



Master II Droit social

Année universitaire 2008/2009

**LA DEMISSION S'ANALYSANT EN UNE PRISE
D'ACTE DE LA RUPTURE
DU CONTRAT DE TRAVAIL**

Rapport de stage présenté par

Sophie Patard

Rédigé sous la direction

de Monsieur René De Quénaudon

Stage réalisé au sein du Cabinet d'avocats Leva à Strasbourg

REMERCIEMENTS

Je tiens vivement à remercier Monsieur René De Quénaudon pour sa disponibilité et pour ses précieux conseils.

Je remercie Maître Monique Leva pour m'avoir accueillie au sein de son cabinet, m'avoir formée et guidée tout au long de ces six mois de stage.

Je remercie également toute l'équipe du Cabinet d'avocats Leva pour leur accueil et leur soutien.

SOMMAIRE DETAILLE

REMERCIEMENTS.....	2
SOMMAIRE DETAILLE	3
INTRODUCTION GENERALE :.....	5
PREMIERE PARTIE :	
PRESENTATION DU STAGE EN CABINET D'AVOCATS.....	7
Section 1 : Présentation du cabinet d'avocats.....	8
§1 L'historique du cabinet d'avocats.....	8
§2 La composition actuelle du cabinet d'avocats.....	8
A. Les avocates.....	9
B. Les secrétaires.....	9
Section 2 : Les travaux réalisés dans le cadre de mon stage	10
§1 Les activités de conseil	10
A. La réception de clients	11
B. Les recherches juridiques	12
C. La rédaction de consultations et de notes.....	13
§2 Les activités de contentieux.....	13
A. La rédaction de conclusions.....	14
B. La rédaction de courriers	16
C. La plaidoirie et sa préparation.....	17
D. Le traitement complet d'une affaire	18
Conclusion.....	20
SECONDE PARTIE : LA DEMISSION S'ANALYSANT EN UNE PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE.....	21
Introduction.....	22
Section 1 : L'articulation entre démission et prise d'acte de la rupture par le salarié : l'assimilation jurisprudentielle de la démission à une prise d'acte	26
§1 Le droit de la démission : un mode de résiliation autonome	26
A. Définition et critères de qualification.....	26
1. Une volonté libre, consciente et licite	27
2. Une volonté claire et non équivoque :	29
B. La contestation de sa démission par le salarié antérieurement aux arrêts des 15 mars et 13 décembre 2006.....	31
1. La contestation de la démission en raison d'un vice du consentement 32	
2. La requalification de la démission en raison de manquements imputables à l'employeur	34
C. Les suites de la démission du salarié.....	36
1. La situation du salarié démissionnant de manière abusive	36
2. La rétractation du salarié suite à sa démission.....	37
§2 L'irruption d'un nouveau mode de résiliation : la prise d'acte.....	38
A. Notion et portée de la prise d'acte.....	38

1. La notion de prise d'acte : un mode de rupture de plus en plus fréquent :	38
2. La portée de la prise d'acte :	44
B. L'articulation entre prise d'acte et autres modes de rupture du contrat de travail.....	46
1. La prise d'acte et les autres modes de rupture à l'initiative du salarié	46
2. La prise d'acte et les modes de rupture à l'initiative de l'employeur	50
Section 2 : Le régime juridique de la démission s'analysant en prise d'acte	53
§1. Les conditions de la démission s'analysant en prise d'acte	53
A. La démission motivée par des griefs reprochés à l'employeur.....	53
1. L'office du juge : l'appréciation de la gravité des griefs	53
2. La preuve en matière de prise d'acte	56
B. L'absence de motivation de la démission : l'apport des arrêts du 9 mai 2007	60
1. L'importance des circonstances entourant la démission	60
2. Un délai raisonnable à respecter entre la démission et sa contestation	63
§2. Les effets de la démission s'analysant en prise d'acte	64
A. La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.....	64
1. Le versement des indemnités dues au salarié	65
2. L'attribution de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse	68
B. La prise d'acte s'analysant en une démission.....	69
1. Le paiement par le salarié d'une indemnité compensatrice de préavis à l'employeur	69
2. Un risque financier important pour le salarié	71
CONCLUSION	74
BIBLIOGRAPHIE	78
Ouvrages généraux.....	78
Articles de Doctrine	78
Jurisprudence.....	80
ANNEXES.....	84
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	85

INTRODUCTION GENERALE

Elève à l'Ecole Régionale des Avocats du Grand Est (Promotion 2008), j'ai choisi d'effectuer un Master II Droit Social voie professionnelle dans le cadre de mon projet pédagogique individuel.

Le Master II Droit Social de la Faculté Robert Schuman s'achève par un stage d'une durée de trois mois minimum, que les étudiants peuvent effectuer au sein de la structure de leur choix.

En tant qu'élève avocate, je me devais d'effectuer ce stage dans un cabinet d'avocats, ce stage devant se dérouler sur une période de six mois.

C'est pourquoi, dès le mois de juillet 2008, j'ai intégré le cabinet d'avocats LEVA, cabinet à dominante sociale, afin d'effectuer un stage qui s'intégrerait à la fois dans le cursus de l'ERAGE et dans celui du Master II.

La seconde partie de mon stage s'est déroulée de mars à juillet 2009.

Le présent rapport a pour objectif de présenter mon stage au sein du cabinet mais également de proposer une étude juridique portant sur un thème traité durant cette période.

La seconde partie sera consacrée à l'étude d'un thème qu'il m'a été donné de traiter au travers de plusieurs dossiers. Maître Leva ne m'a imposé aucun thème prédéterminé et c'est ensemble que nous avons réfléchi au choix de mon sujet, en tenant compte à la fois de l'intérêt juridique du thème et du nombre de dossiers que j'ai eu l'occasion de traiter le concernant.

Ainsi, dans une première partie, je m'attacherai à présenter le cabinet d'avocats ainsi que les missions qui m'ont été attribuées.

C'est donc la prise d'acte de la rupture qui a retenu mon attention, et plus particulièrement la démission s'analysant en une prise d'acte.

En effet, dès le mois de juillet 2008, j'ai travaillé sur trois dossiers ayant trait à la prise d'acte. J'ai encore eu l'occasion d'appréhender ce thème lors de la seconde partie de mon stage et d'assister aux plaidoiries des dossiers que j'avais préparés durant l'été 2008, ce qui me permet d'avoir aujourd'hui une vision globale de la procédure prud'homale relative à la prise d'acte.

J'ai également eu accès aux archives du cabinet, ce qui m'a permis de me pencher sur des dossiers dont le jugement a été déjà été rendu et d'appréhender la façon dont le conseil des prud'hommes puis la cour d'appel traitent des litiges relatifs à la prise d'acte.

Le fractionnement de mon stage en deux périodes m'a ainsi donné l'occasion de traiter de dossiers dans leur intégralité, de la réception du client à la plaidoirie et pour certains au prononcé du délibéré.

**PREMIERE PARTIE :
PRESENTATION DU STAGE
EN CABINET D'AVOCATS**

Avant d'exposer l'ensemble des missions qui m'ont été attribuées (II), il convient de présenter la structure qui m'a accueillie pendant la durée de mon stage (I).

Section I : Présentation du cabinet d'avocats

Nous nous attacherons à retracer l'historique du cabinet d'avocats LEVA (§1) avant que de présenter sa composition actuelle (§2).

§1 L'historique du cabinet d'avocats

Inscrite au Barreau de Strasbourg, Maître Monique Leva exerce comme avocate libérale, ayant créé son propre cabinet en 1980.

Madame Agnès Morel travaille aux côtés de Maître Leva depuis 1974 en qualité de secrétaire juridique. Elle a été rejointe à ce poste par Madame Jeanine Muller en 1992.

En février 1999, Maître Laurence Delanchy a intégré la structure en tant que collaboratrice libérale.

Originellement situé Rue Louis Apffel, le cabinet a été transféré Rue Auguste Lamey en 1998, ce qui constitue une position stratégique puisque situé à deux pas du conseil des prud'hommes de Strasbourg, non loin du tribunal de grande instance ainsi que du tribunal administratif et à proximité des transports en commun afin de rejoindre rapidement le conseil des prud'hommes de Schiltigheim ainsi que l'annexe du tribunal de grande instance située Place d'Islande à Strasbourg.

Le cabinet a été réaménagé en 2007 et accueille depuis lors des œuvres d'une artiste peintre et plasticienne, Flore Sigrist.

§2 La composition actuelle du cabinet d'avocats

Le cabinet est composé de six personnes : quatre avocates, dont deux sont en communauté de bureaux (A) et deux secrétaires (B).

A. Les avocates

Maître Monique Leva :

Maître Monique Leva est titulaire d'une spécialisation en Droit social. De ce fait, bien que le cabinet soit une structure généraliste qui traite de tous les contentieux, un volume important des dossiers concerne des litiges relatifs au droit du travail.

Maître Leva conseille autant les entreprises que les particuliers et exerce à la fois une activité de conseil et de contentieux.

Maître Laurence Delanchy :

Maître Laurence Delanchy intervient aux côtés de Maître Leva en qualité de collaboratrice depuis février 1999.

Titulaire d'un DESS de Droit des Affaires, elle traite autant de dossiers de droit du travail que de droit de la famille, de droit de la réparation du préjudice corporel etc...

Maître Saida Bouchti et Maître Isabelle Huet-Duranton :

Ces avocates travaillent en communauté de bureaux, ce qui signifie qu'elles profitent des locaux et notamment de la salle d'attente pour les clients en contrepartie d'un loyer.

Elles ont cependant une activité totalement indépendante de celle de Maître Leva et Maître Delanchy.

B. Les secrétaires

Le secrétariat est assuré par Mesdames Agnès Morel et Jeanine Muller.

Leurs horaires de travail sont tels que les clients sont accueillis en continu du lundi au vendredi de 8 heures à 18 heures, ce qui constitue un atout considérable pour un cabinet d'avocats.

Mesdames Morel et Muller s'occupent aussi bien de l'accueil téléphonique que de la réception des clients, de la saisie informatique des mémoires et courriers, de l'émission et du recouvrement des factures, des reproductions ou encore de la mise à jour des dossiers, autant de tâches indispensables et qui assurent au cabinet sa pérennité.

Durant mon stage, j'ai pris conscience de la charge très importante de travail des secrétaires qui sont sans cesse amenées à jongler entre différentes tâches.

Leur travail demande une rigueur toute particulière. A titre d'exemple, ce sont les secrétaires qui prennent note des dates d'audience et ce sont également elles qui réceptionnent les courriers d'huissiers suite à la signification des jugements et notent les délais d'appel ou de cassation. Or passé ce délai, toute initiative serait forclosée, si bien qu'une responsabilité importante repose sur les secrétaires.

Section 2 : Les travaux réalisés dans le cadre de mon stage

Il s'agissait de mon premier stage de longue durée dans un cabinet d'avocats¹.

Maître Leva m'a pourtant immédiatement accordé sa confiance en m'attribuant des dossiers sur des thèmes très variés de droit social, me laissant une très grande autonomie dans la gestion des dossiers.

Mon activité au sein du cabinet a été très diversifiée, ce qui m'a permis d'enrichir mes connaissances juridiques mais également de découvrir les aspects pratiques de la profession d'avocat.

J'ai participé aussi bien aux activités de conseil (§1) qu'aux activités de contentieux (§2).

§1 Les activités de conseil

Maître Leva m'a rapidement intégrée dans ses relations avec la clientèle, en me permettant d'assister à la réception de clients (A) mais également en me chargeant de les renseigner au travers de recherches juridiques (B) et de la rédaction de consultations à leur attention (C).

¹ Auparavant j'avais effectué un stage de découverte de deux semaines dans un cabinet d'avocats à dominante sociale dans les Ardennes, ainsi qu'un stage chaque vendredi lors de ma formation initiale dans un cabinet généraliste dans lequel je n'avais traité que peu de dossiers de droit social

A. La réception de clients

Maître Leva et Maître Delanchy m'ont permis d'assister à des entretiens avec leurs clients, en droit du travail comme dans d'autres matières. Cela a été l'occasion pour moi de découvrir deux manières de mener des entretiens.

En droit du travail, la réception des clients se déroule bien évidemment différemment selon qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un particulier et selon que le client se trouve en demande ou en défense.

Lorsque l'on reçoit pour la première fois un salarié qui souhaite introduire une demande devant le conseil des prud'hommes, il est primordial de lui poser certaines questions telles que :

- la date de la signature de son contrat de travail,
- la nature de son contrat de travail (CDI, CDD, CNE, Contrat d'intérim...)
- le climat au sein de l'entreprise et notamment lors de la rupture du contrat de travail
- la raison de son licenciement le cas échéant,
- la convention collective applicable dans l'entreprise
- ses revendications quant aux indemnités sollicitées.

Le client doit impérativement nous transmettre les pièces indispensables à la rédaction de la demande introductive d'instance².

La réception du représentant d'une entreprise s'avère différente puisque souvent l'employeur se trouve en défense. Il s'agit alors d'établir avec lui une stratégie de défense mais également de lui demander de nous transmettre le cas échéant des attestations de témoins, des tableaux indiquant les performances du salarié, des documents justifiant de la situation économique de la société ...

Il est primordial de demander dès le premier entretien, voire en amont lors de la prise de rendez-vous, la transmission de tous les documents qui permettront à l'avocat d'assurer une défense efficace de son client.

² Telles que ses derniers bulletins de salaire, son contrat de travail et les éventuels avenants, son certificat de travail, son solde de tout compte etc...

J'ai notamment eu l'occasion d'assister à des entretiens avec des représentants d'entreprises qui nous consultaient pour connaître la procédure à suivre dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ou encore des salariés qui avaient entendu parler de la prise d'acte de la rupture et souhaitaient en connaître les risques ainsi que la procédure à suivre.

Cela m'a permis de mettre en pratique les connaissances que j'ai acquises durant ma formation de Master II Droit social et j'ai pu percevoir à quel point il est important de maîtriser l'ensemble du droit social afin de répondre aux nombreuses questions que les clients peuvent nous poser.

L'avocat se doit de réactualiser constamment ses connaissances afin de conseiller au mieux ses clients, autant en droit social que dans les autres branches du Droit, ce qui représente une charge de travail dont je n'avais pas conscience avant de débiter mon stage³.

J'ai également eu l'opportunité de m'entretenir seule avec un client – une entreprise représentée par son Directeur des ressources humaines – dans les locaux de l'entreprise, ce qui a été une expérience extrêmement enrichissante et pour laquelle je le remercie encore. J'avais préparé mes questions et ai eu la possibilité d'interroger le Directeur des ressources humaines qui m'a répondu de façon très complète et m'a fait part de sa vision de la prise d'acte de la rupture, de son intérêt pour le salarié et de ses limites. Nous avons ainsi eu un véritable échange, ce qui a été pour moi l'occasion de me glisser dans la peau d'une avocate et de prendre conscience de l'importance de chaque question et de la manière dont on la pose.

B. Les recherches juridiques

Maître Leva m'a demandé à plusieurs reprises d'effectuer des recherches sur un point de droit précis. Il arrivait par exemple qu'un client se trouve dans son bureau et qu'il faille rechercher rapidement la convention collective applicable pour indiquer au client l'indemnité de licenciement à laquelle il pouvait prétendre.

³ Maître Leva est abonnée à de nombreuses revues juridiques, ce qui lui permet de se trouver informée de la dernière jurisprudence et ainsi d'être très réactive dans le traitement de ses dossiers, ce qui m'a beaucoup impressionnée

Entre autres, j'ai dû rechercher quel est le délai dont le salarié licencié dispose pour demander à bénéficier de la convention de reclassement personnalisée dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, ce délai ayant été allongé à 21 jours depuis le mois d'avril 2009.

J'ai ainsi appris à maîtriser les bases de données telles que Lexisnexis, Lamyline ou encore Dalloz et à rechercher des dispositions des conventions collectives sur le site web www.legifrance.fr ou l'identité de sociétés sur le site www.societes.com.

C. La rédaction de consultations et de notes

Au cours de mon stage, j'ai à plusieurs reprises eu l'occasion de rédiger des consultations à l'attention des clients du cabinet. Plusieurs entreprises ont en effet sollicité Maître Leva sur des questions de droit particulières, et il m'appartenait de leur exposer de manière simple et précise les règles de droit applicables.

J'ai notamment eu l'occasion de conseiller des entreprises qui souhaitaient mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. Il m'appartenait de leur exposer le calendrier de la procédure ainsi que les risques de recours de la part des institutions représentatives du personnel. J'insistais beaucoup sur les mesures d'accompagnement qui devaient être insérées dans le plan.

L'un des clients du cabinet a ensuite préparé un plan de sauvegarde de l'emploi et nous l'a soumis pour vérification.

C'est un exercice qui s'est révélé très instructif car je devais m'efforcer de répondre très précisément aux sollicitations du client, en étant très concrète et en leur préparant une « feuille de route » à suivre.

§2 Les activités de contentieux

J'ai suivi l'avancement des affaires au contentieux en ayant en charge la rédaction de conclusions (A) ainsi que des divers courriers s'y rapportant (B). J'ai ensuite préparé des dossiers de plaidoirie et eu la possibilité de plaider plusieurs dossiers, autant en référé qu'au fond devant le conseil des prud'hommes (C). J'ai également eu l'occasion de m'occuper d'un dossier dans son intégralité (D).

A. La rédaction de conclusions

La rédaction de conclusions a constitué une grande partie de mes activités au sein du cabinet.

Rédiger des mémoires aussi bien en demande qu'en défense, à hauteur de conseil des prud'hommes comme d'appel m'a énormément apporté puisque ce travail demande à la fois des connaissances juridiques solides, une grande capacité de synthèse mais également de la patience et de la persévérance.

En effet, il arrive que le dossier semble « perdu d'avance ». Il nous appartient malgré tout de rechercher le point de droit sur lequel la partie adverse peut achopper, ou la circonstance de fait qui nous donnera gain de cause. Il arrive également que la condamnation de notre client soit inévitable et dans ce cas il appartient à l'avocat de tout faire pour que les conséquences soient moindres.

Plusieurs fois, j'ai eu le sentiment que je ne parviendrais pas à trouver l'argument qui convaincrerait le conseil des prud'hommes et Maître Leva a toujours réussi à me « remotiver » en trouvant un moyen de droit pertinent ou une faille dans la stratégie adverse. J'ai compris durant mon stage que l'avocat se doit de toujours persévérer et qu'il ne lui est pas permis de se laisser aller au découragement. Qu'importe le délibéré, chaque dossier est un combat.

J'ai eu la chance grâce à Maître Leva de travailler sur des dossiers toujours différents. Elle essayait constamment de me donner des affaires mettant en lumière un nouveau problème de droit, ce qui fut très enrichissant. J'ai ainsi eu l'occasion de préparer des conclusions autant pour des salariés que pour des employeurs, et dans presque tous les domaines du droit du travail.

Au début de mon stage, je procédais à l'étude des dossiers sans véritable méthode. Puis j'ai demandé à Maître Delanchy de m'expliquer son approche des dossiers que j'ai reprise à mon compte et qui m'a fait gagner beaucoup de temps.

L'approche d'un dossier peut se découper ainsi :

1. lecture de l'ensemble des actes de procédure (acte introductif d'instance, conclusions, jugement...)
2. étude des pièces

3. étude approfondie des conclusions de la partie adverse auxquelles il convient de répondre
4. recherche des règles légales et jurisprudentielles
5. rédaction des conclusions
6. relecture et correction avec Maître Leva
7. envoi des conclusions à la juridiction, à la partie adverse et au client.

