

SOC.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 26 février 2020

Cassation partielle

M. CATHALA, président

Arrêt n° 232 FS-P+B

Pourvoi n° K 18-10.017

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, DU 26 FÉVRIER 2020

Mme S... F..., domiciliée [...], a formé le pourvoi n° K 18-10.017 contre l'arrêt rendu le 2 novembre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 7), dans le litige l'opposant à la société Madison Diamonds, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...], représentée par M. L... D..., en qualité de liquidateur amiable, domiciliée [...], défenderesse à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Le Corre, conseiller référendaire, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de Mme F..., de la SCP Foussard et Froger, avocat de la société Madison Diamonds représentée par M. D..., ès qualité, et l'avis de Mme Berriat, avocat général, après débats en l'audience publique du 21 janvier 2020 où étaient présents M. Cathala, président, M. Le Corre, conseiller référendaire rapporteur, MM. Maron, Pietton, Mmes Leprieur, Richard, Le Lay, conseillers, Mmes Depelley, Duvallet, Prache, Marguerite, conseillers référendaires, Mme Berriat, avocat général, et Mme

Lavigne, greffier de chambre.

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail, ce dernier texte dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme F..., engagée le 15 décembre 1986 par la société Madison diamonds en qualité de secrétaire commerciale, a été placée en arrêt de travail à compter du 18 janvier 2012 ; qu'elle a été licenciée pour faute grave le 24 juillet 2012 ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes tendant à voir juger son licenciement sans cause réelle et sérieuse et à condamner l'employeur au paiement d'une indemnité à ce titre, d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés afférents, et à lui rembourser des sommes au titre du maintien de salaire et des frais d'huissier, l'arrêt retient qu'il est établi que la salariée exerçait une activité professionnelle dans le cadre d'une société qui n'était pas son employeur, à une heure et un jour où en raison d'un arrêt de travail pour maladie, le contrat de travail la liant à cet employeur était suspendu ; que la salariée a continué à percevoir un complément de salaire versé par son employeur pendant son arrêt de travail pour maladie mais avait un compte courant d'associé établi à 64 500 euros au 31 décembre 2011 et porté à 76 467,84 euros au 31 décembre 2012, de sorte que non seulement l'employeur justifie du préjudice qui en résulte mais qu'il ne peut être soutenu par la salariée que son activité était bénévole ou occasionnelle ; qu'en conséquence et peu important l'absence de caractère concurrentiel de l'activité, le régime de sorties libres de l'arrêt de travail ou la connaissance qu'avait l'employeur de la qualité d'associée de la salariée, il y a lieu de déclarer que l'exercice de cette activité constitue une faute qui, par la déloyauté qu'elle caractérise, est d'une gravité telle qu'elle fait obstacle à la poursuite du contrat de travail ;

Attendu cependant 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 ; que, dans un tel cas, pour fonder un licenciement, l'acte commis par un salarié durant la suspension du contrat de travail doit causer préjudice à l'employeur ou à l'entreprise ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que ce préjudice ne saurait résulter du seul paiement par l'employeur, en conséquence de l'arrêt de travail, des indemnités complémentaires aux allocations journalières, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux autres moyens, la Cour :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il dit que les fonctions commerciales exercées par Mme F... relevaient de la qualification de cadre, condamne la société Madison diamonds à lui payer la somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail et en ce qu'il condamne la société à la remise d'un certificat de travail conforme, l'arrêt rendu le 2 novembre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sauf sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elle se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel Paris, autrement composée ;

Condamne la société Madison Diamonds représentée par son liquidateur amiable, M. D... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Madison Diamonds représentée par son liquidateur amiable, M. D... et la condamne à payer à Mme F... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du

vingt-six février deux mille vingt.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour Mme F...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Mme S... F... de sa demande tendant à voir dire et juger que le licenciement qui lui a été notifié le 24 juillet 2012 est sans cause réelle et sérieuse et, en conséquence, d'AVOIR débouté la salariée de ses demandes en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'une indemnité de licenciement et d'une indemnité compensatrice de préavis, outre les congés payés y afférents, et de l'AVOIR condamné à payer à la société Madison Diamonds les sommes de 2.994,47 € en remboursement de la somme perçue au titre du maintien de salaire et 800 € au titre des frais d'huissier exposés ;

