur ou celui qui exerce une activité pour son propre compte en faisant appel à un autre salarié de l'entreprise pour l'aider (*Cass. soc.*, 21 juill. 1994, n° 93-40.554. – *Cass. soc.*, 21 oct. 2003, n° 01-43.943 : *JurisData* n° 2003-020622).

L'employeur se doit donc de rester prudent dans l'utilisation de son droit à faire procéder une contre-visite.