La phase de correction et de discussion avec Maître Leva est très importante car il m'arrivait de ne pas avoir envisagé certains aspects du dossier et de passer sous silence certains arguments déterminants. Par exemple, il m'est arrivé dans un dossier de vouloir rédiger trop rapidement sans prendre le temps de la réflexion. J'ai ainsi omis de m'attarder sur la question de la distinction entre visite de reprise et de pré-reprise en cas d'inaptitude, ce qui aurait conduit le salarié en demande à voir sa procédure aboutir si Maître Leva n'avait pas vu ce point de droit qui nous était favorable.

J'ai également pu découvrir la particularité des conclusions rédigées à hauteur d'appel. Maître Leva m'a expliqué qu'il était inutile de demander l'exécution par provision devant la cour d'appel car cela était automatique ou encore qu'il ne fallait pas dans le dispositif des conclusions demander aux juges de se déclarer compétents pour liquider l'astreinte dans la mesure où seul le juge de l'exécution est compétent.

Rédiger des conclusions, c'est également admettre dans certains cas qu'il serait plus avantageux pour le client de transiger. Il m'est arrivé dans un dossier de rédiger un courriel à l'attention de l'adversaire en lui proposant de transiger sur les dommages et intérêts que nous demandions car l'employeur avait tardé à communiquer les documents de fin de contrat (certificat de travail, solde de tout compte...). L'adversaire a refusé et la procédure s'est poursuivie devant le conseil des prud'hommes statuant en référé.

La proposition de transaction intervient surtout lorsque l'issue du litige paraît compromise pour notre client. Il m'est ainsi arrivé de chiffrer le montant des dommages et intérêts et indemnités diverses auxquels le salarié pourrait prétendre devant le conseil des prud'hommes et de proposer à l'employeur de transiger à moindre coût.

B. La rédaction de courriers

Mon travail ne s'est pas limité à la rédaction de conclusions. En effet, lorsque ces dernières sont prêtes, il convient encore de les mettre en forme et de les adresser à la fois au conseil des prud'hommes ou à la cour d'appel, mais également de les notifier à la partie adverse ainsi qu'à notre client à titre de projet ou d'information.

L'avocat de la partie adverse doit être destinataire de deux jeux de conclusions auxquels il convient d'ajouter encore la première page sur laquelle nous apposons le tampon « A nous retourner ». Lorsque ce document nous revient signé, nous pouvons considérer que le principe du contradictoire a été respecté.

La partie adverse doit également être destinataire des pièces que l'avocat entend produire. Il s'agit de photocopier l'ensemble des pièces sur lesquelles l'on souhaite s'appuyer et de les envoyer à l'avocat de la partie adverse accompagnées d'un bordereau de communication de pièces, dont l'avocat nous retourne la première page afin de nous signifier qu'il en a bien pris connaissance.

Ces travaux qui accompagnent la rédaction des conclusions sont très fastidieux et occupent beaucoup de temps à l'avocat. C'est pourquoi, ils sont en général accomplis par les secrétaires, lesquelles doivent faire preuve d'une très grande rigueur afin de ne omettre aucune étape dans la transmission des documents.

La capacité d'adaptation des secrétaires m'a vraiment impressionnée puisqu'il peut leur être demandé de rédiger un courrier, puis dans les minutes suivantes d'envoyer un fax ou de recevoir un client. J'ai ainsi pu percevoir à quel point leur travail est primordial pour le cabinet.

Durant mon stage, j'ai également rédigé des courriers à l'attention de nos clients, pour les informer d'un renvoi d'audience, pour leur demander de nous transmettre des pièces ou encore pour leur soumettre un projet de conclusions.

Dans ce dernier cas, il arrive souvent que le client donne son accord en vue du dépôt du mémoire tout en se livrant à certaines modifications, concernant la chronologie des faits par exemple, ou ajoutant certains détails dont il avait omis de nous faire part lors de nos entretiens.

C. La plaidoirie et sa préparation

J'ai eu la chance de pouvoir à la fois assister à des plaidoiries de Maître Leva et Maître Delanchy et de plaider moi-même plusieurs dossiers.

Avant toute plaidoirie, il convient de préparer des « cotes de plaidoirie » qui seront remises au conseil des prud'hommes.

Ces cotes ont deux objectifs : aider l'avocat dans sa plaidoirie et faciliter le travail d'analyse de la juridiction.

La phase de rédaction des cotes permet en effet à l'avocat de se remémorer le dossier, qui était peut-être en sommeil depuis plusieurs mois, et de rechercher les dernières jurisprudences. Mais c'est également pour lui le moyen de ne pas perdre le fil de ses idées lors de la plaidoirie en elle-même. D'où la tradition de préparer de nombreuses chemises sur lesquelles sont résumées les grandes étapes de l'argumentation à déployer et à l'intérieur desquelles sont glissées les pièces importantes dont l'avocat entend faire usage lors de sa plaidoirie.

Lorsque l'avocat a fini de plaider, il remet ses cotes au conseil des prud'hommes qui lui restituera ses pièces une fois le délibéré rendu.

La plaidoirie est un moment particulier pour l'avocat comme j'ai pu le ressentir.

En tant qu'observateur, j'ai pris conscience de l'importance de la clarté des propos que doit tenir l'avocat. L'enchaînement des idées doit être très fluide si l'avocat ne veut pas égarer le conseil des prud'hommes. L'expression orale joue également un rôle primordial, notamment le vocabulaire, la syntaxe, le registre de la langue. L'avocat au conseil des prud'hommes est un orateur mais n'en oublie pas pour autant d'être un excellent juriste qui rappellera le dernier état de la jurisprudence.

La plaidoirie est également un moment où l'avocat doit faire preuve d'une grande souplesse d'esprit. Ce fut notamment le cas un matin où le conseil des prud'hommes avait un rôle extrêmement chargé et a demandé à Maître Delanchy d'être très rapide. Il convenait alors d'aller à l'essentiel sans pour autant négliger de rappeler les faits puisque la juridiction n'avait pas connaissance des circonstances du litige.

Il arrive aussi que le conseil des prud'hommes donne des directives très précises aux avocats quant au déroulement de leur plaidoirie. Ce fut par exemple le cas d'une juridiction qui, avant que les avocats ne commencent à plaider, leur a enjoint de découper leur plaidoirie de la manière suivante : 1° les faits ; 2° les éléments de preuve ; 3° les demandes avec leur fondement juridique et le calcul des montants mis en compte

Mes premières plaidoiries ont été des moments remplis d'émotion : revêtir la robe d'avocat, s'approcher du prétoire, se lancer, poser sa voix, ralentir, s'exprimer clairement, terminer sa plaidoirie, remettre ses pièces....L'on prépare sa plaidoirie durant de longues soirées et finalement en quelques minutes le conseil des prud'hommes est convaincu ou ne l'est pas. Puis l'on attend le délibéré qui sera rendu quelques semaines plus tard en référé et après plusieurs mois lorsque le Conseil statue au fond.

J'ai eu l'occasion de plaider à la fois en référé et au fond, pour des employeurs et des salariés, en demande et en défense. Cela a été une expérience très enrichissante et je remercie encore Maître Leva de m'avoir permis de la vivre.

D. Le traitement complet d'une affaire

Il m'a été donné l'occasion durant mon stage de traiter un dossier dans son intégralité, de la réception du client à la plaidoirie devant la formation de référé du conseil des prud'hommes.

Il s'agissait d'assurer la défense d'un salarié licencié pour faute grave, auquel n'avaient pas été remis les documents de fin de contrat (certificat de travail, solde de tout compte, attestation Assedic...) et à qui n'avait pas été remboursé le billet de train pour se rendre à l'entretien préalable s'étant déroulé au siège social de l'entreprise situé en région parisienne.

Si les demandes du salarié n'étaient pas très conséquentes, il n'en reste pas moins qu'il s'agissait de montants importants eu égard à ses revenus et que le temps mis pour l'employeur pour lui remettre les documents de fin de contrat avait eu des conséquences néfastes puisque son inscription auprès de Pôle Emploi avait été retardée de ce fait. L'enjeu était davantage de reconnaître que les droits du salarié avaient été bafoués que d'obtenir des sommes importantes.

Je me devais donc de tout mettre en œuvre pour que la demande du salarié aboutisse, que ses documents de fin de contrat lui soient remis, et qu'à défaut de dommages et intérêts, il obtienne à tout le moins une indemnité sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile lui permettant de rembourser ses frais d'avocats et d'huissier engagés pour la signification de la demande introductive d'instance.

Après que le client m'eut remis les documents en sa possession et expliqué les circonstances de la cause, je me suis attelée à la rédaction de la demande introductive d'instance. J'ai choisi de proposer au préalable une transaction à l'employeur, ce qu'il a refusé. Dès lors, j'ai demandé au conseil des prud'hommes que soient remis au salarié les documents de fin de contrat sous astreinte ainsi que le remboursement de son billet de train. En accord avec le dernier état de la jurisprudence, j'ai également sollicité que l'employeur soit condamné au paiement de dommages et intérêts pour remise tardive des documents de fin de contrat⁴ ainsi qu'au paiement de 1.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile pour que soient couverts ses frais d'avocats.

La plaidoirie fut un moment très important de mon stage car il s'agissait de la première fois que je plaçais en situation réelle⁵.

La formation de référé du conseil des prud'hommes était composée de deux conseillers ainsi que d'une greffière et une élève greffière. Comme j'étais en demande, je plaçais la première. M'approchant du prétoire, je sentais la tension à son maximum alors que j'étais demeurée particulièrement calme jusqu'à lors. La plaidoirie fut relativement courte, notamment car mon débit de paroles était un peu trop rapide du fait de l'appréhension. D'après ma préparation elle devait s'étaler sur une dizaine de minutes or elle n'a duré que près de cinq minutes...J'en ai tiré la leçon puisque mes plaidoiries suivantes furent plus posées et moins agitées.

En défense, l'avocat de l'employeur insistait avant tout sur l'absence de préjudice subi par mon client du fait de la remise tardive des documents de fin de contrat.

⁴ La jurisprudence admet de manière constante que la délivrance tardive d'un certificat de travail donne lieu à dommages et intérêts lorsque cela a causé un préjudice au salarié en rapport avec cette circonstance, voir par exemple Cass. Soc. 11 janvier 2006, n° 04-41.231)

⁵ Ayant déjà plaidé dans le cadre d'exercices organisés par l'ERAGE durant la formation initiale

Le délibéré fut rendu près de trois semaines plus tard et notre client obtint gain de cause sur le fond mais l'employeur fut uniquement condamné au paiement de l'article 700 du Code de procédure civile et non à des dommages et intérêts.

Il fallut encore rédiger un courrier à l'attention du client lui expliquant que l'affaire avait été jugée et lui demander de régler les honoraires du cabinet.

Le traitement de ce dossier, sans prétention juridique particulière, fut néanmoins pour moi un tremplin dans mon autonomie car depuis j'ai eu l'occasion de plaider plusieurs autres dossiers de plus grande importance relativement aux enjeux financiers et de m'atteler au traitement de dossiers plus complexes.

Conclusion

En définitive, mon stage a été extrêmement diversifié et enrichissant autant sur le plan personnel que professionnel car j'ai eu l'occasion de rencontrer des personnes à la fois très riches humainement et d'une compétence juridique extraordinaire mais également d'appréhender l'ensemble des aspects du droit du travail et de m'intégrer dans la vie quotidienne d'un cabinet d'avocats.

**SECONDE PARTIE : LA DEMISSION S'ANALYSANT EN
UNE PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE**

Introduction

Bien qu'il soit conclu sans limitation de durée, le contrat de travail à durée indéterminée n'impose aucune obligation irréversible de travail pour le salarié, ni obligation irréversible d'emploi pour l'employeur. Chacun d'eux dispose du droit de mettre un terme à tout moment au contrat de travail, et ce notamment par la voie du licenciement pour l'employeur ou de la démission pour le salarié.

Le droit de résilier unilatéralement le contrat de travail découle à l'origine de l'article 1780 du Code civil et trouve sa source dans le principe civiliste de prohibition des engagements perpétuels. Il a ensuite été introduit par le législateur dans le Code du travail sous la seule réserve du respect d'un « délai-congé », l'auteur de la rupture étant indifférent.

Si au départ, le droit du licenciement et de la démission étaient encadrés de manière similaire, une rupture s'est progressivement dessinée dans les années 1960 avec l'instauration d'une véritable procédure de licenciement.

Cette dissymétrie s'est encore accentuée dans la mesure où les textes relatifs à la démission sont restés peu nombreux et à tout le moins lacunaires, ne connaissant pas de modification fondamentale, tandis que le droit du licenciement s'est sans cesse renforcé, tant sur le fond que sur la forme.

Si l'on se restreint à la simple lecture du Code du travail, le droit de la rupture du contrat de travail semble très simple, s'articulant autour d'une structure bicéphale : d'un côté rupture à l'initiative du salarié et de l'autre rupture à l'initiative de l'employeur. Le contrat conclu sans limitation de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes aux termes de l'article L 1231-1 du Code du travail : si la rupture est le fait de l'employeur, elle s'apparente à un licenciement ; si elle est à l'initiative du salarié, l'on est en présence d'une démission.

Le contrat de travail, soumis au droit commun, se voit également appliquer les modes de rupture des contrats ordinaires (rupture d'un commun accord, force majeure, et surtout résolution judiciaire).

Malgré cette « dichotomie de façade », le droit positif, tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, s'écarte sensiblement de cette lecture des textes.

En effet, la jurisprudence restreint les modes de rupture à la disposition de l'employeur, en le cantonnant au seul droit de licencier, le privant notamment de la prise d'acte de la rupture ou de la résiliation judiciaire.

A l'inverse, elle protège avec vigueur le salarié, estimant que la démission ne lui permet pas de rompre le contrat de travail aux torts de l'employeur, et donne ainsi à la démission une définition très étroite tout en autorisant le salarié à prendre acte de la rupture de son contrat aux torts de l'employeur, la prise d'acte étant reconnue comme un mode de rupture autonome, ou encore en permettant au salarié de solliciter du juge la résiliation judiciaire du contrat.

En définitive, si l'employeur ne peut mettre fin au contrat de travail que par la voie du licenciement, le salarié dispose quant à lui de trois modes de rupture autonomes : la démission, la prise d'acte, et la demande en résolution judiciaire du contrat de travail.

L'évolution des modes de rupture du contrat de travail s'est accompagnée d'une innovation jurisprudentielle qui a consisté à distinguer initiative et imputabilité de la résiliation du contrat de travail.

Désormais, la requalification de la rupture du contrat de travail en démission ne dépend plus uniquement de l'auteur de l'acte, c'est-à-dire de la partie qui a pris l'initiative de rompre le contrat de travail, contrairement à l'approche civiliste pendant longtemps dominante et qui se trouvait à l'origine de l'article L 1231-1 du Code du travail⁶.

Depuis plusieurs années en effet, la jurisprudence étend le champ d'application du droit du licenciement à des situations qui auraient dû relever du droit de la démission, considérant que la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié ne peut résulter que d'une « manifestation de volonté libre, consciente, licite, claire et non équivoque » de sa part. Par exemple, le salarié qui refuse une modification de ses conditions de travail – par opposition à une modification du contrat de travail selon une jurisprudence de 1996 bien établie depuis lors – n'est plus

⁶ Aux termes de l'article L 1231-1 du Code du travail « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre. Ces dispositions ne sont pas applicables pendant la période d'essai » (ancien article L 122-4 C. trav.)

considéré comme démissionnaire mais comme ayant commis une faute disciplinaire, motif de licenciement personnel.

La jurisprudence tend aujourd'hui à limiter la qualification de démission aux seules hypothèses dans lesquelles il est avéré que la volonté du salarié de rompre son contrat de travail est libre, consciente, claire et non équivoque. Le droit du licenciement est considéré par la jurisprudence comme le droit commun de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, laissant une place résiduelle au droit de la démission.

Sous-estimer l'importance du droit de la démission serait toutefois une erreur, puisqu'elle demeure un mode autonome de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, dont les conditions et les conséquences sont spécifiques.

Le droit pour le salarié de mettre un terme à son contrat de travail de manière unilatérale apparaît comme une liberté fondamentale dont il ne saurait se voir privé, notamment par l'insertion dans son contrat de travail ou dans un accord collectif qui lui serait applicable d'une clause restreignant cette liberté. C'est ainsi que la clause de dédit-formation qui permet à l'employeur d'exiger du salarié qu'il lui rembourse les frais de formation engagés en cas de démission est strictement encadrée par la jurisprudence⁷.

Parallèlement, l'employeur ne peut prendre acte de la démission du salarié durant certaines périodes, notamment en cas de suspension du contrat de travail à durée indéterminée pour cause de maladie professionnelle ou d'accident du travail, quand bien même le salarié manifesterait une volonté claire et non équivoque de démissionner.

Il convient encore de rappeler que le droit de la démission ne concerne que la résiliation unilatérale de son contrat de travail par le salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée. La résiliation d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire ne peut intervenir de manière anticipée que dans des hypothèses strictement définies par la loi.

⁷ Selon un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 juillet 1991, « les clauses de dédit-formation sont licites dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective et où elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner (Cass.soc. 17 juillet 1991, n° 88-40.201)

Ces dernières années, la jurisprudence est allée plus loin encore dans sa volonté de protéger le salarié contre lui-même en élaborant le concept d'une démission qui serait ensuite requalifiée en prise d'acte. Le mécanisme est le suivant : 1° un salarié démissionne de ses fonctions parce qu'il reproche à son employeur des manquements graves à ses obligations contractuelles ; 2° il saisit le conseil de prud'hommes en vue de voir requalifier sa démission en prise d'acte ; 3° la juridiction prud'homale fait produire à la démission requalifiée en prise d'acte soit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit ceux d'une démission selon que les griefs invoqués par le salarié à l'encontre de son employeur sont suffisamment graves ou non.

L'aboutissement de cette construction prétorienne s'est fait avec les arrêts du 9 mai 2007, par lesquels la Cour de cassation admet qu'une démission donnée sans aucun grief puisse être par la suite requalifiée en prise d'acte si les circonstances dans lesquelles elle a été donnée la rendaient équivoque, produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une démission selon que les griefs invoqués par le salarié sont suffisamment graves ou non.

Il convient ainsi de s'interroger dans un premier temps sur l'articulation entre démission et prise d'acte de la rupture par le salarié et de mettre en lumière la manière dont la jurisprudence a progressivement imbriqué ces deux modes de rupture autonomes afin de rééquilibrer les rapports entre employeur et salarié (**Section 1**). Cela nous conduira à analyser dans un second temps quel est le régime juridique de ce nouveau mode de rupture sui generis qu'est la démission requalifiée en prise d'acte (**Section 2**).

Section 1 : L'articulation entre démission et prise d'acte de la rupture par le salarié : l'assimilation jurisprudentielle de la démission à une prise d'acte

Le salarié dispose aujourd'hui de trois modes de rupture du contrat de travail : la démission, la prise d'acte et la demande en résiliation judiciaire. La reconnaissance du second a eu des répercussions sur chacun. En particulier, la jurisprudence a progressivement assimilé certaines démissions à des prises d'acte (§2) alors que ce mode de rupture était au départ autonome (§1).