AUX MOTIFS QUE la lettre de licenciement qui circonscrit les limites du litige et qui lie juge, est ainsi rédigée : « nous avons à déplorer de votre part un comportement constitutif d'une faute grave. Depuis 18 janvier 2012 vous nous avez adressé différents arrêts de travail pour raisons médicales, et ceci de manière ininterrompue. Le dernier est établi jusqu'au 4 septembre. Cependant, nous avons appris fortuitement que vous exercez une seconde activité professionnelle distincte de celle exercée au sein de notre société, et ce, durant votre arrêt de travail et pendant vos horaires contractuels habituels. Afin de s'assurer de ces dires, nous avons été contraints d'obtenir, par voie judiciaire, la désignation d'un huissier afin de constater ces faits. Me P..., huissier de justice à Paris, a ainsi été désignée par ordonnance en date du 4 juin 2012 rendue par Mme le président du tribunal de grande instance de Paris, et a pu constater votre activité au sein de la société « bois de lune », dont vous êtes l'unique associée. En effet, Me P... s'est présentée dans votre boutique le mercredi 6 juin 2012 à 16 heures, et a pu constater votre activité le jour de son passage. Aux termes du procès-verbal d'huissier dressé par Me P..., vous vous trouviez effectivement à cet horaire dans les locaux de la société « bois de lune », situés [...], qui plus est, seule, vous occupant ainsi de la boutique, accueillant les clients et exposants, et utilisant l'ordinateur de cette boutique, ce qui ne laisse subsister aucun doute quant à l'exercice d'une activité réelle et régulière au sein de cette société. Pourtant, vos arrêts de travail pour raisons médicales interdisent de travailler alors que vous disposez d'un contrat de travail exécuté au sein de notre société. Ces pratiques constituent un manquement grave à votre obligation de loyauté, violant ainsi votre contrat de travail par l'exercice d'une activité rémunérée distincte au cours de ces arrêts de travail et durant vos horaires de travail habituels, tels qu'ils ont été définis par votre contrat de travail. Un tel comportement constitue une violation manifeste de l'obligation de loyauté à laquelle vous êtes tenus, même durant vos arrêts maladie, rendant impossible votre maintien au sein de notre entreprise. Il s'avère que les documents saisis à cette occasion démontrent étonnamment que vous étiez devenus associée unique de la société « bois de lune » depuis le 28 octobre 2011, mais que vous avez régularisé les actes de cession uniquement le 21 février 2012 auprès de la recette des impôts, puis ensuite au registre du commerce et des sociétés, c'est-à-dire après le début de vos arrêts maladie. Il apparaît de surcroît que vos arrêts de travail pour raisons médicales vous ont fait bénéficier du maintien d'une partie de votre salaire par notre société, ainsi que d'indemnités journalières de la sécurité sociale (IJSS) de la part de la caisse primaire d'assurance-maladie depuis le 18 janvier 2011. Il en résulte ainsi une véritable fraude aux droits de la société Madison Diamonds puisque ces versements ont été effectués alors que vous disposiez d'une autre activité. Votre activité au sein de votre boutique « bois de lune » et votre attitude conduisent donc un véritable préjudice pour la société Madison Diamonds qui a maintenu votre salaire durant vos arrêts maladie. Ces faits pourraient également constituer une fraude aux droits de la CPAM qui vous indemnise en dépit d'une activité parallèle. En conséquence, compte tenu de ces faits, nous vous notifions par la présente votre licenciement pour faute grave. En effet, de tels agissements de votre part ne peuvent permettre d'envisager une continuation pendant votre préavis des relations contractuelles vous liant à la société Madison Diamonds. C'est la raison pour laquelle la faute grave est retenue à juste titre, et votre licenciement prend donc effet immédiatement » ; que, pour affirmation et requalification du licenciement en licenciement sans cause réelle sérieuse, Mme S... F... fait essentiellement plaider qu'après avoir subi le comportement caractériel de son employeur marqué notamment par une rétrogradation en novembre 2011 à l'origine d'un état dépressif et de stress, elle a été victime de sa part d'un jet de loupe la veille de son placement en arrêt maladie à compter du 18 janvier 2012, qu'elle était associée sans être gérante d'une société de vente

