

## La dispense d'activité durant la procédure de licenciement : entre droit et abus...

La Cour de cassation vient de rappeler récemment que la mise à pied à titre conservatoire n'entraîne pas automatiquement de préjudice distinct, sauf à caractériser les circonstances vexatoires ou l'existence d'un préjudice autre que celui résultant du licenciement. Une jurisprudence qui n'est pas sans rappeler les procédés vexatoires issus du droit américain sur lesquels nous revenons aujourd'hui à travers différents arrêts.

*Cass. soc., 10 janv. 2018, n°16-14.277 D*

Cet arrêt amène à s'interroger sur le procédé utilisé par l'employeur consistant à dispenser d'activité le salarié durant la procédure de licenciement avec paiement du salaire ou dans le cadre d'une mise à pied à titre conservatoire privant le salarié de toute rémunération.

En effet, il a pu être constaté de telles pratiques « à l'américaine » qui consistent pour l'employeur à convoquer le salarié à un entretien préalable à un éventuel licenciement et lui ordonner de quitter, sur le champ, l'entreprise ne lui laissant que quelques minutes pour réunir ses affaires personnelles sans être en mesure de saluer ses collègues, et, sans que le motif qui sera allégué dans la lettre de licenciement ne justifie une telle manière de procéder.

De façon particulièrement violente et soudaine, le salarié se trouve ainsi exclu de l'entreprise et de la communauté des travailleurs.

S'agit-il d'un droit pour l'employeur ? Dans quelles conditions ce droit peut dégénérer en abus et ouvrir droit à indemnisation pour le salarié ? Un panorama de jurisprudences établi à partir de décisions rendues par les juges du fond ces dernières années, permet de déterminer les droits des salariés en la matière.

### Un droit pour l'employeur ?

Il apparaît bon de rappeler que le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi (C. trav., art. L. 1222-1).

Dans ce cadre, l'employeur doit fournir du travail au salarié. Toutefois, il a été admis

que l'employeur peut dispenser un salarié d'activité s'il maintient la rémunération du salarié et l'ensemble des avantages liés à l'exécution du contrat de travail, sauf dans l'hypothèse d'une mise à pied à titre conservatoire (Cass. soc., 11 juill. 2012, n°11-15.649).

La dispense d'activité avec maintien de salaire doit être expresse et donc écrite par l'employeur. Dans ces conditions, le salarié ne pourra pas s'opposer à la dispense d'activité. Il devra s'assurer d'avoir en sa possession un écrit clair et non équivoque de son employeur quant au maintien de sa rémunération durant la procédure de licenciement dès lors qu'il ne lui est pas notifié une mise à pied à titre conservatoire le privant de salaire.

### Un droit qui peut dégénérer en abus

#### Un abus au regard du caractère vexatoire d'un tel procédé

Si la dispense s'accompagne d'un comportement désobligeant ou vexatoire de l'employeur, **le salarié peut obtenir des dommages-intérêts distincts** des condamnations obtenues en raison du caractère abusif ou sans cause réelle et sérieuse du licenciement (Cass. soc., 27 févr. 1996, n° 92-42.460). En effet, cette mesure de protection pour la société ne doit pas s'accompagner de mesures vexatoires ou particuliè-



Jonathan Cadot,  
Avocat associé,  
Cabinet Lepany  
& Associés



Camille Berlan,  
Avocat, Cabinet  
Lepany & Associés

rement stigmatisantes envers le salarié (*Cass. soc.*, 6 janv. 2010, n° 08-44.218).

Le fait pour un salarié d'être écarté de la communauté de travail et de se voir exclure de l'entreprise même en continuant à être payé peut être considéré comme vexatoire.

C'est ainsi qu'ont été reconnues comme vexatoires les situations suivantes :

- **L'empressement de la société d'éloigner le salarié et de le dispenser d'activité dès la convocation à entretien préalable** alors même que des mesures conservatoires n'étaient pas justifiées par les motifs du licenciement pour insuffisance professionnelle.