§1 Le droit de la démission : un mode de résiliation autonome

La démission consiste dans la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié. Mais toute rupture à l'initiative du salarié n'est pas une démission, ce qui implique de définir juridiquement et avec précision la notion de démission (A). Il convient ensuite d'envisager les hypothèses dans lesquelles la démission peut être contestée en tant que telle ou requalifiée (B).

A. Définition et critères de qualification

La jurisprudence définit la démission comme la décision ou « l'acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de manière libre, consciente et licite (1), sa volonté claire et non équivoque (2) de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée qu'il a conclu avec son employeur »⁸.

Il découle de cette définition que pour prendre valablement acte de la démission du salarié, l'employeur doit vérifier au préalable que l'ensemble de ces critères sont remplis. Il est également important qu'il se ménage tous les moyens de preuve qui lui permettront le cas échéant, de démontrer la réalité de la volonté du salarié de rompre son contrat de travail.

⁸ Voir notamment Cass. Soc. 5 nov. 1987 : Bull. civ. V n° 621

1. Une volonté libre, consciente et licite

La jurisprudence exprime une tendance générale à ne pas se référer expressément à l'exigence d'une volonté libre (a), consciente (b) et licite (c), comme condition de validité de la démission. En revanche, elle souligne avec insistance l'importance d'une volonté claire et non équivoque.

a) Un acte de volonté libre :

Caractériser la volonté du salarié de démissionner suppose de vérifier que sa décision a été prise librement, c'est-à-dire sans contrainte de la part de son employeur et sans être victime d'une erreur qui aurait guidé son choix.

Absence de contrainte signifie avant tout absence de violence physique ou morale. Ainsi, ne constitue pas une démission valable, la décision du salarié exprimée dans une situation intimidante, par exemple à la suite d'un entretien avec l'employeur⁹. De même, il a été jugé que ne constitue pas un acte de volonté libre le fait que le salarié ait démissionné sous la menace d'un licenciement pour faute grave¹⁰ ou de poursuites pénales¹¹.

Absence de contrainte signifie également absence de harcèlement moral. Ne constitue pas une démission valable la décision du salarié de résilier son contrat de travail lorsque cette décision est intervenue suite à des brimades ou à des mesures vexatoires de l'employeur¹² ou à la suite de reproches incessants que la nouvelle direction de l'entreprise a adressés pendant plusieurs mois au salarié, qui l'ont déstabilisé de manière importante et qui ont trouvé leur paroxysme dans l'envoi d'une lettre d'avertissement énonçant l'instabilité comportementale et l'insuffisance professionnelle du salarié¹³.

Dans un certain nombre de dossiers qu'il m'a été donné de traiter, j'ai pu constater que sans que soient caractérisés des faits de harcèlement moral, l'attitude de l'employeur à l'égard du salarié constituait un élément déterminant de sa décision de démissionner.

⁹ Cass. Soc. 6 nov. 1996, Juris-data n° 1996-004342

¹⁰ Cass. Soc. 25 avril 2001, Juris-data n° 2001-009460

¹¹ Cass. Soc. 13 avril 1988, pourvoi n° 86-41.983

¹² Cass. Soc. 1^{er} oct 1996, Juris-data n° 1996-003652

¹³ Cass. Soc. 13 janvier 1999, Juris-data n° 1999-000258

La difficulté vient toutefois du fait que conformément à l'article 1315 du Code civil, il appartient au salarié de prouver que sa décision de démissionner a été prise sous la contrainte de son employeur, ce qui suppose que le salarié puisse démontrer la réalité des actes commis par l'employeur. Cette probatio diabolica est aujourd'hui compensée par la construction jurisprudentielle de la prise d'acte de la rupture.

b) Un acte de volonté réel et sérieux :

La volonté du salarié de démissionner ne sera caractérisée qu'à la condition qu'elle soit réelle et sérieuse. La jurisprudence exige que le salarié ait eu pleinement conscience de la signification et de la portée de son acte. Ainsi ne constitue pas une volonté réelle et sérieuse la décision du salarié de résilier son contrat de travail exprimée dans un mouvement de colère¹⁴, notamment parce que son employeur venait de lui annoncer son licenciement imminent¹⁵.

De la même manière, ne constitue pas une volonté réelle et sérieuse de démissionner, la décision du salarié de résilier son contrat de travail, donnée alors qu'il était sous l'empire d'un désarroi, occasionné par un accident qu'il a provoqué¹⁶ ou dans un état dépressif de nature à altérer son jugement¹⁷.

Les juges semblent plus exigeants pour caractériser cette volonté réelle et sérieuse lorsqu'il s'agit de salariés dont la situation sociale est précaire ou fragiles psychologiquement ou encore dans le cas de salariés peu qualifiés¹⁸. A l'inverse l'appréciation des juges est moins rigoureuse lorsque le niveau de qualification du salarié est élevé. Indépendamment du niveau de qualification, la jurisprudence refuse de manière constante d'admettre la validité de la démission du salarié lorsqu'au moment où cette décision est intervenue, l'employeur a exercé des pressions ou usé de manœuvres frauduleuses envers le salarié et n'a pas respecté ses obligations à son égard pour le pousser à démissionner.

¹⁴ Cass.soc. 30 janvier 1985, n° 82-42.784

¹⁵ Cass.soc. 4 mars 1998, Juris-Data n° 1998-001158

¹⁶ Cass.soc. 10 janvier 1991, pourvoi n° 87-41.517

¹⁷ Cass.soc. 1^{er} février 2000, pourvoi n° 98-40.244

¹⁸ CA Besançon, 8 mars 1994 : RJS 7/1994 n° 937

c) Un acte de volonté licite :

Les juges vérifient également que la décision du salarié ne soit pas frauduleuse, notamment en le privant de tout ou partie des droits qu'il tient de dispositions d'ordre public. A propos d'un salarié qui avait accepté, avant son départ en vacances, d'être considéré comme démissionnaire au cas où il ne reprendrait pas son travail à l'issue des congés payés annuels, la Cour de cassation a jugé que « le salarié ne pouvait renoncer, par avance, au bénéfice des dispositions d'ordre public concernant le licenciement »¹⁹.

La volonté du salarié se doit aussi d'être claire et non équivoque afin que les juges admettent de donner effet à sa démission.

2. Une volonté claire et non équivoque :

Les juges vérifient que la volonté du salarié est claire (a) et non équivoque (b).

a) Un acte de volonté clair :

La jurisprudence reconnaît sans difficulté la validité des démissions exprimées par écrit ou devant témoins, la volonté du salarié apparaissant dans ce cas expresse. En revanche, la Cour de cassation est hostile à admettre la validité de démissions tacites, à moins que l'employeur se soit préalablement assuré de la réelle volonté du salarié, et ce de manière formelle, le formalisme semblant devenir une véritable condition de validité de la démission et non un simple mode de preuve de celle-ci.

En pratique, la démission écrite est la forme de démission la plus utilisée par les salariés. J'ai eu l'occasion de constater, au travers des dossiers traités, qu'en général, le salarié rédige une lettre à l'attention de son employeur par laquelle il l'informe de sa décision de mettre un terme à son contrat de travail. Cette lettre est établie, datée et signée par le salarié et adressée à l'employeur par la voie postale principalement, ou éventuellement par remise en main propre contre récépissé.

Il arrive également que le salarié exprime verbalement sa volonté de démissionner à son employeur. Cela est relativement rare d'après ce que j'ai pu constater. Le

¹⁹ Cass.soc. 27 avril 1989 : RJS 6/1989 n° 482

plus souvent, si le salarié s'exprime oralement, il confirme sa volonté par un écrit qu'il adresse à son employeur par la suite.

Dans cette hypothèse, l'avocat de l'employeur conseillera souvent à son client d'adresser au salarié une lettre recommandée avec accusé de réception se référant à l'entretien au cours duquel le salarié a donné sa démission, en lui signalant les effets juridiques d'une telle initiative et en lui laissant un délai pour revenir sur sa décision le cas échéant et reprendre le travail²⁰.

En effet, la difficulté est grande pour l'employeur de déterminer si la volonté du salarié est certaine lorsque celui-ci fait part oralement de sa volonté de démissionner. Il n'est pas rare qu'une démission soit exprimée dans un moment de colère et que le salarié ne se présente plus sur son lieu de travail durant plusieurs jours.

Face à une telle situation, l'envoi d'une lettre recommandée de mise en demeure de la part de l'employeur permettra à ce dernier de se protéger en cas de litige. Si le salarié est absent sans motif et sans excuse et qu'il tente par la suite de revenir sur sa décision donnée oralement, l'employeur pourra le licencier pour faute grave en raison de son abandon de poste.

L'employeur a également tout intérêt à se ménager une preuve de la réalité et du sérieux de la démission du salarié en obtenant des attestations de témoins présents lors de la déclaration verbale du salarié.

Une question fondamentale s'est posée en jurisprudence : en dehors de toute manifestation de volonté, l'employeur peut-il déduire de tel ou tel comportement du salarié son intention de démissionner ? De manière constante, la Cour de cassation refuse d'admettre la validité des démissions tacites, insistant sur le fait que la décision de démissionner ne se présume pas²¹. Ainsi il a été jugé que la volonté de démissionner ne saurait être déduite de l'abandon par le salarié de son poste de travail ou de son départ de l'entreprise sans autorisation de l'employeur²².

Enfin, la Cour de cassation considère comme fondamental le fait que l'acte de volonté du salarié ne soit pas équivoque.

²⁰ Cela m'a été expliqué par Maître Leva

²¹ Cass. Soc. 4 février 1981, Bull. civ. V n° 102

²² Cass. Soc. 6 mai 2002, pourvoi n° 00-43.991

b) Un acte de volonté non équivoque :

Pour que la démission du salarié soit caractérisée, il faut encore que celui-ci ait exprimé sans équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail. Aucune ambiguïté ne doit subsister sur l'imputabilité au salarié de la rupture de son contrat de travail. Par exemple, apparaît comme non équivoque la décision du salarié de démissionner lorsqu'il a remis à son chef sa démission écrite après avoir manifesté oralement à plusieurs reprises sa volonté de démissionner, l'engagement ultérieur d'une procédure de licenciement à l'encontre du salarié n'ayant aucune incidence sur la rupture déjà intervenue du contrat de travail²³. A l'inverse à été considérée comme équivoque la décision du salarié qui était la conséquence du non-paiement à leur échéance de l'intégralité des rémunérations dues au salarié²⁴ ou qui faisait suite à la modification de son secteur géographique de prospection pour un VRP²⁵.

Récemment, la Cour de cassation a considéré comme équivoque la démission d'une copilote d'hélicoptère qui, après plusieurs avertissements, fait connaître par un premier courrier en date du 9 juillet sa décision de démissionner à la fin d'un préavis de trois mois puis par une lettre du 17 du même mois précise que cette décision est provoquée par le harcèlement moral dont elle faisait l'objet. La Haute juridiction a estimé qu'elle avait été déboutée à tort de sa demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, le courrier envoyé à son employeur sept jours après l'envoi de sa lettre de démission expliquant qu'elle était provoquée par un harcèlement moral²⁶.

B. La contestation de sa démission par le salarié antérieurement aux arrêts des 15 mars et 13 décembre 2006

Depuis que la jurisprudence a donné toute sa puissance au concept de démission s'analysant en une prise d'acte, la contestation a posteriori de sa démission par le salarié est rendue bien plus aisée. Qu'en était-il avant l'introduction de ce mécanisme ? Le salarié pouvait éventuellement contester sa démission en raison

²³ Cass. Soc. 3 avril 1997, Juris-Data n° 1997- 001762

²⁴ Cass.soc. 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-44.502

²⁵ Cass. Soc. 23 janvier 2001, Juris-Data n° 2001-007968

²⁶ Cass. Soc. 4 juin 2009, pourvoi n° 07-45239

d'un vice du consentement, mais les chances d'aboutir étaient faibles (1). Il avait également la possibilité de remettre en cause sa démission en raison de manquements qu'il imputait à son employeur, « ancêtre » du concept de démission s'analysant en prise d'acte (2).

1. La contestation de la démission en raison d'un vice du consentement

Le contrat de travail demeure avant tout un contrat soumis au droit des obligations, si bien qu'il peut être anéanti dans l'hypothèse où il serait affecté d'un vice du consentement (a), entraînant son annulation ou sa requalification (b).

a) L'existence d'un vice du consentement

La Cour de cassation rappelle de manière constante que la démission est un acte juridique qui doit être exempt de tout vice du consentement, erreur, dol ou violence²⁷ susceptible d'entraîner la nullité de l'acte, en application des articles 1108 et suivants du Code civil.

Il en découle qu'il n'y a pas démission s'il y avait altération des facultés mentales du salarié au moment où elle a été exprimée²⁸. De même, il n'y a pas démission si celle-ci a n'a pas été donnée librement mais sous la contrainte, c'est-à-dire par une pression exercée sur la volonté d'une des parties pour la déterminer par la menace à accomplir un acte juridique²⁹. Il en est ainsi de la menace physique directe ou de la violence morale mais surtout du harcèlement moral, comme j'ai eu l'occasion de le constater au travers des dossiers traités et des échanges avec des praticiens du Droit.

A l'analyse de la jurisprudence, une question fondamentale apparaît : où se situe la frontière entre le vice du consentement et la faute de l'employeur ? En effet, il arrive fréquemment que les pressions patronales exercées pour obtenir la démission du salarié prennent la forme de violence morale (telle que le

²⁷ Pour un exemple de violence morale, génératrice d'un vice du consentement : Cass. Soc. 13 novembre 1986 : Bull Civ. 1986 n° 520 ou de dol lorsque l'employeur fait signer à un salarié ne sachant ni lire ni écrire un document dont il ne comprend pas la portée : Cass. Soc. 22 mai 2002, pourvoi n° 00-41.708

²⁸ Cass. Soc. 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-40.752

²⁹ J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligation I – L'acte juridique*, A. Colin 2004, n° 216 et s.

manquement de l'employeur à ses obligations qui se manifeste par le non paiement des salaires dus ou l'attitude vexatoire ou injurieuse de l'employeur), laquelle rend l'employeur responsable de la rupture. Dans cette hypothèse, le vice du consentement ne sera retenu que si la violence a présenté un caractère déterminant dans la décision du salarié de rompre son contrat de travail. Si tel n'est pas le cas, il sera seulement possible de retenir la faute de l'employeur qui aura pour conséquence la requalification de la démission en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il est dès lors loisible de s'interroger sur le point de savoir si l'on invoquera uniquement la faute de l'employeur, qui aboutit à un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou si l'on ira plus loin en soutenant qu'il y a eu une atteinte au consentement avec demande de réintégration dans une logique fondamentalement civiliste.

Il est encore intéressant de procéder à une comparaison avec le Droit allemand qui admet que le salarié puisse se prévaloir des dispositions sur les vices du consentement, lesquelles s'appliquent également aux actes juridiques unilatéraux³⁰. Toutefois, la Cour fédérale du travail ne reconnaît qu'avec une grande parcimonie les cas d'erreur sur la portée de la déclaration de démission. C'est ainsi qu'elle refuse la qualification de « tromperie dolosive » lorsque l'employeur s'est abstenu d'informer le salarié des conséquences négatives de la démission du point de vue de la Sécurité sociale³¹.

b) Les conséquences de la reconnaissance d'un vice du consentement : annulation ou requalification ?

Dans la grande majorité des cas, la nullité de la démission n'est pas la solution retenue par la jurisprudence. Dès 1975, la Cour de cassation apparaît réticente à prononcer la nullité de la démission, ayant à l'époque considéré que « doit être cassé l'arrêt qui considère qu'une démission est nulle pour vice du consentement sans se prononcer sur l'existence et la gravité des fautes imputées au salarié par l'employeur et sans vérifier si elles étaient de nature à justifier son licenciement immédiat à défaut d'une démission »³².

³⁰ Cf. § 119 du BGB

³¹ P. Rémy, M. Zumfelde, « *Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié* », Revue de droit du travail 2006, p. 196

³² Cass. Soc. 20 nov. 1975 Bull. Civ. 1975 n° 553

Plusieurs questions demeurent aujourd'hui en suspens relativement aux conséquences de la nullité : y aura-t-il réintégration du salarié, poursuite du contrat de travail, comme en cas de licenciement nul ? A défaut, comment calculer l'indemnité revenant au salarié ?³³

En définitive, le dol de l'employeur, s'il est avéré, aboutit à la nullité de la démission – tout comme le dol du salarié conduira à la nullité du contrat de travail – tandis que si le fait reproché ne peut être tenu que pour une faute, le manquement de l'employeur sera à l'origine d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Durant mon stage, je n'ai pas eu l'occasion de traiter de dossier dans lequel un salarié aurait remis en cause sa démission en raison d'un vice du consentement. Il est vrai que le mécanisme de la prise d'acte et plus précisément de la démission s'analysant en prise d'acte a peu à peu supplanté les modes alternatifs de contestation de sa démission par le salarié.

2. La requalification de la démission en raison de manquements imputables à l'employeur

En tant qu'acte unilatéral de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, la démission entraîne la rupture immédiate du contrat de travail et conduit le salarié à en assumer l'ensemble des conséquences. La validité de la démission n'est donc pas subordonnée à son acceptation par l'employeur comme le rappelle de manière constante la Cour de cassation. Toutefois, le droit de la démission diffère de celui du licenciement dans la mesure où les effets de la démission peuvent se voir remis en question et la démission privée d'effet lorsque le salarié procède à sa rétractation ou à la dénonciation de sa décision (a), emportant des conséquences importantes sur la situation des parties au contrat de travail (b).

a) La « fausse » démission requalifiable en licenciement

Dès lors que l'employeur prend acte de la démission du salarié au vu de circonstances qui ne caractérisent pas la volonté de celui-ci de démissionner, il

³³ Questions soulevées dans l'étude menée par Monsieur Patrick Pochet, « La remise en cause de la démission fondée sur des faits imputables à l'employeur » La Semaine Juridique Sociale N° 30, 24 juillet 2007, 1577

commet une faute contractuelle envers ce salarié et se rend responsable de la rupture du contrat de travail, qui n'est plus qualifiée de démission mais de licenciement. Le salarié sera ainsi fondé à saisir la juridiction prud'homale afin de faire requalifier la rupture du contrat de travail en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

C'est le cas notamment lorsque l'employeur aura poussé le salarié à quitter son emploi en recourant à des actes de violence ou des manœuvres dolosives, ou encore lorsqu'il aura précipité sa démission, la démission étant considérée dans le premier cas comme « forcée » et dans le second comme « hâtive »³⁴.

Faisant application au contrat de travail des dispositions de l'article 1315 du Code civil, il appartient au salarié de prouver que les circonstances dans lesquelles il a rompu son contrat de travail ne caractérisaient pas une réelle volonté de mettre fin à son contrat de travail. Il devra donc rapporter la preuve que sa volonté n'était pas libre ou qu'elle ne ressort pas de manière claire et non équivoque de son comportement.