de cadeaux et de bibelot « bois de lune », sans percevoir la moindre rémunération à ce titre ; que Mme S... F... indique que bénéficiant de sorties autorisées, elle était présente bénévolement dans la boutique en dehors des heures correspondant à son temps de travail chez son employeur qui ne pouvait ignorer que depuis son passage à temps partiel elle avait une autre activité et depuis la plainte pour le vol de diamants qu'elle était co-associée dans la société « bois de lune », de sorte que les conditions pour que son comportement soit qualifié de fautif, ne sont pas réunies, a fortiori des lors que l'activité de sa société n'était ni concurrente ni chronophage ni rémunérée ; que la société Madison Diamonds rétorque que la salariée associée avec trois autres personnes de la société « bois de lune » a multiplié les arrêts maladie, que s'il y a bien eu un énervement de sa part, le jet de loupe allégué qui a fait l'objet d'une main courante n'a jamais existé, qu'en revanche Mme S... F... devenue associée unique de la société en février 2011, ne peut soutenir que sa présence au sein de la boutique qui a perduré au-delà du constat de l'huissier était limitée à une heure en remplacement d'une amie, fût-elle confirmée par la gérante non-rémunérée de la société ; que la société Madison Diamonds expose en outre que l'exercice par la salariée de tout autre activité non-autorisée par l'employeur viole son obligation de loyauté, quand bien même elle serait à titre gratuit, que cette activité qui abonde son compte courant lui est profitable alors qu'au surplus elle a bénéficié du maintien de son salaire pendant son arrêt maladie, que la salariée ne peut légitimer sa situation pendant ses arrêts de travail, que l'autorisation de sortie ne lui permettait pas pour autant d'exercer une activité sans accord préalable ; qu'en l'espèce, il résulte des pièces produites aux débats qu'aux termes de l'avenant du contrat de travail écrit de Mme S... F... du 1er avril 1994, signé le 1er janvier 2002, cette dernière travaillait pour la société Madison Diamonds les mardis et mercredis de 9h30 à 13 heures et de 14h30 à 18 heures et le jeudi de 9h30 à 11 heures et que l'huissier, autorisé en cela par ordonnance sur requête de la présidente du tribunal de grande instance de Paris, s'est présentée le mercredi 6 mai à 16 heures à la boutique de la société « bois de lune » où se trouvait seule Mme S... F... affairée à l'ordinateur situé au fond et accueillant par le tutoiement une exposante qu'elle connaissait manifestement, de sorte qu'il est établi que la salariée exerçait une activité professionnelle dans le cadre d'une société qui n'était pas son employeur, à une heure et un jour ou en raison d'un arrêt maladie, le contrat de travail la liant à cet employeur était suspendu ; qu'à cet égard, il est établi que la salariée a continué à percevoir un complément de salaire versé par son employeur pendant son arrêt maladie mais avait un compte courant d'associé établi à 64.500 € au 31 décembre 2011 et porté à 76.467,84 € au 31 décembre 2012, de sorte que non seulement l'employeur justifie du préjudice qui en résulte mais qu'il ne peut être soutenu par la salariée que son activité était bénévole, de surcroît compte tenu des développements qui précèdent, occasionnelle ; qu'en conséquence et peu importe l'absence de caractère concurrentiel de l'activité de cette boutique, le régime de sorties libres de l'arrêt de travail ou la connaissance qu'avait l'employeur de l'existence de la société « bois de lune » et de la qualité d'associée de la salariée, voire le contexte probablement conflictuel à l'origine de cet arrêt de travail pour maladie ordinaire de la salariée, il y a lieu de déclarer que l'exercice de cette activité au sein de la société « bois de lune » constitue une faute qui, par la déloyauté qu'elle caractérise, est d'une gravité telle qu'elle fait obstacle à la poursuite du contrat de travail ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de réformer le jugement entrepris et de déclarer le licenciement de Mme S... F... pour faute grave fondé et de débouter la salariée des demandes formées à ce titre et par voie de conséquence de la condamner à verser à son employeur 2.994,47 € en remboursement de la somme perçue au titre du maintien des salaires, outre 800 € au titre des frais de huissier exposés par l'employeur pour les besoins de la procédure disciplinaire ;