Le salarié a obtenu 4 mois de salaire de dommages et intérêts pour condition vexatoire de la rupture, le conseil de prud'hommes jugeant par ailleurs son licenciement fondé (*CPH Paris sect. com.* 12 avr. 2013, n° 12/05616)

- **L'interdiction de l'accès aux locaux et faire disparaître toute trace de la présence du salarié au sein de l'entreprise de manière soudaine**, en lui demandant de restituer son badge d'accès, son téléphone portable personnel et de vider son bureau, sans que les circonstances ne l'exigent, cela caractérisant des conditions vexatoires pour le salarié et portent nécessairement préjudice.

Le salarié, licencié pour motif personnel, a obtenu 2 mois de salaire de dommages et intérêts pour licenciement dans des conditions vexatoires, le conseil de prud'hommes jugeant par ailleurs son licenciement fondé (*CPH Paris, sect. encad.*, 19 févr. 2016, n° 13/04784)

- **La dispense d'activité à l'issue de l'entretien préalable** soit avant même que la société n'ait pris une décision définitive et notifié le licenciement et **alors même que le salarié était attendu par les membres de la société et des clients pour participer à un séminaire de travail**. Cette attitude de l'employeur constitue une précipitation blâmable et présente un caractère vexatoire.

Le salarié a obtenu 2 mois de salaire de dommages et intérêts pour licenciement dans des conditions vexatoires, la Cour d'appel a jugé par ailleurs son licenciement fondé (*CA Paris* 18 mars 2010 n° 07/03953)

- **La salariée s'est vue notifiée sa dispense d'activité dès notification de sa convocation à entretien préalable**, alors même qu'elle était licenciée pour insuffisance professionnelle.

Le conseil de prud'hommes a reconnu **qu'une telle mesure pouvait laisser penser aux collègues de la salariée que celle-ci avait commis une faute grave** et qu'elle conduisait à acter que, dès la convocation à entretien préalable, la mesure de licenciement avait déjà été prise. Le conseil a octroyé un mois de salaire de dommages et intérêts pour licenciement vexatoire qui s'est cumulé avec l'indemnité de licenciement sans cause réelle et

sérieuse. (*CPH Paris section encadrement* 25 janvier 2018 n° 17/00028)

**Notre point de vue** : il est à conseiller au salarié faisant l'objet d'une dispense d'activité d'acter le jour même des circonstances dans lesquelles elle intervient dans un écrit à destination de son employeur et d'obtenir, dans la mesure possible, des attestations et écrits de collègues ayant pu constater les faits dénoncés.

## Un abus au regard de l'atteinte aux droits de la défense

L'article 6 de la CEDH dispose que tout procès se déroule dans des conditions équitables et dans le respect des droits de la défense. La Cour de cassation a reconnu l'applicabilité de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme à la procédure disciplinaire au sein de l'entreprise (*Cass soc.*, 18 oct. 2017, n° 16-16.462).

Selon les motifs du licenciement du salarié, la charge de la preuve va être supportée par l'employeur (sur la gravité de la faute) ou être partagée entre l'employeur et le salarié (licenciement pour insuffisance professionnelle ou de résultat par exemple).

Il en va de même concernant l'exécution fautive du contrat de travail. À titre d'exemple, le salarié qui a effectué des heures supplémentaires non payées et qui entend faire valoir ses droits devant le conseil de prud'hommes doit être en mesure de rapporter des éléments de nature à étayer sa demande.

Aussi, **le salarié qui souhaite se défendre dans le cadre d'un contentieux l'opposant à son employeur doit pouvoir obtenir des pièces dont il a eu accès dans l'exercice de ses fonctions** pour répondre aux griefs invoqués dans la lettre de licenciement.