Les juges du fond apprécieront souverainement le comportement de chaque partie au contrat. Si le salarié ne rapporte pas la preuve qui lui incombe, la démission sera confirmée par le conseil des prud'hommes avec toutes les conséquences que cela engendre pour le salarié. Si au contraire, la juridiction prud'homale fait droit aux demandes du salarié, la démission est requalifiée en licenciement, ce qui permettra au salarié de se prévaloir du droit du licenciement à l'égard de son employeur mais également des organismes sociaux assurant la gestion des assurances chômage.

b) Les conséquences de la requalification :

Lorsque le salarié a rompu son contrat de travail, soit l'on se trouve en présence d'une démission non équivoque et dans ce cas le salarié sera considéré comme ayant pris l'initiative de la rupture de son contrat de travail, soit, au contraire, l'on est en présence d'une « fausse démission » et dans ce cas la sanction sera la requalification de la démission en licenciement. Or celle-ci se fera nécessairement au préjudice de l'employeur et l'expose à se voir condamné pour licenciement

³⁴ JurisClasseur Travail Traité, Fasc. 30-20

sans cause réelle et sérieuse et irrégulier en la forme. Il ne semble pas qu'il existe de situation intermédiaire contrairement à ce que soutiennent certains auteurs³⁵.

Il en sera par exemple ainsi lorsqu'un employeur se sera prévalu à tort de la démission d'un salarié en cas d'abandon de poste ou d'absence injustifiée. Dans ces hypothèses, la rupture sera requalifiée en licenciement nécessairement sans cause réelle et sérieuse car l'employeur qui se borne à se prévaloir de la démission n'énonce aucun motif.

Il convient encore d'envisager l'hypothèse dans laquelle un salarié démissionne dans des conditions manifestant un abus de droit et celle dans laquelle il se rétracte après avoir informé son employeur de sa décision de démissionner.

C. Les suites de la démission du salarié

1. *La situation du salarié démissionnant de manière abusive*

Si le salarié est considéré comme démissionnaire par la juridiction prud'homale, il pourra être condamné à une sanction pécuniaire lorsque sa démission est intervenue de manière abusive³⁶. Il n'en sera ainsi que s'il a manifesté une intention de nuire ou une légèreté blâmable, ce qu'il reviendra à l'employeur de prouver.

En effet, dans la mesure où le salarié est libre de quitter l'entreprise sans motif, les cas d'abus de droit sont relativement rares en jurisprudence et ne seront caractérisés qu'en cas de comportement délibérément fautif. Il en est ainsi par exemple du voyageur représentant placier qui avait démissionné de façon brutale pour un motif fallacieux, sans respect du préavis et simultanément à l'ensemble des représentants de la société³⁷. L'étude de la jurisprudence montre que si le juge prend en considération le caractère brutal de la démission, il retient avant tout la désorganisation de l'entreprise qui s'en est suivie.

Il convient de rappeler que c'est à l'employeur, en sa qualité de demandeur à l'instance, de rapporter la preuve du dommage et de son quantum³⁸.

³⁵ Y. Aubree, *JurisClasseur Travail Traité*, Fasc. 30-20

³⁶ Art. L 1237-2 C. trav.

³⁷ Cass. Soc. 12 janvier 1972, Bull. Civ. V n° 20

³⁸ Cass. Soc. 14 novembre 1963, Bull. Civ. IV n° 788

Sans manifester d'abus de droit aucun, il arrive au salarié démissionnaire de se rétracter. Quelles conséquences emportent ce revirement de situation ?

2. *La rétractation du salarié suite à sa démission*

Lorsque la démission résulte d'une volonté claire et non équivoque, la rétractation du salarié est sans effet. Une fois donnée, la démission est en principe définitive.

Il est néanmoins des situations dans lesquelles la volonté du salarié de démissionner n'a pas été clairement exprimée, le salarié se ravisant par la suite pour faire connaître son intention véritable. La rétractation peut aussi résulter d'un comportement tel que la reprise du travail et n'est soumise à aucune forme.

Dans cette hypothèse, les juges rechercheront s'il est démontré que la démission ne reflétait pas la volonté claire et non équivoque du salarié de démissionner. Encore faut-il que la rétractation soit intervenue dans un bref délai suivant la démission.

Le salarié a donc tout intérêt à matérialiser par un écrit sa rétractation.

Un récent arrêt de la Cour de cassation illustre cette difficulté³⁹. En l'espèce, un salarié, permanent juridique, démissionne en remettant en mains propres une lettre de démission à son employeur. Le même jour, il se rétracte en reprenant son travail. Très rapidement cependant, l'employeur prend acte de sa démission et lui remet les documents de fin de contrat (certificat de travail et solde de tout compte notamment). Le salarié saisit la juridiction prud'homale afin que soit requalifiée sa démission en rupture à l'initiative de l'employeur. Les juges ont considéré que l'employeur ne pouvait agir de la sorte. En effet, si une rétractation intervient rapidement après la démission, elle peut traduire une absence de volonté claire et non équivoque du salarié de rompre son contrat de travail. Les juges ont encore souligné que le salarié se trouvait dans un état dépressif lié au stress (en raison d'une surcharge de travail suite à la démission d'un collègue) et était confronté à des difficultés personnelles (séparation avec sa compagne). Par conséquent, la rupture du contrat de travail fut requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

³⁹ Cass. Soc. 11 mars 2009, n° 07-42.090

En définitive, si la démission équivoque du salarié pouvait être remise en cause en cas de vice du consentement ou de faute de l'employeur, l'irruption d'un nouveau mode de résiliation du contrat de travail, la prise d'acte, a rendu plus aisée la possibilité pour le salarié de mettre un terme à son contrat en raison de manquements imputables à son employeur. La jurisprudence, soucieuse de protéger toujours davantage le salarié, qui se trouve dans une position de faiblesse contractuelle, a par la suite admis qu'une démission donnée sans réserve puisse être requalifiée en prise d'acte.

§2 L'irruption d'un nouveau mode de résiliation : la prise d'acte

La prise d'acte intervient lorsque le salarié met fin à son contrat de travail et en tient l'employeur pour responsable. Issue de la jurisprudence, ce mode de rupture du contrat n'a cessé de voir son régime juridique évoluer. Il convient d'envisager dans un premier temps la notion et la portée de la prise d'acte (A) avant que de s'interroger sur son articulation avec d'autres modes de rupture (B).

A. Notion et portée de la prise d'acte

Le droit de la prise d'acte étant en continuel mouvement, il est important de s'attarder sur le contenu de la notion, à la fois dans le droit français mais également dans les différents Etats voisins (1) avant que d'envisager la portée de ce mode de rupture (2).

1. *La notion de prise d'acte : un mode de rupture de plus en plus fréquent :*

La prise d'acte de la rupture par le salarié est un mode de rupture du contrat de travail dont les contours ont fortement évolué (a). Le salarié qui souhaite prendre acte de la rupture de son contrat doit suivre une procédure particulière (b).

a) Une notion en constante évolution :

Antérieurement aux arrêts rendus par la Cour de cassation le 25 juin 2003⁴⁰, le droit de la prise d'acte de la rupture s'articulait autour de deux principes fondamentaux mis en exergue par la jurisprudence : 1° la démission nécessite une volonté claire et non équivoque ; 2° en l'absence d'une telle volonté, la rupture s'analyse en un licenciement.

Le 26 septembre 2002, la Haute juridiction a rendu un arrêt qui a déclenché une véritable polémique⁴¹. En effet, elle a considéré que lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en invoquant des griefs à l'encontre de son employeur, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse, quand bien même les manquements imputés à l'employeur ne sont pas confirmés. Cet arrêt a donné lieu à de vives critiques de la part de la doctrine, qui lui a reproché de constituer pour les salariés « un sésame pour l'autolicensing »⁴² ou de mener à une « équation infernale »⁴³.

Par quatre arrêts du 25 juin 2003, la Cour de cassation a procédé à un véritable revirement, se prononçant à la fois sur la prise d'acte à l'initiative du salarié et de l'employeur. Elle a dans un premier temps « fermé la porte à la prise d'acte de la rupture par l'employeur »⁴⁴. Dès lors, l'employeur qui prend l'initiative de rompre le contrat de travail doit mettre en œuvre la procédure de licenciement, et cela même s'il considère le contrat comme rompu par le salarié. A défaut, la rupture s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ainsi, « la Cour de cassation s'inscrit dans le droit fil de sa jurisprudence qui interdit à l'employeur tout autre mode de rupture que le licenciement »⁴⁵. Dans un second temps, la Haute juridiction a opéré un revirement relatif à la prise d'acte de la rupture par le salarié, abandonnant la solution de l'arrêt Mocka. Elle considère désormais que la prise d'acte à l'initiative du salarié produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les griefs invoqués à l'encontre de l'employeur le justifiaient, soit dans le cas contraire, d'une démission. Le juge a donc un rôle fondamental à

⁴⁰ Cass. Soc. 25 juin 2003, n° 01-42679 Bull.civ. V n° 203

⁴¹ Cass. Soc. 26 septembre 2002, Mocka, n° 00-41.823, Bull. civ. V n° 284

⁴² J-E Ray, « *Le droit à l'autolicensing ?* » Liaisons sociales n° 34, p. 52, janvier 2003

⁴³ P-Y Verkindt, Lamy social, Bull. N° 167, mars 2003

⁴⁴ A. Martinel, « *Ruptures du troisième type* » Semaine sociale Lamy, 18 septembre 2006 n° 1274

⁴⁵ ibidem

jouer puisqu'il lui revient de décider si la rupture peut ou non être qualifiée de démission au regard des griefs invoqués.

Récemment, la jurisprudence a encore franchi un pas supplémentaire en matière de prise d'acte de la rupture, en permettant à un salarié déclaré inapte de prendre acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de son employeur. La Cour de cassation a en effet considéré dans un arrêt en date du 21 janvier 2009 que « les dispositions législatives protectrices des victimes d'accident du travail ne font pas obstacle à ce qu'un salarié déclaré inapte prenne acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur⁴⁶ ».

L'évolution du cadre de la prise d'acte en droit national s'est faite en parallèle avec celle des autres Etats. Ainsi, le droit du travail allemand admet la démission extraordinaire du salarié en cas de motif grave, laquelle doit intervenir dans un délai de deux semaines suite à la prise de connaissance des faits. Parmi les fautes contractuelles de l'employeur qui sont susceptibles de justifier une demande de réparation du salarié en cas de démission extraordinaire, il convient de citer par exemple le retard dans le paiement des salaires –au minimum un mois de retard selon la jurisprudence allemande- ou encore les violences et atteintes à l'honneur telles que le harcèlement moral⁴⁷.

Aux Etats-Unis, la « *constructive discharge* » est relativement ancienne puisqu'elle a été instaurée dans les années 1930 à propos d'affaires dans lesquelles « les employeurs forçaient les salariés à démissionner, en créant souvent des conditions de travail intolérables, en réaction à l'engagement des salariés dans des actions collectives »⁴⁸. Ce mode de rupture intervient souvent en cas de harcèlement sexuel, lorsque des salariés harcelés démissionnent pour échapper au harcèlement, mais également en réponse à des discriminations ou à un comportement fautif de l'employeur⁴⁹.

⁴⁶ Pourvoi n° 07-41.822, JSL 10 mars 2009, n° 251-4

⁴⁷ P. Rémy, Maître de conférences à l'Université Paris I et M. Zumfelde, Juge du travail en Allemagne, « *Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié* » Revue de droit du travail 2006 p. 196

⁴⁸ *Pennsylvania State Police v. Suders*, 2004 542 U.S. 129 (United States Supreme Court)

⁴⁹ D. B. Oppenheimer, Professeur à la faculté de droit de Golden Gate University (San Francisco) « *Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié* », Revue de droit du travail 2006, p. 196

En Espagne, la démission forcée est prévue par les articles 49 j) et 50 du « Statut des travailleurs ». Toutefois, à la différence du droit français, ce mode de rupture ne permet au salarié de cesser d'exercer ses fonctions qu'après que le juge ait rendu sa décision. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, tels qu'une violation des règles de santé et sécurité au travail ou des atteintes importantes à la dignité du salarié, que les tribunaux ont admis que le salarié pouvait cesser le travail préalablement au prononcé de la décision judiciaire⁵⁰.

Enfin, il est intéressant de s'arrêter un instant sur le droit en vigueur au Royaume-Uni qui a introduit en 1974 le « *constructive dismissal* » défini comme le fait pour le salarié de rompre « le contrat qui le lie à l'employeur (avec ou sans préavis) dans des circonstances qui l'autorisent à rompre le contrat sans préavis en raison du comportement de l'employeur »⁵¹. En 1978, dans un arrêt de grande importance, les juges britanniques ont opté pour une lecture du « *constructive dismissal* » consistant à procéder à un « test contractuel » afin de rechercher si l'employeur est l'auteur d'un comportement constitutif d'un manquement substantiel, touchant le cœur du contrat de travail⁵². Afin de permettre au salarié d'invoquer le « *constructive dismissal* », les juges ont développé la clause implicite de confiance mutuelle – « *implied contractual term of mutual trust and confidence* ». Un employeur sera ainsi considéré comme inexécutant cette clause si, sans motif raisonnable, il se conduit d'une manière qui conduit à rompre la relation de confiance entre employeur et salarié⁵³.

b) La procédure à suivre par le salarié

En théorie, la prise d'acte de la rupture par le salarié n'est soumise à aucun formalisme, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 4 avril 2007⁵⁴. C'est ainsi qu'elle a admis qu'un salarié prenne acte de la rupture de son contrat de travail par le truchement de son conseil qui a rédigé et expédié la lettre de rupture. Selon Maître Michel Pierchon, avocat à la Cour, cette solution paraît

⁵⁰ J. L. Forteza, Professeur à l'Université Complutense de Madrid, « *Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié* », Revue de droit du travail 2006 p. 196

⁵¹ Section 95 1) c) ERA 1996

⁵² Western Excavating (ECC) Ltd v. Sharp 1978 QB 761

⁵³ C. Kilpatrick, London School of Economics, ibidem

⁵⁴ Cass. Soc ; 4 avril 2007, 05-42.847 : « la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme et peut valablement être présentée par le conseil d'un salarié au nom de celui-ci »

toutefois délicate au regard des principes de déontologie qui gouvernent la profession d'avocat. En effet, aux termes de l'article 8 du Règlement intérieur national, l'avocat se doit de rappeler à la partie adverse, dans la lettre de prise d'acte « la faculté de consulter un avocat et doit l'inviter à lui en faire connaître le nom »⁵⁵.

En pratique, la procédure à suivre par le salarié diffère selon qu'il prend acte de la rupture de façon formelle ou qu'il démissionne pour ensuite se tourner vers le conseil des prud'hommes et demander que cette démission soit analysée en une prise d'acte de la rupture de son contrat de travail.

La prise d'acte de la rupture opérée en seul trait de temps par le salarié appelle peu de commentaires puisqu'il s'agit d'un cheminement simple consistant pour le salarié à exprimer de façon expresse sa volonté de prendre acte de la rupture de son contrat en raison de manquements qu'il impute à son employeur. La prise d'acte de la rupture n'est soumise à aucun formalisme. Elle peut être notifiée à l'employeur par le salarié lui-même ou par son conseil⁵⁶. Le salarié cesse alors d'exercer ses fonctions (sans exécuter de préavis) puis saisit la juridiction prud'homale afin que la rupture de son contrat soit requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

La procédure est en revanche plus complexe lorsque le salarié démissionne puis saisit le conseil des prud'hommes aux fins de voir sa démission requalifiée en prise d'acte, laquelle produira les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, soit d'une démission.

Dans un premier temps, le salarié notifie à l'employeur sa volonté claire et non équivoque de mettre fin au contrat de travail, invoquant des griefs à son encontre. Il se rapproche ensuite⁵⁷ d'un avocat qui adresse un courrier à l'employeur par lequel il prend acte de la rupture du contrat à ses torts (l'intervention d'un avocat n'est pas nécessaire mais rend plus facile la démarche du salarié d'après ce que j'ai eu l'occasion de constater). Le salarié sollicite en général l'octroi d'une indemnité de licenciement, de préavis et de congés payés sur préavis ainsi que des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il lui

⁵⁵ M. Pierchon, « Prise d'acte de la rupture : elle ne doit être utilisée qu'à très bon escient », JS Lamy 30 mars 2009, p. 4

⁵⁶ Cass. Soc. 4 avril 2007, n° 05-42.847

⁵⁷ Cela peut être très rapide comme prendre plusieurs mois.

arrive également de réclamer paiement d'une indemnité pour non respect des règles de forme. C'est aussi l'occasion de solliciter le paiement d'heures supplémentaires ou de primes non versées. Dans la majorité des cas, l'employeur ne donne pas de suite favorable à la demande du salarié et la procédure se poursuit devant la juridiction prud'homale.

Même si la représentation par avocat n'est pas obligatoire devant le conseil des prud'hommes, la procédure étant orale, j'ai constaté qu'une majorité de salariés se tournent vers un avocat pour les aider dans leur démarche. Le conseil du salarié procède à la rédaction des actes, le premier étant l'acte introductif d'instance par lequel il saisit la juridiction et fait mention de ses griefs. La procédure se poursuit par l'échange de conclusions et s'achève par l'audience de plaidoirie après plusieurs audiences de mise en état du dossier.

J'ai eu l'occasion durant mon stage de rédiger des conclusions pour un salarié qui avait été engagé en qualité d' « adjoint chef des ventes neufs et occasions » dans une entreprise automobile. Quelque temps plus tard, il s'était vu retirer le pôle véhicules neufs sans avenant à son contrat de travail. Le salarié a alors sollicité un entretien avec son supérieur hiérarchique qui lui a reproché de ne pas atteindre les objectifs fixés, ce qui aurait conduit le salarié à se voir retirer une partie de ses fonctions. Devant cette situation juridiquement contestable, le salarié a rédigé lui-même un courrier à l'attention de son employeur, le sommant de le réintégrer dans ses fonctions initiales. Devant le silence de ce dernier, il a quitté l'entreprise et a pris acte de la rupture de son contrat de travail par l'intermédiaire de son conseil. Il a ensuite saisi le conseil de prud'hommes en requalification de sa démission. La procédure a été engagée en février 2008 devant la juridiction prud'homale et le jugement a été rendu près d'un an plus tard.

Du jour où le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail et cesse d'exercer ses fonctions, jusqu'au jour où la décision est rendue, il n'est pas rare qu'il s'écoule plus de deux années, ce qui constitue une longue marche pour le salarié vers la requalification de la rupture de son contrat de travail⁵⁸.

Il est important de souligner qu'un salarié protégé peut prendre acte de la rupture de son contrat de travail en raison de manquements de l'employeur à ses

⁵⁸ Ces considérations procédurales sont basées sur mon expérience au cabinet d'avocats et ne résultent pas directement des textes.

obligations⁵⁹. Le contrat étant rompu dès la prise d'acte, l'inspecteur du travail est incompétent pour accorder son autorisation dans le cadre d'un licenciement prononcé ultérieurement⁶⁰. En outre, dans l'hypothèse où les griefs seraient retenus par le juge, la rupture s'analyse en un licenciement nul⁶¹.

Après avoir étudié la notion de prise d'acte, il convient encore de s'interroger sur les conséquences immédiates de la prise d'acte de la rupture par le salarié, au moment où celle-ci est exprimée.

2. La portée de la prise d'acte :

La prise d'acte de la rupture par le salarié entraîne la rupture rétroactive de son contrat de travail (a) et emporte des conséquences concernant la remise des documents de fin de contrat (b).

a) La rupture rétroactive du contrat de travail

La jurisprudence rappelle de manière constante que la prise d'acte de la rupture entraîne la cessation immédiate du contrat de travail⁶². Ce principe s'applique quelle que soit la qualification finalement donnée par les juges, démission ou licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cela explique pourquoi les juges limitent le paiement de l'indemnité compensatrice de congés payés acquis pour la seule période allant jusqu'à la date à laquelle le salarié a pris acte de la rupture⁶³ de son contrat qui met fin à la relation contractuelle. Il importe peu que le salarié ait continué à travailler après la date de la prise d'acte de la rupture. La Cour de cassation considère ainsi qu'avec la prise d'acte de la rupture par le salarié, « la rupture est consommée et définitive »⁶⁴. Tout licenciement ultérieur sera dès lors considéré comme non avvenu⁶⁵.