1°) ALORS QUE l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en soi un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt dès lors que cette activité tierce, qui ne revêt aucun caractère concurrentiel, ne se fait pas au préjudice de l'employeur ou l'entreprise ; que, pour retenir la faute grave, la cour d'appel a énoncé que « l'huissier, autorisé en cela par ordonnance sur requête de la présidente du tribunal de grande instance de Paris, s'est présentée le mercredi 6 mai à 16 heures à la boutique de la société « bois de lune » où se trouvait seule Mme S... F... affairée à l'ordinateur situé au fond et accueillant par le tutoiement une exposante qu'elle connaissait manifestement, de sorte qu'il est établi que la salariée exerçait une activité professionnelle dans le cadre d'une société qui n'était pas son employeur, à une heure et un jour ou en raison d'un arrêt maladie, le contrat de travail la liant à cet employeur était suspendu », en sorte que, « peu importe l'absence de caractère concurrentiel de l'activité de cette boutique, le régime de sorties libres de l'arrêt de travail ou la connaissance qu'avait l'employeur de l'existence de la société « bois de lune » et de la qualité d'associée de la salariée, voire le contexte probablement conflictuel à l'origine de cet arrêt de travail pour maladie ordinaire de la salariée, il y a lieu de déclarer que l'exercice de cette activité au sein de la société « bois de lune » constitue une faute qui, par la déloyauté qu'elle caractérise, est d'une gravité telle qu'elle fait obstacle à la poursuite du contrat de travail » ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas fait ressortir l'exercice par la salariée durant son arrêt de travail d'une activité préjudiciable à l'employeur, a violé les articles L. 1221-1, L. 1234-1, L.

1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

2°) ALORS, subsidiairement, QU'en l'absence de contre-visite médicale organisée par l'employeur dans les conditions prévues par l'article L. 1226-1 du code du travail, l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière de sécurité sociale prévue par ce texte est due au salarié, nonobstant l'exercice par lui d'une activité tierce au cours d'un de ses arrêts de travail ; qu'il s'ensuit que le versement du complément de rémunération en application de ce texte ayant un fondement légal et demeurant justifié par la maladie du salarié, il ne porte pas préjudice à l'employeur ou à l'entreprise et ne peut, en conséquence, justifier le licenciement disciplinaire du salarié dont le contrat de travail est suspendu ; qu'en statuant comme elle a fait, sur le fondement d'un procès-verbal établi par un huissier de justice, sans constater que l'employeur avait usé de sa faculté d'organiser une contre-visite médicale dans les conditions prévues par l'article L. 1226-1 du code du travail et que celle-ci avait abouti à la remise en cause de la justification médicale de l'arrêt de travail, la cour d'appel n'a pas caractérisé le caractère indu du complément de rémunération versé à Mme F... et ainsi le préjudice subi par l'employeur à ce titre, privant sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1221-1, L. 1226-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

3°) ET ALORS, plus-subsidiairement, QUE la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise ; qu'en jugeant dès lors que l'exercice par Mme F... d'une activité professionnelle tierce au cours d'un de ses arrêts de travail justifiait son licenciement pour faute grave, quand elle observait que ce manquement avait été constaté une seule fois, le 6 mai 2012, que l'activité professionnelle en question n'était pas concurrente à celle de l'employeur, que la salariée jouissait d'une ancienneté dans l'entreprise de plus de vingt-cinq années à la date de la notification du licenciement, et que le supposé préjudice qui en serait résulté pour l'employeur s'élevait à la somme de 2.994,47 € à titre d'indemnité de maintien de salaire, ce dont il résultait que le manquement imputée à la salariée, à le supposer même établi, n'était pas d'une gravité rendant en tout état de cause impossible le maintien de la salariée dans l'entreprise, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Mme S... F... à payer à la société Madison Diamonds la somme de 2.994,47 € en remboursement de la somme perçue au titre du maintien de salaire ;