Les tribunaux rappellent que si le salarié n'a pas été mesuré, en raison de la dispense précipitée d'activité, de préparer sa défense alors il peut obtenir des dommages et intérêts distincts.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a pu décider que la dispense d'activité, alors que la société ne justifiait pas d'un trouble au fonctionnement de l'entreprise, dans le cadre d'un licenciement pour faute grave, était vexatoire. Dans cette affaire, le salarié n'a pas pu accéder à son poste de travail et n'a donc pas pu préparer utilement sa défense. Le salarié a obtenu un mois de salaire de dommages et intérêts pour atteinte aux droits de la défense ainsi qu'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (*CA Paris*, 22 nov. 2016 n° 15/13348).

**Notre point de vue** : au regard de telles situations, il ne peut être que conseillé au salarié de garder en sa possession les éventuels documents ou mails auxquels il a eu accès dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail, surtout, s'il craint que son employeur envisage d'initier une procédure de licenciement à son encontre.

Il sera rappelé qu'il est admis qu'un salarié récupère des documents de l'entreprise à condition que le salarié en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et que lesdits documents soient nécessaires à la défense à venir du salarié (*Cass. crim.*, 11 mai 2004, n°03-85521).

Si le salarié a été privé de la possibilité de réunir les éléments nécessaires à sa défense, il peut faire une demande

formelle à son employeur d'avoir accès à son outil de travail de nature à pouvoir être en mesure d'utilitément s'expliquer sur les griefs qui lui sont/seront reprochés. Si aucune disposition légale n'impose à l'employeur de faire droit à une telle demande, il est certain que la fin de non-recevoir de l'employeur sera prise en compte par la juridiction prud'homale dans le cadre de son appréciation du dossier et du non-respect des droits de la défense.

## Imputation du salaire d'une permanente mis à disposition du CE par l'employeur sur le budget de fonctionnement



Marie-Charlotte  
Tual,  
Rédactrice en chef

**Si l'employeur met à la disposition du CE une permanente chargée de tâches administratives, sans que ce moyen soit considéré comme un moyen supplémentaire devant s'ajouter au budget de fonctionnement, son salaire peut être déduit de ce même budget.**

*Cass. soc.*, 28 févr. 2018, n° 16-25.300 D

### Conditions d'imputabilité des sommes ou moyens en personnel

Le Code du travail prévoit que la subvention de fonctionnement s'ajoute à la subvention destinée aux activités sociales et culturelles (ASC), sauf si l'employeur « fait déjà bénéficier le comité d'entreprise d'une somme ou de moyens en personnel équivalents à 0,20 % de la masse salariale brute » pour le CE (*ancien C. trav.*, art. L. 2325-43).

Cette règle signifie que l'employeur peut imputer la subvention de fonctionnement des frais relatifs aux moyens qu'il met à la disposition du CE, tant humain que matériel, et qui sont liés au fonctionnement du CE. Si le montant total équivaut à 0,2 % de la masse salariale alors aucune subvention de fonctionnement n'est due. S'il est inférieur, l'employeur doit reverser au comité

la différence entre le budget légal et les moyens qu'il a mis à la disposition du CE.

Cette possibilité offerte à l'employeur ne nécessite aucun accord préalable du CE : il peut procéder à cette déduction de son propre chef (*Cass. soc.*, 25 oct. 2017, n° 16-10.573 ; voir *Les Cahiers Lamy du CE* n° 176, p. 13). Toutefois, l'administration précise que le comité peut, par délibération, décider de renoncer totalement ou partiellement à ces avantages et obtenir, en contrepartie, le versement de la subvention (*Circ. DRT*, 6 mai 1983, *BO Trav.* 1983, n° 23). Même si cette circulaire date des lois « Auroux » et de la création du budget de fonctionnement, elle reste d'actualité.

### Frais imputables ou non

Tous les frais liés au fonctionnement du CE ne sont pas pour autant imputables sur ce 0,2%. Impossible par exemple pour l'employeur d'enlever les frais que la loi lui