La prise d'acte de la rupture par le salarié emporte également des conséquences sur la renonciation à la clause de non-concurrence insérée le cas échéant au contrat de travail. En effet, si un employeur souhaite délivrer un salarié de son

⁵⁹ Voir par exemple Cass. Soc. 21 janvier 2003, n° 00-44.502

⁶⁰ CE, 17 décembre 2008, n° 310889

⁶¹ Cass. Soc. 5 juillet 2006, n° 04-46.009

⁶² Voir par exemple Cass. Soc. 30 janvier 2008, n° 06-14.218

⁶³ Cass. Soc. 4 avril 2007, n° 05-43.406

⁶⁴ N. Rérolle, « *Conséquence d'une prise d'acte sur le calcul de l'indemnité de congé payé* », Semaine sociale Lamy 2007, n° 1309

⁶⁵ Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 03-45.018

obligation de non-concurrence, il doit respecter les formalités afférentes à compter de la date à laquelle est intervenue la prise d'acte. Dans l'hypothèse où le contrat de travail ne prévoit aucune modalité de dénonciation de l'obligation de non-concurrence, il a été jugé que l'employeur doit notifier dans un délai raisonnable qu'il délie son salarié de cette obligation, ce délai courant à partir de la date à laquelle est intervenue la prise d'acte⁶⁶.

b) Les conséquences sur la relation de travail : la remise des documents de fin de contrat

La Cour de cassation a eu l'occasion de juger que « la prise d'acte de la rupture par le salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur entraîne la cessation immédiate du contrat de travail ; que, constatant que l'employeur refusait de remettre à la salariée le certificat de travail et l'attestation Assedic, la formation de référé a statué à bon droit »⁶⁷. En l'espèce, l'employeur s'était pourvu en cassation en faisant valoir qu'il n'était tenu de délivrer les documents de fin de contrat que le jour où le salarié sort des effectifs de l'entreprise, c'est-à-dire à la fin du préavis, qu'il soit exécuté ou non. Ainsi, les documents de fin de contrat doivent être remis au salarié dès la prise d'acte de la rupture par ce dernier.

En outre, l'employeur a l'obligation de faire figurer sur l'attestation Assedic le motif exact de la rupture du contrat de travail, tel qu'il ressort de la prise d'acte. A défaut, il pourra se voir condamné à des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi par le salarié⁶⁸. Un arrêt rendu par la Haute juridiction le 27 septembre 2007 est venu préciser que « l'employeur doit faire figurer sur l'attestation qu'il doit remplir pour l'Assedic en application de l'article R 351-5 du Code du travail le motif exact de la rupture du contrat de travail, tel qu'il ressort de la prise d'acte du salarié ». La Cour de cassation a ainsi souhaité mettre en lumière le fait que l'employeur est tenu par les motifs de la prise d'acte tels qu'ils sont invoqués par le salarié. Dans l'espèce considérée, l'employeur a été condamné à payer au salarié des dommages et intérêts à hauteur de 1.220 euros pour avoir indiqué sur l'attestation Assedic « démission » alors que le salarié avait

⁶⁶ Cass. Soc. 13 juin 2007, n° 04-42.740

⁶⁷ Cass. Soc. 4 juin 2008, n° 06-45.757

⁶⁸ Cass. Soc. 27 septembre 2006, n° 05-40.208

indiqué avoir pris acte de la rupture en raison de « l'absence de paiement des heures supplémentaires effectuées »⁶⁹.

On constate donc que la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail est un mode de rupture autonome qui permet au salarié de se protéger contre le non respect de ses obligations contractuelles par l'employeur. Encore faut-il savoir si ce mode de rupture peut s'accorder avec d'autres tel le licenciement ou la résiliation judiciaire.

B. L'articulation entre prise d'acte et autres modes de rupture du contrat de travail

La prise d'acte de la rupture n'est que l'une des diverses manières de rompre le contrat de travail par le salarié. Il convient donc de s'intéresser à la manière dont elle s'imbrique avec les autres modes de rupture à l'initiative du salarié (1) et de l'employeur (2).

1. La prise d'acte et les autres modes de rupture à l'initiative du salarié

Le salarié dispose de deux autres modes de rupture de son contrat de travail, que sont la démission (a) et la résiliation judiciaire (b), dont il convient d'étudier l'articulation avec la prise d'acte.

a) L'articulation entre prise d'acte et démission

L'articulation entre prise d'acte et démission constitue le cœur de l'évolution jurisprudentielle des dernières années en matière de prise d'acte. Depuis un arrêt rendu par la Haute juridiction le 15 mars 2006, la démission du salarié faisant suite à des griefs invoqués à l'encontre de son employeur constitue une prise d'acte et produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission⁷⁰. La Cour de cassation a ainsi souhaité aligner le régime juridique de la démission fondée sur des griefs sur celui de la prise d'acte de la rupture par le salarié selon Monsieur le

⁶⁹ Cass. Soc. 27 septembre 2007, n° 05-40.414, Semaine sociale Lamy 2007 n° 1278

⁷⁰ Cass. Soc. 15 mars 2006, Juris-Data n° 2006-032698

professeur Pierre-Yves Verkindt⁷¹. Le 13 décembre 2006, la Cour de cassation a confirmé sa position en jugeant que « la démission d'un salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur s'analyse en une prise d'acte qui produit les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, si les faits invoqués le justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission »⁷².

Il arrive également que la lettre de démission du salarié ne fasse état d'aucun grief. La démission y est présentée « pour convenances personnelles »⁷³ ou bien il peut s'agir d'une démission sans autre précision ni réserve⁷⁴. Les griefs sont émis par le salarié a posteriori.

Avant les arrêts rendus le 9 mai 2007, l'employeur se retranchait derrière le fait que « la lettre de démission qui ne contient aucune motivation ou allégation à l'encontre de l'employeur, de nature à lui rendre imputable la rupture, constitue l'expression de la volonté claire et non équivoque de démissionner du salarié », comme cela était indiqué dans le pourvoi patronal qui a donné lieu à l'arrêt *Sté Kent* du 9 mai 2007.

Afin de mettre un terme à cette incertitude juridique qui laissait bon nombre de salariés sans possibilité de voir requalifiée ultérieurement leur démission, la Cour de cassation a jugé dans les arrêts précités que « la démission est acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail », ajoutant que « **lorsque le salarié [...] remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture** »⁷⁵.

Chacune des espèces jugées le 9 mai 2007 permet d'apporter des précisions sur la position de la Haute juridiction. Tout d'abord, il convient de constater que la jurisprudence *Mocka* est définitivement caduque puisqu'en l'espèce la démission donnée par chacun des salariés n'était pas équivoque en soi et ne pouvait donc être remise en cause faute de manquement contractuel de la part de l'employeur.

⁷¹ P. Verkindt, note sous Cass. Soc. 15 mars 2006, JCP S 2006, 1356

⁷² Cass. Soc. 13 décembre 2006 Bull. civ. 2006, V, n° 375

⁷³ Cass. Soc. 9 mai 2007, SA Lacour c/ Boyer n° 05-40.315

⁷⁴ Cass. Soc. 9 mai 2007, Sté Kent n° 05-42.301

⁷⁵ Cass. Soc. 9 mai 2007, n° 05-40.518, 05-40.315, 05-41.324, 05-42.301

En outre, selon les arrêts du 9 mai 2007, il ne suffit pas que les manquements de l'employeur soient avérés, encore faut-il que le salarié avance des faits imputables à l'employeur qui soient antérieurs à sa décision de rompre le contrat de travail puisqu'ils doivent être à l'origine de sa démission. Enfin, ces faits doivent se révéler suffisamment graves pour faire produire à la démission les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le cœur du débat réside dès lors dans la caractérisation des circonstances de la rupture du contrat : la démission du salarié était-elle entourée de circonstances antérieures ou contemporaines qui la rendaient équivoque ? Tel n'était pas le cas par exemple dans l'arrêt *Sté Citerford*, la lettre de démission ne comportant aucune réserve (« je ne ferai plus partie des effectifs ») et le salarié ne justifiant d'aucun litige antérieur ou contemporain à la démission, ayant contesté les conditions de la rupture que 19 mois plus tard. Il en résultait selon la Cour de cassation que « rien ne permettait de remettre en cause la manifestation de sa volonté claire et non équivoque de démissionner ». Dans cette affaire, le salarié saisissait le conseil des prud'hommes afin d'obtenir un rappel de salaires à titre d'heures supplémentaires et de repos compensateur et de paiement d'une indemnité de congés payés postérieurement à sa démission. Il n'a pu obtenir gain de cause faute de rapporter la preuve du caractère équivoque de sa démission, sa demande n'étant en définitive « pas rattachable » à sa démission.

A l'inverse, traduit le caractère équivoque de la démission la lettre de démission « pour convenances personnelles » accompagnée d'un décompte d'heures des sommes que le salarié prétendait lui être dues au titre des heures supplémentaires et de repos compensateur, peu importe que le salarié n'ait saisi la juridiction prud'homale qu'un an plus tard⁷⁶. De la même manière, le caractère équivoque a été reconnu a propos d'une demande de rappel de salaire, la situation ayant été concomitamment signalée à l'inspection du travail⁷⁷.

Le caractère équivoque de la démission a encore été reconnu lorsque le salarié protestait contre la modification unilatérale de sa rémunération dans une lettre qu'il a adressée à son employeur moins d'une semaine après sa démission. Les juges du fond en ont conclu que la démission n'était en réalité que « la conséquence du

⁷⁶ Arrêt *Sté Lacour* précité

⁷⁷ Arrêt *Sté Janier*, 9 mai 2007

manquement de l'employeur à son obligation principale de payer le salaire en sorte qu'elle ne procédait pas d'une volonté claire et non équivoque de démissionner »⁷⁸.

Désormais, pour remettre en cause une démission, le salarié aura donc la tâche d'établir le manquement contractuel de son employeur, lequel devra s'avérer suffisamment grave et avoir précédé la démission. Ayant déterminé le salarié à démissionner, ces circonstances rendront équivoque la démission à la date à laquelle elle a été donnée. Subséquemment, la juridiction prud'homale assimilera la démission à une prise d'acte de la rupture qui produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, et dans le cas contraire, d'une démission.

Les arrêts du 9 mai 2007 présentent l'avantage pour le salarié de pouvoir remettre en cause sa démission a posteriori à la condition que les circonstances de celle-ci aient été équivoques. Si la démission est équivoque au moment où elle est donnée, elle est assimilée à une prise d'acte, même si son caractère équivoque n'est révélé que postérieurement. Ensuite, il revient aux juges du fond de rechercher si elle produira les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une démission, selon que les manquements de l'employeur sont avérés ou non.

b) L'articulation entre prise d'acte et résiliation judiciaire

La question s'est posée de savoir si un salarié peut prendre acte de la rupture de son contrat alors qu'il a auparavant introduit une action en résiliation judiciaire pour des faits identiques. Dans un premier temps, la Cour de cassation exigeait que les juges se prononcent d'abord sur la demande de résiliation judiciaire. C'est seulement si cette demande était rejetée que les juges étaient conduits à se prononcer sur la prise d'acte de la rupture⁷⁹. Finalement la Cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence par un arrêt en date du 31 octobre 2006, estimant que dans une telle situation, les juges n'avaient à se prononcer que sur la prise d'acte⁸⁰. Le critère chronologique est désormais évincé.

⁷⁸ Affaire *Sté Kent*, précitée

⁷⁹ Cass. Soc. 3 mai 2006, n° 03-46.971

⁸⁰ Pourvoi n° 04-48.234

Ce revirement était logique. En effet, suite à une action en résiliation judiciaire engagée par le salarié, il arrive fréquemment que le climat de travail se dégrade et que le salarié soit contraint de prendre acte de la rupture de son contrat de travail. Dès lors la rupture est consommée au moment où est intervenue la prise d'acte et l'action en résiliation devient sans objet. Les juges ne se prononceront que sur la prise d'acte mais pourront tenir compte des griefs invoqués par le salarié à l'appui de son action en résiliation judiciaire⁸¹. Prendre en compte l'ensemble des griefs invoqués par le salarié, autant dans sa demande en résiliation que lors de sa prise d'acte constitue un véritable avantage pour le salarié puisque si sa demande en résiliation n'aboutit pas, il peut prendre acte de la rupture de son contrat pour les mêmes faits sans se voir opposer le fait d'avoir déjà invoqué ces griefs⁸².

2. La prise d'acte et les modes de rupture à l'initiative de l'employeur

Dans la mesure où il est interdit à l'employeur de prendre acte de la rupture du contrat de travail (a), l'on peut se demander quel serait le sort d'un licenciement intervenu postérieurement (b).

a) L'interdiction pour l'employeur de prendre acte de la rupture

Pendant longtemps s'est posée la question des conséquences pratiques d'une prise d'acte par l'employeur qui ferait suite à une prise d'acte du salarié. Cette question a été résolue par un arrêt du 19 janvier 2005 qui a décidé que le contrat de travail est rompu par la prise d'acte du salarié, peu important la lettre envoyée postérieurement par l'employeur pour lui imputer la rupture⁸³. La Cour de cassation affirme par cet arrêt que « prise d'acte sur prise d'acte ne vaut ». La première prise d'acte, soit celle du salarié met un terme au contrat de travail. Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt rendu le 25 juin 2003 dont il reproduit l'attendu principal⁸⁴. Dans la mesure où la démission du salarié met un terme au contrat de travail, l'unique office du juge sera de déterminer si les effets de la rupture sont ceux d'un licenciement sans cause réelle ou sérieuse ou d'une

⁸¹ Droit du travail au quotidien, Lamyline Reflex, n° 180-40

⁸² Lamy Social 2008, Guide pratique, n° 6395

⁸³ Cass. Soc. 19 janvier 2005, Assoc. Sté philanthropique, n° 03-45.018, Bull. civ. V n° 11

⁸⁴ P. Pochet, *Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail*, JCP Social n° 26, 20 décembre 2005, 1435

démission selon que les faits invoqués par le salarié sont suffisamment graves pour justifier la rupture aux torts de l'employeur. Il est important de souligner que le contrôle du juge ne porte que sur les seuls faits invoqués par le salarié comme l'a rappelé la Haute juridiction dans un arrêt rendu le 19 octobre 2004⁸⁵.

b) La prise d'acte suivie du licenciement du salarié

Lorsque l'employeur licencie le salarié suite à sa prise d'acte, la solution retenue par la Haute juridiction est identique à celle qui prévaut lorsque deux prises d'acte se succèdent. Faisant prévaloir un critère chronologique, les juges du fond doivent rechercher quel est le premier acte intervenu et l'analyser. S'ils estiment que la prise d'acte à l'initiative du salarié est valable, ils ne pourront que considérer que le licenciement du salarié intervenu postérieurement est sans emport sur la relation de travail à laquelle il a déjà été mis un terme par le salarié. Le contrat de travail était déjà rompu lors du licenciement⁸⁶. Il convient d'être attentif au fait que le licenciement doit dans ce cas être considéré comme « non avenü » mais non comme « nul et non avenü » puisqu'aucun texte ne le prévoit et qu'il n'y a pas eu de violation d'une liberté fondamentale.

Une même solution a été retenue lorsque la prise d'acte est concomitante à la convocation du salarié à un entretien préalable. En effet, le licenciement étant réputé intervenir au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception dans un certain délai après l'entretien préalable, la prise d'acte par le salarié concomitante à l'entretien préalable est en tout état de cause antérieure à l'envoi de cette lettre⁸⁷.

⁸⁵ Cass. Soc. 19 oct. 2004, Dr. Soc. 2005, p. 107

⁸⁶ Cass. Soc., 8 juin 2005, n° 03-43.321, Bull. civ. V, n° 194

⁸⁷ Cass. Soc. 28 juin 2006, n° 04-43.431, Semaine Sociale Lamy, n° 1269, p. 12

Conclusion :

La démission n'est visée que de manière lacunaire par le Code du travail, en un unique article qui prévoit la durée du préavis à respecter le cas échéant⁸⁸. La prise d'acte, quant à elle, n'est pas visée par le Code du travail. Partant de là, il est très surprenant que la construction jurisprudentielle de la démission s'analysant en une prise d'acte ait pu non seulement voir le jour mais également perdurer pour atteindre son apothéose avec les arrêts du 9 mai 2007. L'originalité du processus est manifeste d'autant que même au Royaume-Uni, où la majorité du droit est d'origine prétorienne la « constructive dismissal » est d'origine légale. Il est d'autant plus surprenant que la Haute juridiction ait mené le raisonnement jusqu'à permettre au salarié ayant démissionné sans réserve de voir sa démission requalifiée en prise d'acte plusieurs mois après, parce que les circonstances dans lesquelles elle avait été donnée étaient équivoques.

Après avoir étudié les notions de démission et de prise d'acte ainsi que leur imbrication, il convient de s'interroger sur le régime juridique de la démission s'analysant en une prise d'acte.

⁸⁸ Art. L 1237-1 C. trav.

Section 2 : Le régime juridique de la démission s'analysant en prise d'acte

Afin que la démission du salarié puisse s'analyser en une prise d'acte de la rupture, elle doit remplir certaines conditions, qui diffèrent selon que la démission a été donnée avec ou sans réserves (§1). Les effets produits par cette démission requalifiée en prise d'acte varient selon que les juges considèrent que les griefs invoqués par le salarié sont suffisamment graves ou non (§2).

§1. Les conditions de la démission s'analysant en prise d'acte

Les conditions posées par la jurisprudence varient selon que la démission était accompagnée de griefs de la part du salarié (A) ou qu'elle a été donnée sans réserve (B).

A. La démission motivée par des griefs reprochés à l'employeur

Il appartient au juge prud'homal de rechercher, au vu des éléments invoqués par le salarié, quels sont les effets que devra produire la prise d'acte (1). A cette fin, le juge fonde sa décision sur un faisceau d'indices que constituent les griefs invoqués par le salarié. Encore faut-il savoir sur qui repose la charge de la preuve de la véracité des faits ou manquements invoqués (2).

1. L'office du juge : l'appréciation de la gravité des griefs

Il convient pour les juges du fond de déterminer quels faits peuvent justifier que la prise d'acte produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (a) et quels faits emportent démission (b).

a) Faits emportant licenciement sans cause réelle et sérieuse

La Cour de cassation ne donne pas de ligne directrice qui permettrait de savoir quels faits justifient la rupture à l'initiative du salarié, et quels faits ne la justifient pas. Elle se borne à énoncer qu'en l'absence de faits suffisamment graves pour

justifier la rupture du contrat aux torts de l'employeur, la prise d'acte de la rupture par le salarié produit les effets d'une démission⁸⁹. A contrario, il est possible d'en déduire que les faits invoqués par le salarié doivent être d'une gravité suffisante pour justifier la rupture. Pour le reste, la Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond, comme en matière de résiliation judiciaire⁹⁰. Cela est logique au regard du rôle de la Haute juridiction qui ne préjuge pas du fond du droit mais n'est pas sans rendre difficile une approche uniforme de cette notion.