AUX MOTIFS QUE la lettre de licenciement qui circonscrit les limites du litige et qui lie juge, est ainsi rédigée : « nous avons à déplorer de votre part un comportement constitutif d'une faute grave. Depuis 18 janvier 2012 vous nous avez adressé différents arrêts de travail pour raisons médicales, et ceci de manière ininterrompue. Le dernier est établi jusqu'au 4 septembre. Cependant, nous avons appris fortuitement que vous exercez une seconde activité professionnelle distincte de celle exercée au sein de notre société, et ce, durant votre arrêt de travail et pendant vos horaires contractuels habituels. Afin de s'assurer de ces dires, nous avons été contraints d'obtenir, par voie judiciaire, la désignation d'un huissier afin de constater ces faits. Me P..., huissier de justice à Paris, a ainsi été désignée par ordonnance en date du 4 juin 2012 rendue par Mme le président du tribunal de grande instance de Paris, et a pu constater votre activité au sein de la société « bois de lune », dont vous êtes l'unique associée. En effet, Me P... s'est présentée dans votre boutique le mercredi 6 juin 2012 à 16 heures, et a pu constater votre activité le jour de son passage. Aux termes du procès-verbal d'huissier dressé par Me P..., vous vous trouviez effectivement à cet horaire dans les locaux de la société « bois de lune », situés [...], qui plus est, seule, vous occupant ainsi de la boutique, accueillant les clients et exposants, et utilisant l'ordinateur de cette boutique, ce qui ne laisse subsister aucun doute quant à l'exercice d'une activité réelle et régulière au sein de cette société. Pourtant, vos arrêts de travail pour raisons médicales interdisent de travailler alors que vous disposez d'un contrat de travail exécuté au sein de notre société. Ces pratiques constituent un manquement grave à votre obligation de loyauté, violant ainsi votre contrat de travail par l'exercice d'une activité rémunérée distincte au cours de ces arrêts de travail et durant vos horaires de travail habituels, tels qu'ils ont été définis par votre contrat de travail. Un tel comportement constitue une violation manifeste de l'obligation de loyauté à laquelle vous êtes tenus, même durant vos arrêts maladie, rendant impossible votre maintien au sein de notre entreprise. Il s'avère que les documents saisis à cette occasion démontrent étonnamment que vous étiez devenue associée unique de la société « bois de lune » depuis le 28 octobre 2011, mais que vous avez régularisé les actes de cession uniquement le 21 février 2012 auprès de la recette des impôts, puis ensuite au registre du commerce et des sociétés, c'est-à-dire après le début de vos arrêts maladie. Il apparaît de surcroît que vos arrêts de travail pour raisons