Selon Monsieur le professeur Frédéric Géa, il existe deux approches concurrentes chez les juges du fond. Les premiers optent pour une approche « couperet » : dès lors qu'un manquement est imputable à l'employeur, ils considèrent qu'il y a licenciement sans cause réelle et sérieuse. Tel est le cas par exemple en cas de modification imposée de son contrat de travail au salarié, ou d'un manquement à une obligation de sécurité de résultat, ou bien encore en cas d'absence de visite de reprise suite à certaines absences. Les seconds procèdent à une approche « évaluative » qui consiste à apprécier in concreto la gravité du manquement allégué. Cette approche est favorisée notamment en cas d'heures supplémentaires non rémunérées⁹¹.

Sans prétendre dresser un tableau exhaustif, il est néanmoins loisible de mettre en lumière certains faits qui justifient la rupture à l'initiative du salarié tels que le non-paiement de tout ou partie de la rémunération⁹², la modification de son contrat de travail imposée au salarié par l'employeur⁹³, le non-respect par l'employeur de l'exclusivité du secteur confié au salarié⁹⁴, le non-respect de la réglementation du travail⁹⁵.

Le cabinet d'avocats au sein duquel j'ai effectué mon stage a été amené à traiter un dossier particulièrement intéressant à ce propos. Une salariée avait été engagée dans les années 1990 en tant qu'assistante. Elle bénéficiait de diverses

⁸⁹ Voir par exemple Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 03-45.018, Bull. civ. V n° 12

⁹⁰ Voir par exemple Cass. Soc. 16 novembre 2004, n° 02-46.048, Bull. civ. V, n° 287

⁹¹ Séminaire de Monsieur Frédéric Géa, Professeur des universités, du 10 février 2009, Master 2 Droit social, URS

⁹² Cass. Soc. 21 décembre 2006, n° 04-43.886

⁹³ Cass. Soc. 11 juillet 2006, n° 04-43.168

⁹⁴ Cass. Soc. 25 janvier 2006, n° 04-40.786

⁹⁵ Cass. Soc. 29 juin 2005, 03-44.412, sur le respect de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à l'usage collectif

primes et son salaire lui était versé sur treize mois. En 2003, elle bénéficiait d'un congé parental d'éducation.

Durant cette période, elle demandait à plusieurs reprises à son employeur de lui verser les primes auxquelles elle avait droit et qui ne lui avaient pas été réglées depuis 1998. Devant le silence de son employeur, elle démissionnait et s'adressait à lui par le biais de son conseil afin de faire constater la rupture de son contrat de travail à ses torts en raison du non respect de ses obligations contractuelles.

Cette lettre était rédigée en ces termes : « *Ma lettre du ... étant restée sans réponse, je vous informe que Madame X n'entend plus poursuivre son activité au service de votre société, puisque vous ne l'avez pas remplie de ses droits au titre des primes de bilan, de 13^{ème} mois et d'heures supplémentaires. Cette démission s'analyse en un licenciement car elle est motivée par le non paiement des salaires. Votre manquement à une obligation essentielle du contrat de travail, la rémunération du salarié, l'autorisent à vous imputer la rupture du contrat de travail.* »

Le conseil des prud'hommes a considéré que l'employeur avait commis un manquement grave en ne versant pas à la salariée ses primes de bilan, treizième mois et heures supplémentaires, ce qui justifiait que la démission soit analysée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dans cette procédure, l'employeur soutenait que la salariée ne pouvait invoquer la rupture de son contrat de travail qui était suspendu en raison de son congé parental, ce qui constituait la véritable discussion juridique car l'employeur précisait que la salariée n'étant pas sous sa subordination puisque en congé parental, elle ne pouvait lui imputer une démission s'analysant en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Au final l'employeur fut condamné à régler à la salariée les indemnités dues ainsi que la somme de 800 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile. La décision a été confirmée à hauteur d'appel.

b) Faits emportant démission

Si la jurisprudence n'est pas stable en la matière, il est néanmoins possible de dégager des grandes lignes dans l'appréciation par les juges des griefs allégués par les salariés. Ainsi, il apparaît que le paiement du salaire ne justifie pas une

prise d'acte s'il est versé avec quelques jours de retard. Une solution identique semble être retenue en cas de retard dans le paiement d'une prime.

La Cour de cassation a ainsi estimé dans un arrêt en date du 4 avril 2006 que même si l'obligation de payer le salaire et les primes constitue une obligation fondamentale de l'employeur, le fait de ne pas avoir réglé la totalité des primes « nouveaux clients » ne constitue pas un manquement suffisamment sérieux pour justifier la résiliation du contrat de travail⁹⁶.

La jurisprudence considère également que ne rapporte pas la preuve de tels manquements, le salarié qui invoque une différence de traitement à son détriment, concernant le travail du dimanche ainsi que des travaux annexes alors que d'autres salariés exerçaient également ces mêmes tâches, qu'il s'agisse tant du responsable de practice que du stater commissaire, du responsable de l'école de golf ou du fontainier⁹⁷.

De la même manière, le salarié qui invoque le non paiement de prime n'est pas recevable dans sa demande de voir sa prise d'acte produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁹⁸.

En définitive, malgré quelques incertitudes, des lignes directrices se dégagent de la jurisprudence. Ainsi, lorsque l'employeur a porté atteinte à un élément essentiel du contrat de travail tel que la rémunération ou le temps de travail, il est acquis que le salarié peut invoquer la prise d'acte de la rupture de son contrat. Il convient cependant de garder à l'esprit que l'issue d'un litige est toujours incertaine comme n'hésitent pas à le rappeler les avocats à leurs clients.

2. La preuve en matière de prise d'acte

La charge de la preuve repose entièrement sur le salarié, à qui il revient de démontrer le manquement de l'employeur et sa gravité suffisante (a). Le juge prud'homal appréciera ensuite les griefs allégués par le salarié, en portant une attention particulière à l'ensemble des griefs et pas uniquement à ceux mentionnés dans la lettre de démission ou de prise d'acte (b).

⁹⁶ Pourvoi n° 04-46.278

⁹⁷ Cass. Soc. 24 septembre 2008, n° 07-41.328

⁹⁸ CA Bordeaux, ch. soc. section B, 22 juillet 2008, Juri-data n° 2008-001262

a) La charge de la preuve

La charge de la preuve de la réalité des griefs invoqués par le salarié repose sur lui et sur lui seul. Il lui revient de démontrer non seulement l'existence de griefs, mais encore que ces griefs sont suffisamment graves pour justifier la prise d'acte. Comme l'exprime clairement Maître Michel Pierchon, il doit s'agir de « coups mortels » dans le contrat de travail et non de simples « coups de canif »⁹⁹.

Par un arrêt du 19 décembre 2007, la Cour de cassation a rappelé qu'elle n'entendait pas laisser aux seules parties l'appréciation de l'imputabilité de la rupture. Les allégations du salarié devront faire l'objet d'un examen attentif par les juges du fond, examen que la Haute juridiction s'arroge le pouvoir de contrôler. Dans une première espèce, elle a ainsi cassé la décision rendue par la cour d'appel d'Orléans, considérant que cette dernière s'était contentée de constater qu'« au moment où il donnait sa démission le salarié était placé dans une situation financière critique puisque l'employeur demeurait redevable de frais professionnels, ce qui constituait un manquement à ses obligations essentielles » alors que le salarié « n'avait pas invoqué de vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission », ni ne « remettait en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur ». De ce fait, l'arrêt d'appel devait être cassé¹⁰⁰.

En tout état de cause, il ne sera pas possible au salarié d'invoquer le bénéfice du doute de l'article L 1235-1 du Code du travail en sa faveur comme cela a été rappelé par la Haute juridiction dans un arrêt en date du 30 mai 2007¹⁰¹. Plus récemment encore, elle a insisté sur le fait que s'il subsiste un doute sur la réalité des faits allégués à l'encontre de son employeur par une salariée à l'appui de sa prise d'acte de la rupture, la qualification à retenir est celle d'une démission¹⁰².

Les juges auront donc à apprécier les griefs invoqués par le salarié sous le contrôle strict de la Haute juridiction. Encore faut-il savoir si leur champ

⁹⁹ M. Pierchon, « Prise d'acte de la rupture : elle ne doit être utilisée qu'à très bon escient », JS Jamy 30 mars 2009, p. 4

¹⁰⁰ Cass. 19 décembre 2007, n° 06-42.550 et 06-44.754, publiés au bulletin, note de S. Bernard et T. Grumbach, Revue de droit du travail 2008, p. 254

¹⁰¹ Pourvoi n° 05-44.685

¹⁰² Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.754

d'investigation se limite aux griefs mentionnés dans la lettre de démission ou s'il va au-delà.

b) L'écrit ne fixe pas les termes du litige

Afin d'apprécier la gravité des griefs invoqués par le salarié à l'encontre de l'employeur, encore faut-il que les juges sachent si leur champ d'investigation se restreint à la lettre de prise d'acte ou de démission accompagnée de griefs ou s'il s'étend au-delà.

En cas de contestation du bien-fondé d'un licenciement, la jurisprudence rappelle de manière constante que la lettre de licenciement fixe les termes et les limites du litige de sorte que le juge ne peut apprécier le bien-fondé du licenciement qu'au regard des seuls motifs énoncés dans la lettre de licenciement. La question s'est posée de la transposition de cette jurisprudence à la prise d'acte.

Appelée à se prononcer pour la première fois sur cette question en 1998 à propos d'une prise d'acte, la Cour de cassation a autorisé le salarié à invoquer dans la procédure des griefs qui ne figuraient pas dans la lettre de prise d'acte¹⁰³. Une position identique avait déjà été retenue en 1997 pour une démission requalifiée en licenciement¹⁰⁴.

Six ans plus tard, la Cour de cassation est revenue sur son analyse en affirmant que l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture en raison de faits qu'il impute à son employeur fixe les limites du litige¹⁰⁵.

Puis elle a à nouveau revu sa position et considère désormais que le juge est tenu d'apprécier l'ensemble des manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, quand bien même ils n'auraient pas été énoncés dans son écrit¹⁰⁶. En d'autres termes, le salarié n'est pas « enfermé » dans les griefs exprimés dans sa lettre de prise d'acte ou de démission et le juge devra examiner l'ensemble des griefs invoqués par le salarié, quand bien même ce dernier les aurait exprimés en dehors de sa lettre de rupture.

¹⁰³ Cass. Soc. 24 juin 1998, n° 96-40.539

¹⁰⁴ Cass. Soc. 17 décembre 1997, n° 95-41.749

¹⁰⁵ Cass. Soc. 19 octobre 2004, n° 02-45.742

¹⁰⁶ Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-42.804

Cette décision était prévisible et annoncée puisque dès 2004, la Cour de cassation indiquait dans son Rapport annuel que le principe posé par l'arrêt du 19 octobre 2004 devait être interprété à la lumière des faits de chaque espèce, ledit rapport précisant qu'il ne s'agit pas « d'interdire au salarié, à l'occasion de l'action en justice, d'invoquer, outre les faits qu'il avait dénoncés dans sa prise d'acte, d'autres faits. Cet arrêt signifie simplement que le juge ne peut statuer sans se prononcer sur les faits reprochés par le salarié dans sa lettre... ».

Un arrêt rendu le 16 janvier 2007¹⁰⁷ confirmait la jurisprudence de 2005 dans un litige opposant un avocat salarié à un cabinet d'avocats international. L'avocat salarié avait d'abord pris acte de la rupture puis avait ajouté certaines critiques à l'encontre de son employeur. La Cour de cassation a considéré comme recevable ce nouveau motif, reprenant l'attendu de principe de 2005.

Une condition est néanmoins posée par la jurisprudence : les griefs, même invoqués a posteriori, doivent être antérieurs à la date de prise d'acte¹⁰⁸ ou de démission et doivent avoir été invoqués devant les juges du fond pour justifier la prise d'acte¹⁰⁹.

A l'inverse, la jurisprudence est beaucoup plus sévère avec l'employeur lorsqu'il entend licencier un salarié. Comme l'écrit Maître Michel Pierchon, « les motifs sont gravés dans le sable pour le premier, dans le marbre pour le second »¹¹⁰. Or d'après lui, cette différence de traitement n'est pas convenable au regard du principe du droit à un procès équitable. Un espoir vient toutefois de la nouvelle mouture de l'article 1235-1 du Code du travail qui a été remanié suite à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. En effet, le législateur a voulu établir une distinction plus nette entre la motivation de la lettre de licenciement, qui sert à informer le salarié, et la justification du licenciement, utile en cas de litige. C'est pourquoi cet article a été refondé en deux alinéas afin de « casser cet emboîtement mécanique et excessif motif/cause »¹¹¹. Désormais, l'insuffisance de la motivation de la lettre de licenciement ne devrait plus préjuger de la cause réelle et sérieuse de ce dernier. Le juge aura à exercer un véritable contrôle de la

¹⁰⁷ Pourvoi n° 05-44.977

¹⁰⁸ Lamy social 2008, n° 1736, p. 903

¹⁰⁹ Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-43.471

¹¹⁰ M. Pierchon, op. cit.

¹¹¹ Ibid.

justification du licenciement qui ira au-delà du simple contrôle de la motivation de la lettre de rupture.

Les conditions posées par la jurisprudence sont différentes en cas de démission « sèche », c'est-à-dire donnée sans réserve.

B. L'absence de motivation de la démission : l'apport des arrêts du 9 mai 2007

L'une des principales innovations jurisprudentielles des dernières années en droit du travail a consisté à permettre à un salarié de démissionner sans émettre de réserves puis de voir requalifier sa démission en prise d'acte s'il parvient à prouver que les circonstances de la rupture étaient équivoques (1). Devant le succès de ce nouveau mécanisme juridique, la jurisprudence a été amenée à « freiner » l'enjouement des salariés en encadrant ce mécanisme et en l'enfermant dans des délais. Passé un certain temps après sa démission, le salarié ne pourra plus solliciter sa requalification en prise d'acte (2).

1. L'importance des circonstances entourant la démission

Par ses arrêts rendus le 9 mai 2007, la Cour de cassation, après avoir rappelé la définition qu'elle retient de la démission, poursuit en affirmant que lorsque le salarié remet en cause sa démission, le juge « doit, s'il résulte des circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture »¹¹².

Une première remarque consiste à reprendre l'argument de Monsieur le professeur Gilles Auzero, qui critique avec vigueur la formule utilisée par la Cour de cassation dans la mesure où la démission ne saurait en elle-même présenter un caractère équivoque puisque par définition la volonté de mettre un terme au contrat de travail est exprimée de manière claire et sérieuse. Selon l'auteur, « ce qui fait éventuellement défaut ici c'est le caractère libre de la volonté de rompre le contrat, en ce sens que le salarié a peut-être été contraint à la démission en

¹¹² Cass. Soc. 9 mai 2007, pourvois n° 05-40.315, 05-40.518, 05-41.325, 05-42.301 publiés au Bulletin

raison de fautes de son employeur »¹¹³. Mais il semble que ce que la Haute juridiction a souhaité mettre en avant, c'est que les circonstances entourant la démission doivent être équivoques, et non celle-ci, qui ne peut l'être puisque si tel était le cas, les arrêts du 9 mai 2007 n'auraient aucune utilité et il suffirait de s'en tenir à la jurisprudence du 15 mars 2006 sur la démission accompagnée de griefs. C'est bel et bien parce que la démission est « sèche » qu'il fallait à la Cour de cassation innover afin de protéger le salarié contre lui-même et les conséquences d'une démission donnée sans réserve.

Il convient encore de s'interroger sur un point de sémantique. En effet, les expressions utilisées par la Cour de cassation, à savoir « les faits ou les manquements » invoqués par le salarié pour remettre en cause sa démission et les « circonstances antérieures ou contemporaines » renferment-elles la même réalité ? Il semble avec Monsieur le professeur Gilles Auzero que « les faits ou manquements » renvoient aux griefs invoqués par le salarié, lesquels deviennent des « circonstances antérieures ou contemporaines » lorsqu'il revient au juge d'en apprécier la gravité. L'auteur propose encore une seconde analyse qui est celle de Monsieur le professeur Jean-Yves Frouin, selon laquelle les « faits ou manquements » ne deviendraient des « circonstances antérieures ou contemporaines » que dans la mesure où un conflit ouvert avec l'employeur serait né¹¹⁴. Si cette seconde analyse peut laisser perplexe, en ce qu'elle prive le salarié de l'apport des arrêts du 9 mai 2007 lorsqu'il a démissionné sans être en conflit ouvert avec son employeur lors de la rupture de son contrat de travail – ce qui arrive fréquemment lorsque le salarié est réservé ou souhaite quitter l'entreprise sans esclandre, notamment parce qu'il souhaite exprimer sa reconnaissance à son employeur pour une longue carrière tout en sachant qu'il a des griefs à exprimer¹¹⁵ - il n'en demeure pas moins qu'il reviendra en dernier lieu aux juges du

¹¹³ G. Auzero, *L'articulation de la démission et de la prise d'acte*, Revue de droit du travail 2007, p. 452

¹¹⁴ J-Y Frouin, *Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié*, RDT 2007, 150

¹¹⁵ Tel fut le cas dans l'un des dossiers que j'ai traité : le salarié, très compétent et fidèle depuis plus de trente ans à son employeur, a démissionné en raison de la modification de ses fonctions qui ne correspondaient plus à sa qualification. Toutefois, vouant un réel respect à son employeur, il a choisi de quitter l'entreprise discrètement puis après quelques mois s'est décidé à saisir la juridiction prud'homale, ayant pris conscience qu'il devait être rempli de ses droits suite à sa démission qui était en réalité motivée par des manquements de son employeur.

fond d'apprécier la gravité des griefs invoqués à l'encontre de l'employeur et d'en déduire si les circonstances de la rupture étaient ou non équivoques.

En définitive, les juges commenceront par rechercher si les circonstances de la démission sont équivoques. A cette condition seulement, la démission sera « requalifiée » en prise d'acte. Ensuite, les juges apprécieront si la prise d'acte « produit les effets » d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une démission selon que les griefs invoqués à l'encontre de l'employeur seront suffisamment graves ou non. Désormais, le mécanisme est à trois temps, alors qu'il ne l'était qu'à deux avant que les arrêts du 9 mai 2007 ne soient rendus. Antérieurement, la démission pouvait tout au plus être « requalifiée » directement en licenciement sans cause réelle et sérieuse si les manquements de l'employeur le justifiaient.

Dans l'un des dossiers qu'il m'a été donné de traiter, j'ai pu constater que les circonstances entourant la rupture du contrat, c'est-à-dire la démission, revêtent une importance toute particulière. En effet, nous assurons la défense des intérêts d'un employeur dont l'un des salariés avait démissionné avant de prendre acte de la rupture de son contrat de travail sept mois plus tard. La lettre de démission du salarié ne contenait aucune réserve, le salarié indiquant seulement qu'il souhaitait « réorienter sa vie professionnelle ». Il avait également organisé un pot de départ qui s'était déroulé de façon cordiale. Le salarié était encore destinataire de plusieurs courriels de remerciement de la part de ses supérieurs hiérarchiques qui le félicitaient pour son excellent travail durant ses longues années de service. Soudain, sept mois plus tard, le salarié se rapprochait d'un avocat afin de prendre acte de la rupture de son contrat aux torts de son employeur et de voir sa démission requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le conseil des prud'hommes, qui a rendu sa décision en juillet dernier, fut très sévère à l'égard du salarié qu'il débouta de l'ensemble de ses demandes et condamna au paiement d'une indemnité de 1.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Une dernière question reste encore à trancher par la Cour de cassation : que signifie l'expression « circonstances contemporaines de la démission » ? La réponse est incertaine mais la Haute juridiction tente d'apporter un début de solution.

2. Un délai raisonnable à respecter entre la démission et sa contestation

La démission donnée sans réserve sera ensuite remise en cause par le salarié qui souhaite la voir requalifiée en prise d'acte par les juges. La question qui se pose est celle du délai à respecter entre la démission et sa contestation afin que la volonté du salarié d'imputer la rupture de son contrat de travail à son employeur soit crédible et ne paraisse pas fantaisiste.

La position de la jurisprudence est loin d'être unanime. A titre d'exemple, la Haute juridiction a pu considérer que la rétractation d'une démission intervenue six jours après qu'elle a été donnée était de nature à la rendre équivoque¹¹⁶. Un arrêt plus récent indique que passé un délai de trois mois, la contestation devient tardive¹¹⁷.

Par un arrêt rendu le 19 décembre 2007, la Cour de cassation a cassé une décision d'appel qui avait estimé qu'un délai de quatorze mois n'était pas excessif au motif que le salarié « n'avait contesté les conditions de la rupture du contrat de travail que quatorze mois plus tard, ce dont il résultait que rien ne permettait de remettre en cause la manifestation de sa volonté claire et non équivoque de démissionner ¹¹⁸».

Mais récemment, la Chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'un délai de deux mois était déjà trop long. Cette hésitation de la jurisprudence n'est pas sans poser des difficultés pour le salarié.

Durant mon stage, il m'a été donné de rédiger un acte introductif d'instance pour un salarié qui avait pris acte de la rupture de son contrat par le biais du cabinet d'avocats Leva quelques mois plus tôt. La principale difficulté résidait dans le long délai qui s'était écoulé entre la démission du salarié et sa lettre de prise d'acte. Le délibéré n'a pas encore été rendu, l'affaire ayant été plaidée en juillet 2009, mais s'il est un point où la demande du salarié pourrait atterrir, il s'agit du délai. En effet, le salarié a été engagé en 1994 en qualité de chargé de communication. En 2000, il a bénéficié du statut de cadre. Puis, trois années plus tard, son poste a été supprimé et il s'est vu affecté au service clients sans aucun avenant à son

¹¹⁶ Cass. Soc. 9 mai 2007 n° 05-40.518

¹¹⁷ Cass. Soc. 27 mars 2008, n° 06-45.516

¹¹⁸ Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-42.550, Juris-data n° 2007-042010

contrat de travail. Non seulement ses fonctions ont été modifiées, mais il a encore été dans l'obligation de quitter son bureau individuel pour rejoindre un bureau collectif et de partager les logiciels informatiques avec ses collègues. Dans ces conditions il a adressé un courriel à sa hiérarchie, déplorant l'évolution de ses conditions de travail. Devant le silence de l'employeur, il a adressé une lettre de démission début 2004, annonçant qu'il quittait l'entreprise dans la mesure où ses fonctions avaient été modifiées, insistant dans sa lettre sur la différence entre ses anciennes et ses nouvelles tâches. Durant la durée du préavis, le salarié a bénéficié d'un arrêt maladie en raison d'une dépression nerveuse. S'étant adressé au cabinet d'avocats Leva, nous avons rédigé pour son compte un courrier de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail en décembre 2007. Le conseil des prud'hommes a été saisi par un acte introductif d'instance qu'il m'a été donné de rédiger¹¹⁹ en juillet 2008. La demande du salarié paraît entièrement fondée puisque ses fonctions ont réellement été modifiées dans leur intégralité. La seule difficulté provient du délai qui s'est écoulé entre la démission du salarié début 2004 et sa prise d'acte fin 2007. Plus de trois années se sont écoulées, ce qui constitue le point délicat du dossier, dont le délibéré devrait être rendu en octobre prochain.

§2. Les effets de la démission s'analysant en prise d'acte

La jurisprudence fait produire à la prise d'acte de la rupture les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (A), soit d'une démission (B) selon que les griefs allégués par le salarié sont ou non fondés.

A. La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

Dans cette hypothèse, le salarié aura droit au versement de différentes indemnités (1) ainsi qu'à des dommages et intérêts en fonction du préjudice subi le cas échéant (2).

¹¹⁹ Voir Annexe n° 1

1. Le versement des indemnités dues au salarié

Le salarié aura droit à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (a) ainsi qu'à une indemnité compensatrice de préavis (b) et dans certains cas à une indemnité pour non respect des règles de forme relatives à la procédure de licenciement (c), ainsi qu'à une indemnité de non-concurrence (d).

a) L'indemnité de licenciement

Aux termes de l'article L 1232-9 du Code du travail, le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement . Elle ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté comme l'indique l'article R 1234-2 du Code du travail.

L'article R 1234-3 dispose que le salaire à prendre en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement est, selon la formule la plus avantageuse pour le salarié : 1° Soit le douzième de la rémunération des douze derniers mois précédant le licenciement ; 2° Soit le tiers des trois derniers mois. Dans ce cas, toute prime ou gratification de caractère annuel ou exceptionnel, versée au salarié pendant cette période, n'est prise en compte que dans la limite d'un montant calculé à due proportion.

Le salarié démissionnaire dont la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse se trouve donc dans une situation identique à celle du salarié licencié qui n'a pas commis de faute grave. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail, le salarié démissionnaire perçoit une indemnité correspondant à un cinquième de mois de salaire alors qu'auparavant elle correspondait à un dixième.

Lorsqu'il existe une convention collective applicable dans l'entreprise, il convient de rechercher si elle prévoit une indemnité de licenciement plus favorable que l'indemnité légale, ce qui est souvent le cas.

Durant mon stage, j'ai à plusieurs reprises eu l'occasion d'étudier des conventions collectives et d'en faire application dans le calcul de l'indemnité de licenciement à

laquelle avait droit le salarié. Il s'agissait autant de dossiers de prise d'acte que de dossiers plus classiques, ayant trait à la contestation de son licenciement par le salarié.

b) L'indemnité compensatrice de préavis

Aux termes de l'article L 1234-1 du Code du travail, « lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié a droit : 1° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession ; 2° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus comprise entre six mois et moins de deux ans, à un préavis d'un mois ; 3° S'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus d'au moins deux ans, à un préavis de deux mois. »

L'article 1234-5 du Code du travail dispose que « lorsque le salarié n'exécute pas le préavis, il a droit, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice.

L'inexécution du préavis, notamment en cas de dispense par l'employeur, n'entraîne aucune diminution du salaire et des avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du préavis, indemnité de congés payés comprise. L'indemnité compensatrice de préavis se cumule avec l'indemnité de licenciement et avec l'indemnité prévue à l'article L. 1235-2. »

Dès lors, si les juges considèrent que la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié aura droit à cette indemnité qui compensera la rémunération qu'il aurait dû percevoir pendant la période de préavis. Certains auteurs ont contesté l'octroi d'une telle indemnité au motif que la prise d'acte ayant pour conséquence de rompre immédiatement le contrat de travail, il n'a y pas de parallélisme avec le licenciement et aucun préavis n'est de droit, ni pour l'employeur, ni pour le salarié. Cette opinion peut sembler excessive dans la mesure où elle permettrait à l'employeur de s'épargner le respect d'un « délai- congé » en poussant le salarié à démissionner. Elle n'a d'ailleurs pas été suivie par la jurisprudence qui condamne de manière constante l'employeur à

régler au salarié une indemnité compensatrice de préavis dans une telle hypothèse.

c) L'indemnité pour non respect des règles de forme relatives à la procédure de licenciement

Lorsque la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié a également droit dans certains cas à une indemnité pour inobservation de la procédure de licenciement. En effet, l'employeur se doit d'observer des règles de forme lorsqu'il entend licencier un salarié (entretien préalable au licenciement, délais à respecter entre la tenue de l'entretien et l'envoi de la lettre de licenciement etc...). Dans l'hypothèse où le salarié démissionne puis prend acte de la rupture de son contrat de travail, la procédure de licenciement est court-circuitée. Dès lors, les articles 1235-2 et suivants du Code du travail doivent recevoir application et la juridiction prud'homale n'hésitera pas à accorder au salarié dont la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, une indemnité pour non respect de la procédure¹²⁰.

Les sanctions spécifiques relatives à l'inobservation de la procédure de licenciement concernent les entreprises d'au moins onze salariés et, au sein de ces entreprises, les salariés ayant une ancienneté d'au moins deux années. Ces sanctions portent sur la reprise de la procédure et l'octroi d'une indemnité égale au plus à un mois de salaire. Dans les entreprises de moins de onze salariés, l'irrégularité de la procédure n'est qu'un élément d'appréciation du caractère abusif du licenciement¹²¹.

d) L'indemnité de non-concurrence

Une question se pose lorsqu'une clause de non-concurrence a été insérée au contrat de travail du salarié : celle-ci sera-t-elle malgré tout applicable ?

La particularité de la clause de non-concurrence, qui est selon l'expression de Monsieur le professeur J.-E. Ray, *"de n'être efficace qu'à la mort du contrat qui l'a*

¹²⁰ Voir par exemple Cass. Soc. 5 novembre 2003, n° 01-43.736

¹²¹ Art. L 1235-5 C. trav.

*vu naître*¹²² rend sa mise en œuvre indifférente à la nature de la rupture des relations contractuelles.

Dès lors, la jurisprudence considère que la finalité de la clause de non-concurrence est telle qu'elle doit recevoir application quelles que soient les raisons de la rupture du contrat de travail. L'obligation de non-concurrence doit être respectée en tout état de cause. Et si le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié est en droit de percevoir une indemnité en raison du préjudice qu'il a subi, la clause maintenant sa pleine efficacité¹²³. Il en ira de même en cas de prise d'acte produisant les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, comme il est loisible de le constater à la lecture des moyens soulevés par les salariés sollicitant la requalification de la rupture de leur contrat de travail devant les juridictions prud'homales.

Le salarié pourra également prétendre à l'octroi de dommages et intérêts.

2. *L'attribution de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse*

Aux termes des articles L 1235-1 et suivants du Code du travail, le salarié dont le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse a droit à l'attribution de dommages et intérêts de la part de son employeur. Ils s'élèvent au minimum à six mois de salaire lorsque le salarié compte plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de onze salariés et plus. Si ces conditions ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale apprécie leur montant en fonction du préjudice subi.

J'ai eu l'occasion de traiter un dossier dans lequel nous avons déjà obtenu le délibéré, ce qui permet de donner un éclairage sur le montant des dommages et intérêts qui peuvent être alloués au salarié en cas de requalification de la démission en prise d'acte produisant ensuite les effets d'un licenciement sans

¹²² J-E RAY, *Droit du travail, droit vivant : Liaisons soc.*, sept. 2001, p. 317

¹²³ Ainsi, il a été jugé que "dès lors que la clause de non-concurrence est limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle est conçue en termes généraux quant aux causes de la rupture du contrat de travail dans laquelle elle est insérée, elle *doit recevoir application, même lorsque cette rupture résulte d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse*" (Cass. soc., 25 oct. 1995, pourvoi n° 93-45.442).

cause réelle et sérieuse. En l'espèce, le salarié sollicitait l'attribution d'un montant de 42.000 euros à titre de dommages et intérêts suite à sa prise d'acte. Lui ayant donné gain de cause, le conseil des prud'hommes lui a finalement accordé la somme de 20.000 euros, auxquels se sont ajoutés l'indemnité de préavis (10.000 euros) ainsi que 300 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Dans un autre dossier, dans lequel j'ai rédigé un acte introductif pour un salarié qui avait pris acte de la rupture quelques mois plus tôt, j'ai sollicité du conseil des prud'hommes qu'il condamne l'employeur à régler au salarié des dommages et intérêts correspondant à douze mois de salaire, le salarié ayant une ancienneté de dix ans dans une entreprise comptant plus de dix salariés¹²⁴. Le délibéré devrait être rendu en octobre prochain.

B. La prise d'acte s'analysant en une démission

Le salarié démissionnaire qui sollicite sa requalification en prise d'acte encoure un risque important dans le cas où les juges considèreraient que sa prise d'acte produit les effets d'une démission. Ce risque, avant tout financier, concerne autant l'éventuelle condamnation du salarié à verser à son employeur une indemnité compensatrice de préavis (1) que sa condamnation à verser des dommages et intérêts pour rupture abusive tandis qu'il ne pourra prétendre au versement d'allocations chômage (2).

1. Le paiement par le salarié d'une indemnité compensatrice de préavis à l'employeur

La question s'est longtemps posée de savoir si le salarié qui démissionne en faisant état de griefs à l'encontre de son employeur se doit d'exécuter un préavis. En effet, la jurisprudence admet que la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail¹²⁵. Or en cas de démission, le salarié se doit d'effectuer un préavis comme cela résulte des textes. Qu'en est-il alors en cas de démission requalifiée en prise d'acte ?

¹²⁴ Voir Annexe n° 1

¹²⁵ Voir Section 1, notamment Cass. Soc. 31 octobre 2006, 04-48.234

Par un arrêt rendu le 2 juillet 2008, la Cour de cassation a confirmé le principe selon lequel, lorsque la prise d'acte de la rupture produit les effets d'une démission, le salarié est tenu d'indemniser l'employeur pour non-respect du préavis. En l'espèce, un technicien de réalisation avait refusé le 20 octobre 2004 les nouvelles fonctions que lui proposait son employeur. Par lettre du 26 octobre 2004, il prenait acte de la rupture de son contrat de travail et saisissait le conseil des prud'hommes afin de faire reconnaître que la rupture de son contrat de travail produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Sa demande est rejetée par la Haute juridiction au motif que lors de la prise d'acte de la rupture, le 26 octobre, l'employeur n'avait pas modifié son contrat de travail, ni manqué à ses obligations puisque le refus du salarié d'accepter la proposition de modification datait du 20 octobre. La rupture devait donc s'analyser en une démission et la nouveauté de cet arrêt réside dans la condamnation du salarié à verser à son employeur une indemnité pour non-respect du préavis¹²⁶.

Récemment, la Cour de cassation a confirmé sa position a propos de faits similaires au motif que « lorsque la prise d'acte de la rupture du contrat de travail rompt celui-ci, le salarié peut être condamné à indemniser l'employeur pour non-respect du préavis. La Cour d'appel qui a retenu que la prise d'acte de la rupture produisait les effets d'une démission et a condamné le salarié à indemniser l'employeur pour non-respect du préavis a légalement justifié sa décision »¹²⁷.

J'ai eu l'occasion de traiter un dossier dans lequel nous assurons la défense des intérêts d'un employeur suite à la prise d'acte de la rupture de son contrat de travail par un salarié. Celui-ci avait démissionné sans réserve en aout 2007. Relevant de la catégorie des cadres, il devait effectuer un préavis de trois mois, s'achevant fin octobre 2007. Le salarié l'a effectué aux deux tiers puis a demandé à son employeur à en être dispensé car il avait trouvé un nouvel emploi. Dans ce cas de figure, le conseil des prud'hommes pourrait condamner le salarié à verser à l'employeur une somme correspondant au reliquat du préavis non effectué. Nous ne sommes pas allés jusque là dans nos conclusions, nous contentant de demander qu'il soit débouté de ses demandes. A l'inverse, le salarié n'a pas hésité à solliciter du juge prud'homal qu'il condamne l'employeur à lui payer le

¹²⁶ Cass. Soc. 2 juillet 2008, n° 07-42.299, Thematis n° 330-10

¹²⁷ Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-44.142

reliquat de préavis non effectué, ce qui apparaît pour le moins déplacé dans la mesure où c'est le salarié lui-même qui a demandé à être dispensé d'effectuer les quinze derniers jours afin d'intégrer son nouvel emploi. Il reviendra au conseil des prud'hommes d'apprécier souverainement, le délibéré devant être rendu en novembre prochain.

2. *Un risque financier important pour le salarié*

Le risque encouru par le salarié qui démissionne et saisit par la suite le conseil des prud'hommes aux fins de voir requalifier sa démission en prise d'acte est très important puisque non seulement il ne percevra pas les allocations couvrant le risque chômage mais il s'expose encore à être condamné à verser des dommages et intérêts à son employeur en cas d'abus dans l'exercice de son droit de démissionner.

Le salarié s'expose tout d'abord à ne pas pouvoir bénéficier de l'assurance chômage si les griefs allégués à l'encontre de son employeur ne sont pas considérés comme suffisamment graves pour produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, le salarié, qui sera considéré comme démissionnaire, ne percevra pas les allocations couvrant le risque chômage. Afin d'alléger quelque peu le lourd fardeau du salarié, il lui est cependant permis dans l'hypothèse où il n'aurait pas retrouvé d'emploi au bout de cent vingt et un jours, de saisir la commission paritaire des Assedic afin que sa situation soit réévaluée.

En outre, comme dans le cas d'une démission simple, le salarié risque de se voir condamné à verser à son employeur des dommages et intérêts s'il a commis un abus dans son droit de démissionner. Il en sera ainsi lorsque le salarié aura agi avec une « intention de nuire » ou une « légèreté blâmable », ce qu'il appartient à l'employeur de prouver. La jurisprudence rappelle que l'inexactitude des manquements invoqués à l'encontre de l'employeur par le salarié ne permet pas d'établir le caractère abusif de la démission¹²⁸. Encore faut-il savoir ce que la jurisprudence entend par « intention de nuire » ou « légèreté blâmable ». La Haute juridiction définit l'intention de nuire comme « la faute lourde, imputable au salarié démissionnaire, caractérisée par la preuve que le salarié a rompu son contrat de

¹²⁸ Cass. Soc. 22 juin 1994, RJS 8-9/ 1994, n° 968

travail dans le but manifeste de causer un préjudice déterminé à son employeur »¹²⁹. La « légèreté blâmable » est définie, quant à elle, comme la « négligence grave susceptible de causer un préjudice à son employeur »¹³⁰.

Enfin, le salarié s'expose encore, en cas de litige porté devant le conseil des prud'hommes, à se voir condamné au paiement d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, lequel indique que « dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

Il revient donc au salarié de mesurer les risques de sa démarche en amont. Le salarié doit avoir la quasi certitude de pouvoir rapporter la preuve de faits avérés et suffisamment graves à l'encontre de son employeur. A défaut, il semble préférable pour le salarié d'avoir recours à une demande en résiliation judiciaire de son contrat de travail, qui n'emportera rupture du contrat qu'à la condition que les griefs allégués soient avérés. Dans le cas contraire, le contrat de travail sera maintenu et le salarié évitera de se voir considéré comme démissionnaire¹³¹.