médicales vous ont fait bénéficier du maintien d'une partie de votre salaire par notre société, ainsi que d'indemnités journalières de la sécurité sociale (IJSS) de la part de la caisse primaire d'assurance-maladie depuis le 18 janvier 2011. Il en résulte ainsi une véritable fraude aux droits de la société Madison Diamonds puisque ces versements ont été effectués alors que vous disposiez d'une autre activité. Votre activité au sein de votre boutique « bois de lune » et votre attitude conduise donc un véritable préjudice pour la société Madison Diamonds qui a maintenu votre salaire durant vos arrêts maladie. Ces faits pourraient également constituer une fraude aux droits de la CPAM qui vous indemnise en dépit d'une activité parallèle. En conséquence, compte tenu de ces faits, nous vous notifions par la présente votre licenciement pour faute grave. En effet, de tels agissements de votre part ne peuvent permettre d'envisager une continuation pendant votre préavis des relations contractuelles vous liant à la société Madison Diamonds. C'est la raison pour laquelle la faute grave est retenue à juste titre, et votre licenciement prend donc effet immédiatement » ; que, pour affirmation et requalification du licenciement en licenciement sans cause réelle sérieuse, Mme S... F... fait essentiellement plaider qu'après avoir subi le comportement caractériel de son employeur marqué notamment par une rétrogradation en novembre 2011 à l'origine d'un état dépressif et de stress, elle a été victime de sa part d'un jet de loupe la veille de son placement en arrêt maladie à compter du 18 janvier 2012, qu'elle était associée sans être gérante d'une société de vente de cadeaux et de bibelot « bois de lune », sans percevoir la moindre rémunération à ce titre ; que Mme S... F... indique que bénéficiant de sorties autorisées, elle était présente bénévolement dans la boutique en dehors des heures correspondant à son temps de travail chez son employeur qui ne pouvait ignorer que depuis son passage à temps partiel elle avait une autre activité et depuis la plainte pour le vol de diamants qu'elle était co-associée dans la société « bois de lune », de sorte que les conditions pour que son comportement soit qualifié de fautif, ne sont pas réunies, a fortiori des lors que l'activité de sa société n'était ni concurrente ni chronophage ni rémunérée ; que la société Madison Diamonds rétorque que la salariée associée avec trois autres personnes de la société « bois de lune » a multiplié les arrêts maladie, que s'il y a bien eu un énervement de sa part, le jet de loupe allégué qui a fait l'objet d'une main courante n'a jamais existé, qu'en revanche Mme S... F... devenue associée unique de la société en février 2011, ne peut soutenir que sa présence au sein de la boutique qui a perduré au-delà du constat de l'huissier était limitée à une heure en remplacement d'une amie, fût-elle confirmée par la gérante non-rémunérée de la société ; que la société Madison Diamonds expose en outre que l'exercice par la salariée de tout autre activité non-autorisée par l'employeur viole son obligation de loyauté, quand bien même elle serait à titre gratuit, que cette activité qui abonde son compte courant lui est profitable alors qu'au surplus elle a bénéficié du maintien de son salaire pendant son arrêt maladie, que la salariée ne peut légitimer sa situation pendant ses arrêts de travail, que l'autorisation de sortie ne lui permettait pas pour autant d'exercer une activité sans accord préalable ; qu'en l'espèce, il résulte des pièces produites aux débats qu'aux termes de l'avenant du contrat de travail écrit de Mme S... F... du 1er avril 1994, signé le 1er janvier 2002, cette dernière travaillait pour la société Madison Diamonds les mardis et mercredis de 9h30 à 13 heures et de 14h30 à 18 heures et le jeudi de 9h30 à 11 heures et que l'huissier, autorisé en cela par ordonnance sur requête de la présidente du tribunal de grande instance de Paris, s'est présentée le mercredi 6 mai à 16 heures à la boutique de la société « bois de lune » où se trouvait seule Mme S... F... affairée à l'ordinateur situé au fond et accueillant par le tutoiement une exposante qu'elle connaissait manifestement, de sorte qu'il est établi que la salariée exerçait une activité professionnelle dans le cadre d'une société qui n'était pas son employeur, à une heure et un jour ou en raison d'un arrêt maladie, le contrat de travail la liant à cet employeur était suspendu ; qu'à cet égard, il est établi que la salariée a continué à percevoir un complément de salaire versé par son employeur pendant son arrêt maladie mais avait un compte courant d'associé établi à 64.500 € au 31 décembre 2011 et porté à 76.467,84 € au 31 décembre 2012, de sorte que non seulement l'employeur justifie du préjudice qui en résulte mais qu'il ne peut être soutenu par la salariée que son activité était bénévole, de surcroît compte tenu des développements qui précèdent, occasionnelle ; qu'en conséquence et peu importe l'absence de caractère concurrentiel de l'activité de cette boutique, le régime de sorties libres de l'arrêt de travail ou la connaissance qu'avait l'employeur de l'existence de la société « bois de lune » et de la qualité d'associée de la salariée, voire le contexte probablement conflictuel à l'origine de cet arrêt de travail pour maladie ordinaire de la salariée, il y a lieu de déclarer que l'exercice de cette activité au sein de la société « bois de lune » constitue une faute qui, par la déloyauté qu'elle caractérise, est d'une gravité telle qu'elle fait obstacle à la poursuite du contrat de travail ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de réformer le jugement entrepris et de déclarer le licenciement de Mme S... F... pour faute grave fondé et de débouter la salariée des demandes formées à ce titre et par voie de conséquence de la condamner à verser à son employeur 2.994,47 € en remboursement de la somme perçue au titre du maintien des salaires, outre 800 € au titre des frais de huissier exposés par l'employeur pour les besoins de la procédure disciplinaire ;

ALORS QU'en l'absence de contre-visite médicale organisée par l'employeur dans les conditions prévues par l'article L.

1226-1 du code du travail, l'indemnité complémentaire à l'allocation journalière de sécurité sociale prévue par ce texte est due au salarié, nonobstant l'exercice par lui d'une activité tierce au cours d'un de ses arrêts de travail ; qu'en condamnant Mme S... F... à payer à la société Madison Diamonds la somme de 2.994,47 € en remboursement de la somme perçue au titre du maintien de salaire sur le fondement d'un procès-verbal établi par un huissier de justice, sans constater que l'employeur avait usé de sa faculté d'organiser une contre-visite médicale dans les conditions prévues par l'article L. 1226-1 du code du travail et que celle-ci avait abouti à la remise en cause de la justification médicale de l'arrêt de travail, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1221-1, L. 1226-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné Mme S... F... à payer à la société Madison Diamonds la somme de 800 € au titre des frais d'huissier exposés ;

AUX MOTIFS QUE la lettre de licenciement qui circonscrit les limites du litige et qui lie juge, est ainsi rédigée : « nous avons à déplorer de votre part un comportement constitutif d'une faute grave. Depuis 18 janvier 2012 vous nous avez adressé différents arrêts de travail pour raisons médicales, et ceci de manière ininterrompue. Le dernier est établi jusqu'au 4 septembre. Cependant, nous avons appris fortuitement que vous exercez une seconde activité professionnelle distincte de celle exercée au sein de notre société, et ce, durant votre arrêt de travail et pendant vos horaires contractuels habituels. Afin de s'assurer de ces dires, nous avons été contraints d'obtenir, par voie judiciaire, la désignation d'un huissier afin de constater ces faits. Me P..., huissier de justice à Paris, a ainsi été désignée par ordonnance en date du 4 juin 2012 rendue par Mme le président du tribunal de grande instance de Paris, et a pu constater votre activité au sein de la société « bois de lune », dont vous êtes l'unique associée. En effet, Me P... s'est présentée dans votre boutique le mercredi 6 juin 2012 à 16 heures, et a pu constater votre activité le jour de son passage. Aux termes du procès-verbal d'huissier dressé par Me P..., vous vous trouviez effectivement à cet horaire dans les locaux de la société « bois de lune », situés [...], qui plus est, seule, vous occupant ainsi de la boutique, accueillant les clients et exposants, et utilisant l'ordinateur de cette boutique, ce qui ne laisse subsister aucun doute quant à l'exercice d'une activité réelle et régulière au sein de cette société. Pourtant, vos arrêts de travail pour raisons médicales interdisent de travailler alors que vous disposez d'un contrat de travail exécuté au sein de notre société. Ces pratiques constituent un manquement grave à votre obligation de loyauté, violant ainsi votre contrat de travail par l'exercice d'une activité rémunérée distincte au cours de ces arrêts de travail et durant vos horaires de travail habituels, tels qu'ils ont été définis par votre contrat de travail. Un tel comportement constitue une violation manifeste de l'obligation de loyauté à laquelle vous êtes tenus, même durant vos arrêts maladie, rendant impossible votre maintien au sein de notre entreprise. Il s'avère que les documents saisis à cette occasion démontrent étonnamment que vous étiez devenus associée unique de la société « bois de lune » depuis le 28 octobre 2011, mais que vous avez régularisé les actes de cession uniquement le 21 février 2012 auprès de la recette des impôts, puis ensuite au registre du commerce et des sociétés, c'est-à-dire après le début de vos arrêts maladie. Il apparaît de surcroît que vos arrêts de travail pour raisons médicales vous ont fait bénéficier du maintien d'une partie de votre salaire par notre société, ainsi que d'indemnités journalières de la sécurité sociale (IJSS) de la part de la caisse primaire d'assurance-maladie depuis le 18 janvier 2011. Il en résulte ainsi une véritable fraude aux droits de la société Madison Diamonds puisque ces versements ont été effectués alors que vous disposiez d'une autre activité. Votre activité au sein de votre boutique « bois de lune » et votre attitude conduisent donc un véritable préjudice pour la société Madison Diamonds qui a maintenu votre salaire durant vos arrêts maladie. Ces faits pourraient également constituer une fraude aux droits de la CPAM qui vous indemnise en dépit d'une activité parallèle. En conséquence, compte tenu de ces faits, nous vous notifions par la présente votre licenciement pour faute grave. En effet, de tels agissements de votre part ne peuvent permettre d'envisager une continuation pendant votre préavis des relations contractuelles vous liant à la société Madison Diamonds. C'est la raison pour laquelle la faute grave est retenue à juste titre, et votre licenciement prend donc effet immédiatement » ; que, pour affirmation et requalification du licenciement en licenciement sans cause réelle sérieuse, Mme S... F... fait essentiellement plaider qu'après avoir subi le comportement caractériel de son employeur marqué notamment par une rétrogradation en novembre 2011 à l'origine d'un état dépressif et de stress, elle a été victime de sa part d'un jet de loupe la veille de son placement en arrêt maladie à compter du 18 janvier 2012, qu'elle était associée sans être gérante d'une société de vente de cadeaux et de bibelot « bois de lune », sans percevoir la moindre rémunération à ce titre ; que Mme S... F... indique que bénéficiant de sorties autorisées, elle était présente bénévolement dans la boutique en dehors des heures

correspondant à son temps de travail chez son employeur qui ne pouvait ignorer que depuis son passage à temps partiel elle avait une autre activité et depuis la plainte pour le vol de diamants qu'elle était co-associée dans la société « bois de lune », de sorte que les conditions pour que son comportement soit qualifié de fautif, ne sont pas réunies, a fortiori des lors que l'activité de sa société n'était ni concurrente ni chronophage ni rémunérée ; que la société Madison Diamonds rétorque que la salariée associée avec trois autres personnes de la société « bois de lune » a multiplié les arrêts maladie, que s'il y a bien eu un énervement de sa part, le jet de loupe allégué qui a fait l'objet d'une main courante n'a jamais existé, qu'en revanche Mme S... F... devenue associée unique de la société en février 2011, ne peut soutenir que sa présence au sein de la boutique qui a perduré au-delà du constat de l'huissier était limitée à une heure en remplacement d'une amie, fût-elle confirmée par la gérante non-rémunérée de la société ; que la société Madison Diamonds expose en outre que l'exercice par la salariée de tout autre activité non-autorisée par l'employeur viole son obligation de loyauté, quand bien même elle serait à titre gratuit, que cette activité qui abonde son compte courant lui est profitable alors qu'au surplus elle a bénéficié du maintien de son salaire pendant son arrêt maladie, que la salariée ne peut légitimer sa situation pendant ses arrêts de travail, que l'autorisation de sortie ne lui permettait pas pour autant d'exercer une activité sans accord préalable ; qu'en l'espèce, il résulte des pièces produites aux débats qu'aux termes de l'avenant du contrat de travail écrit de Mme S... F... du 1er avril 1994, signé le 1er janvier 2002, cette dernière travaillait pour la société Madison Diamonds les mardis et mercredis de 9h30 à 13 heures et de 14h30 à 18 heures et le jeudi de 9h30 à 11 heures et que l'huissier, autorisé en cela par ordonnance sur requête de la présidente du tribunal de grande instance de Paris, s'est présentée le mercredi 6 mai à 16 heures à la boutique de la société « bois de lune » où se trouvait seule Mme S... F... affairée à l'ordinateur situé au fond et accueillant par le tutoiement une exposante qu'elle connaissait manifestement, de sorte qu'il est établi que la salariée exerçait une activité professionnelle dans le cadre d'une société qui n'était pas son employeur, à une heure et un jour ou en raison d'un arrêt maladie, le contrat de travail la liant à cet employeur était suspendu ; qu'à cet égard, il est établi que la salariée a continué à percevoir un complément de salaire versé par son employeur pendant son arrêt maladie mais avait un compte courant d'associé établi à 64.500 € au 31 décembre 2011 et porté à 76.467,84 € au 31 décembre 2012, de sorte que non seulement l'employeur justifie du préjudice qui en résulte mais qu'il ne peut être soutenu par la salariée que son activité était bénévole, de surcroît compte tenu des développements qui précèdent, occasionnelle ; qu'en conséquence et peu importe l'absence de caractère concurrentiel de l'activité de cette boutique, le régime de sorties libres de l'arrêt de travail ou la connaissance qu'avait l'employeur de l'existence de la société « bois de lune » et de la qualité d'associée de la salariée, voire le contexte probablement conflictuel à l'origine de cet arrêt de travail pour maladie ordinaire de la salariée, il y a lieu de déclarer que l'exercice de cette activité au sein de la société « bois de lune » constitue une faute qui, par la déloyauté qu'elle caractérise, est d'une gravité telle qu'elle fait obstacle à la poursuite du contrat de travail ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de réformer le jugement entrepris et de déclarer le licenciement de Mme S... F... pour faute grave fondé et de débouter la salariée des demandes formées à ce titre et par voie de conséquence de la condamner à verser à son employeur 2.994,47 € en remboursement de la somme perçue au titre du maintien des salaires, outre 800 € au titre des frais de huissier exposés par l'employeur pour les besoins de la procédure disciplinaire ;

ALORS QUE le juge est tenu de donner un fondement juridique aux condamnations qu'il prononce ; qu'en condamnant dès lors Mme S... F... à payer à la société Madison Diamonds la somme de 800 € au titre des frais d'huissier exposés par elle pour les besoins de la procédure disciplinaire, sans préciser le fondement juridique de cette condamnation, la cour d'appel a violé l'article 12 du code de procédure civile.