La prise d'acte aurait selon certains auteurs davantage d'intérêt en cas d'atteinte aux droits de la personne qu'en cas de manquements contractuels. L'exemple caractéristique est celui de la modification des conditions de travail. En effet, l'on sait à quel point la distinction entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail est tenue. Or, si la modification unilatérale du contrat de travail fait produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la prise d'acte consécutive à un simple changement des conditions de travail produira les effets d'une démission. Il semble donc qu'il soit plus prudent dans ce domaine de solliciter du juge prud'homal la résiliation judiciaire du contrat. Au contraire, dans le cas d'atteinte aux droits de la personne,

¹²⁹ JC Traité fasc. 30-20 Démission

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Modèles RH au quotidien, Etude 650-1

la prise d'acte occuperait toute sa place selon Anne-Catherine Créplet ¹³². Prenant l'exemple du régime de changement d'horaires, l'auteur relève que certaines modifications des horaires, qui relèvent en principe du pouvoir de direction de l'employeur, sont qualifiées de modification du contrat de travail en raison de leur impact sur les conditions de vie du salarié. Dans ces hypothèses, le juge se fonde sur l'atteinte aux droits de la personne pour apprécier s'il y a modification du contrat de travail ou simple modification des conditions de travail. La prise d'acte aurait ainsi un rôle important à jouer dans ce domaine qui s'écarte de la simple appréciation des manquements contractuels pour s'orienter vers une appréciation in concreto de la situation de chaque salarié.

En définitive, la démission requalifiée en prise d'acte « c'est tout, et même plus que tout, par l'addition en chaîne de toutes indemnités si le licenciement est reconnu, ou rien, voire moins que rien, si la démission est entérinée »¹³³.

¹³² Doctorante à l'Institut de Recherche sur l'Entreprise et les Relations professionnelles, Université Paris X Nanterre, ayant participé à une étude menée par cinq doctorants sous la coordination de P. Lokiec, Maître de conférences à l'Université Paris X Nanterre, « Variations autour de la prise d'acte », *Revue de droit du travail* 2007, p. 159

¹³³ M. Pierchon, *op. cit.*

CONCLUSION

Il est loisible de constater, au terme de cette étude, que le régime juridique de la prise d'acte de la rupture, et plus précisément de la démission s'analysant en une prise d'acte est en perpétuelle construction. « Les juges ont la charge d'en faire un instrument de rééquilibrage des relations contractuelles entre employeur et salarié »¹³⁴. Si certaines incertitudes entourent encore cette construction prétorienne, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence abondante de la Cour de cassation a apporté de nombreux éclaircissements à la fois sur sa notion et son régime.

La dernière innovation jurisprudentielle en matière de prise d'acte a consisté à permettre à un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail de prendre acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur. Cette rupture produit alors soit les effets d'un licenciement prononcé en violation des dispositions des articles L 1226-10 et suivants du Code du travail relatif à la rupture du contrat de travail des salariés accidentés du travail, lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission¹³⁵.

Une question, parmi d'autres, reste néanmoins en suspens comme l'a souligné Monsieur le professeur Frédéric Géa : est-il possible de signer une transaction après une prise d'acte de la rupture ? A ce jour, seul un arrêt s'est prononcé sur cette question pour exclure cette possibilité, ayant considéré que « la transaction ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive et ne peut porter sur l'imputabilité de cette dernière, laquelle conditionne l'existence de concessions réciproques »¹³⁶. Cette décision est néanmoins ancienne et a été rendue à une époque où la jurisprudence n'était pas unanime sur les effets de la

¹³⁴ B. Desaint, « *Prise d'acte : itinéraires d'une résiliation unilatérale sui generis* », *Jurisprudence Sociale Lamy* 2007, chronique n° 224

¹³⁵ Cass. Soc. 21 janvier 2009, n° 07-41.822

¹³⁶ Cass. Soc. 16 juillet 1997, n° 94-42.283, Bull civ V, n° 278

prise d'acte. Aujourd'hui il est acquis que la prise d'acte consomme la rupture du contrat. Selon Monsieur le professeur Frédéric Géa, il paraît dès lors envisageable de procéder à une telle transaction, à la double condition qu'elle ne règle pas la question de l'imputabilité de la rupture et qu'elle n'ait pas été préparée antérieurement à la prise d'acte car le litige doit déjà être né¹³⁷. De plus, les concessions faites par les parties ne devront pas conduire à dénaturer la prise d'acte, qui ne peut produire que les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou d'une démission. Mais on pourrait imaginer que le salarié renonce à certains dommages et intérêts pour préjudice distinct ou que l'employeur dispense le salarié de lui verser une indemnité en cas de brusque rupture de son contrat de travail¹³⁸.

Si certaines questions restent à l'heure actuelle en suspens, le plus symptomatique demeure la réticence d'une partie de la doctrine face à ces constructions prétoriennes que constituent la prise d'acte ainsi que sa sœur cadette, la démission s'analysant en une prise d'acte. Pour certains elles se révèlent superfétatoires, pour d'autres dangereuses.

Certes, il est vrai que la prise d'acte de la rupture est une opération risquée qui se résout depuis les arrêts du 25 juin 2003 en une alternative radicale : soit la prise d'acte est rétroactivement validée par le juge, emportant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ; soit la prise d'acte ne convainc pas les juges et produit les effets d'une démission. Le salarié a donc tout intérêt à motiver avec vigueur sa prise d'acte.

La démission requalifiée en prise d'acte est en proie aux mêmes difficultés. En effet, le juge doit d'abord requalifier cette démission en prise d'acte si les circonstances la rendent équivoque. Il devra ensuite rechercher si les griefs invoqués par le salarié sont justifiés ou non. Dans le premier cas, la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que dans le second elle produit les effets d'une démission. Cette dernière situation démontre selon Monsieur le professeur Gilles Auzero le « caractère pour le moins artificiel de la solution retenue » par la Cour de cassation, lequel poursuit : « voilà une démission que l'on analyse en prise d'acte pour lui faire ensuite produire les effets

¹³⁷ Séminaire du 10 février 2009 délivré dans le cadre du Master 2 Droit social

¹³⁸ Lamy social 2008, n° 1739

d'une...démission ! »¹³⁹. Et de conclure qu'il n'est pas évident de saisir l'intérêt des arrêts du 9 mai 2007 « si ce n'est d'un point de vue strictement conceptuel, afin de cantonner la qualification de démission à ce qu'elle est réellement, à savoir une volonté claire et non équivoque du salarié de mettre un terme à son contrat de travail, et de renvoyer tous les actes ne remplissant pas ces conditions à la qualification de prise d'acte ».

D'après Monsieur le professeur Gilles Auzero, le détour par la prise d'acte n'était pas utile. La seule innovation a trait à la sémantique puisque désormais, une rupture à l'initiative du salarié ne valant pas démission « produira les effets » d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse alors qu'auparavant elle était « requalifiée » en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il n'en reste pas moins que la Cour de cassation, au travers de sa construction jurisprudentielle a créé une passerelle entre ces deux modes de rupture originaux du contrat de travail que sont la démission et la prise d'acte.

Jean-Yves Frouin, Professeur des universités et conseiller à la Cour d'appel de Poitiers, a également critiqué avec vigueur ces constructions jurisprudentielles avant de revenir quelque peu sur ses positions. Selon lui, dès lors que le salarié dispose d'un mode de rupture autonome alternatif à la démission avec la prise d'acte aux torts de l'employeur, il paraît superflu que la démission puisse être ultérieurement remise en cause, si ce n'est en cas de vice de consentement, comme tout contrat de droit commun. A l'avenir seul un vice du consentement devrait permettre de remettre en cause une démission donnée sans réserve¹⁴⁰. Mais suite aux arrêts rendus par la Haute juridiction le 9 mai 2007, il est revenu sur ses positions, considérant que « la solution adoptée par ces arrêts [...] semble logique et équilibrée »¹⁴¹.

Si les faveurs de la doctrine à l'égard de la démission s'analysant en prise d'acte sont partagées, il n'en demeure pas moins que cette construction prétorienne était la bienvenue pour les salariés poussés à la démission par leur employeur et tiraillés entre leur conscience professionnelle et leur volonté de faire éclater la vérité sur leurs conditions de travail. Au travers des dossiers que j'ai traités, j'ai pu

¹³⁹ G. Auzero, op. cit.

¹⁴⁰ J-Y Frouin, op. cit.

¹⁴¹ J-Y Frouin, « Une démission sans réserve peut-elle être remise en cause ? » Semaine sociale Lamy 2007, n° 1307

constater que ce mécanisme n'était certes pas parfait, mais était d'une grande aide pour les salariés qui avaient démissionné dans l'indifférence et se trouvaient ensuite désemparés devant les conséquences de leur acte.

Une autre innovation, légale celle-ci, permet d'aider les salariés se trouvant dans une telle situation de désarroi : la rupture conventionnelle. Maître Michel Pierchon¹⁴² insiste sur l'importance de ce mécanisme mis en place par la loi du 25 juin 2008 sur la modernisation du marché du travail suite à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, qui permet de satisfaire les deux parties, même si son domaine reste limité puisqu'il s'agit des ruptures sans conflit. Selon l'auteur « une utilisation à bon escient devrait être de nature à limiter les prises d'acte et les contentieux afférents, aussi aléatoires que risqués tant pour l'employeur que pour le salarié ».

Ce mécanisme juridique n'est cependant pas sans poser des difficultés comme le souligne à juste titre Maître Monique Leva. En effet, la rupture conventionnelle suppose qu'il n'y ait aucun conflit entre employeur et salarié au moment où elle intervient. Or il est tout à fait imaginable qu'un salarié envoie à son employeur une lettre de démission ou de prise d'acte s'analysant en un licenciement et que ce dernier lui propose alors une rupture conventionnelle du contrat de travail. Le salarié accepte la proposition puis change d'avis après avoir perçu l'indemnité de rupture conventionnelle et saisit le conseil des prud'hommes en faisant valoir notamment qu'il y avait litige lors de la signature de l'accord de rupture conventionnelle. Qu'advient-il ? A l'heure actuelle il n'existe pas d'exemple de jurisprudence à ce sujet mais il est à craindre qu'un salarié s'engouffre dans la brèche.

La démission s'analysant en prise d'acte fera encore couler beaucoup d'encre avant de recueillir l'unanimité parmi les professionnels du droit. Dans cette optique, Madame Agnès Martinel, conseiller référendaire à la Chambre sociale de la Cour de cassation, appelle de ses vœux une intervention législative en la matière, estimant que la Cour de cassation, par sa jurisprudence foisonnante, cherche à contraindre le législateur à intervenir¹⁴³.

¹⁴² Op. cit.

¹⁴³ A. Martinel, « Rupture du troisième type », Semaine sociale Lamy n° 1274, p. 8

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Lamy social, édition 2008
- Lamy social Guide pratique, édition 2008,
- Lamy social, Modèles RH au quotidien, édition 2008
- Mémento pratique social, édition Francis LEFEBVRE 2008
- Droit du travail au quotidien, Lamyline Reflex
- JurisClasseur Travail Traité
- Code du travail, Dalloz, 2009

Articles de Doctrine

- G. Auzero, « L'articulation de la démission et de la prise d'acte », Revue de droit du travail 2007 p. 452
- A. Martinel, « Ruptures du troisième type », Semaine sociale Lamy, 18 septembre 2006, n° 1274, p. 8
- J-Y Frouin, « Une démission sans réserve peut-elle être remise en cause ? » Semaine sociale Lamy 2007, n° 1307
- J-Y Frouin, « Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié », Revue de droit du travail 2007, 150
- J-Y Frouin, « Conséquences d'une prise d'acte sur le calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés », La Semaine Juridique Social n° 29, 17 juillet 2007, 1568
- J-Y Frouin, « Distinction entre démission et prise d'acte », La Semaine Juridique Social n° 21, 20 mai 2008, 1288

- J-Y Frouin, « Convocation à l'entretien préalable au licenciement suivie d'une prise d'acte de la rupture par le salarié : l'office du juge », La Semaine Juridique Social n° 39, 26 septembre 2006, 1753
- B.Desaint, « Prise d'acte : itinéraires d'une résiliation unilatérale sui generis », Jurisprudence Sociale Lamy 2007, chronique n° 224
- A-C Créplet, S. Vernac, T. Sachs, A. Cothenet, B. Dabosville, « Variations autour de la prise d'acte », Revue de droit du travail 2007, p. 159
- M. Pierchon, « Prise d'acte de la rupture : elle ne doit être utilisée qu'à très bon escient », JS lamy 30 mars 2009, p. 4
- P. Pochet, « Initiatives atypiques du salarié en matière de rupture du contrat de travail », JCP Social n° 26, 20 décembre 2005, 1435
- P. Pochet, « La remise en cause de la démission fondée sur des faits imputables à l'employeur », La Semaine Juridique Social, n° 30, 24 juillet 2007, 1577
- N. Rérolle, « Conséquence d'une prise d'acte sur le calcul de l'indemnité de congé payé », Semaine sociale Lamy 2007, n° 1309
- P. Rémy, Maître de conférences à l'Université Paris I, M. Zumfelde, Juge du travail en Allemagne, D. B. Oppenheimer, Professeur à la faculté de droit de Golden Gate University (San Francisco), J. L. Forteza, Professeur à l'Université Complutense de Madrid, « Prise d'acte et rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié », Revue de droit du travail 2006 p. 196
- J-E Ray, « Le droit à l'autoliquidation ? » Liaisons sociales magazine n° 34
- P-Y Verkindt, « La jurisprudence relative à la prise d'acte de la rupture : quelles conséquences ? », JSL, n° 122, 24 avril 2003, p.4
- J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations I – L'acte juridique, A. Colin 2004, n° 216 et s.
- G. Couturier et J-E Ray, « Auto-liquidation : dérives et revirement », Droit social, sept-oct 2003, p. 817

- S. Bernard, T. Grumbach, « L'examen par le juge du consentement du salarié à la rupture : le bel avenir de la jurisprudence sur la prise d'acte, la démission et la rupture conventionnelle », Revue de droit du travail 2008, p. 254
- M-C Haller, « La prise d'acte de la rupture est ouverte à un salarié déclaré inapte à la suite d'un accident du travail », JSL 10 mars 2009, p. 16
- M-C Haller, « Les éléments invoqués dans la lettre du salarié prenant acte de la rupture ne fixent pas les limites du litige », JSL 2005, n° 175
- J. Pélissier, « Prise d'acte par le salarié en cours de procédure de licenciement », Revue de droit du travail 2006, p. 240
- A-S Mugnier-Renard, « Fixation de la date de cessation du contrat de travail en cas de prise d'acte », La Semaine Juridique Social n° 17, 22 avril 2008, 1251

Jurisprudence

- Cass. Soc. 21 janvier 2009, n° 07-41.822
- Cass. Soc. 16 juillet 1997, n° 94-42.283, Bull civ V, n° 278
- Cass. Soc. 22 juin 1994, RJS 8-9/ 1994, n° 968
- Cass. Soc. 31 octobre 2006, 04-48.234
- Cass. Soc. 2 juillet 2008, n° 07-42.299, Thématis n° 330-10
- Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-44.142
- Cass. Soc. 27 mars 2008, n° 06-45.516
- Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-42.550, Juris-data n° 2007-042010
- Cass. Soc. 9 mai 2007, n° 05-40.315, 05-40.518, 05-41.325, 05-42.301 publiés au Bulletin
- Cass. Soc. 16 janvier 2007, n° 05-44.977
- Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-43.471
- Cass. Soc. 24 juin 1998, n° 96-40.539
- Cass. Soc. 17 décembre 1997, n° 95-41.749
- Cass. Soc. 19 octobre 2004, n° 02-45.742

- Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-42.804
- Cass. 19 décembre 2007, n° 06-42.550 et 06-44.754, publiés au bulletin
- Cass. Soc. 30 mai 2007, n° 05-44.685
- Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-44.754
- Cass. Soc. 4 avril 2006, n° 04-46.278
- Cass. Soc. 24 septembre 2008, n° 07-41.328
- CA Bordeaux, ch. soc. section B, 22 juillet 2008, Juris-data n° 2008-001262
- Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 03-45.018, Bull civ. V n° 12
- Cass. Soc. 16 novembre 2004, n° 02-46.048, Bull. civ. V, n° 287
- Cass. Soc. 21 décembre 2006, n° 04-43.886
- Cass. Soc. 11 juillet 2006, n° 04-43.168
- Cass. Soc. 25 janvier 2006, n° 04-40.786
- Cass. Soc. 29 juin 2005, 03-44.412,
- Cass. Soc. 19 oct. 2004, Dr. Soc. 2005, p. 107
- Cass. Soc., 8 juin 2005, n° 03-43.321, Bull. civ. V, n° 194
- Cass. Soc. 28 juin 2006, n° 04-43.431, Semaine Sociale Lamy, n° 1269, p. 12
- Cass. Soc. 31 octobre 2006, n° 04-48.234
- Cass. Soc. 19 janvier 2005, Assoc. Sté philanthropique, n° 03-45.018
- Cass. Soc. 3 mai 2006, n° 03-46.971
- Cass. Soc. 13 décembre 2006, Bull. civ. 2006, V, n° 375
- Cass. Soc. 15 mars 2006, Juris-Data n° 2006-032698
- Cass. Soc. 15 mars 2006, JCP S 2006, 1356
- Cass. Soc. 4 juin 2008, n° 06-45.757
- Cass. Soc. 27 septembre 2006, n° 05-40.208
- Cass. Soc. 27 septembre 2007, n° 05-40.414, Semaine sociale Lamy 2007 n° 1278
- Cass. Soc. 30 janvier 2008, n° 06-14.218
- Cass. Soc. 4 avril 2007, n° 05-43.406
- Cass. Soc. 19 janvier 2005, n° 03-45.018
- Cass. Soc. 13 juin 2007, n° 04-42.740
- Cass. Soc. 21 janvier 2003, n° 00-44.502

- CE, 17 décembre 2008, n° 310889
- Cass. Soc. 5 juillet 2006, n° 04-46.009
- Cass. Soc. 4 avril 2007, n° 05-42.847
- Cass. Soc. 21 janvier 2009, n° 07-41.822, JSL 10 mars 2009, n° 251-4
- Cass. Soc. 25 juin 2003, n° 01-42679 Bull.civ. V n° 203
- Cass. Soc. 26 septembre 2002, Mocka, n° 00-41.823, Bull. civ. V n° 284
- Cass. Soc. 6 janvier 1998, RJS 3/1998 n° 362
- Cass. Soc. 2 avril 1998, n° 96-40.860
- Cass. Soc. 13 novembre 1986 : Bull Civ. 1986 n° 520
- Cass. Soc. 22 mai 2002, n° 00-41.708
- Cass. Soc. 26 septembre 2006, n° 05-40.752
- Cass. Soc. 4 juin 2009, n° 07-45239
- Cass. Soc. 24 juin 1998, Juris-Data n° 1998-003516
- Cass. Soc. 4 février 1981, Bull. civ. V n° 102
- Cass. Soc. 6 mai 2002, n° 00-43.991
- Cass.soc. 25 octobre 1989, RJS 12/1989 n° 914
- Cass. Soc. 3 avril 1997, Juris-Data n° 1997- 001762
- Cass.soc. 21 janvier 2003, n° 00-44.502
- Cass. Soc. 23 janvier 2001, Juris-Data n° 2001-007968
- Cass.soc. 10 janvier 1991, n° 87-41.517
- Cass.soc. 1^{er} février 2000, n° 98-40.244
- CA Besançon, 8 mars 1994 : RJS 7/1994 n° 937
- Cass.soc. 27 avril 1989 : RJS 6/1989 n° 482
- Cass. Soc. 1^{er} octobre 1996, Juris-data n° 1996-003652
- Cass. Soc. 13 janvier 1999, Juris-data n° 1999-000258
- Cass.soc. 30 janvier 1985, n° 82-42.784
- Cass.soc. 4 mars 1998, Juris-Data n° 1998-001158
- Cass. Soc. 5 nov. 1987: Bull. civ. V n° 621
- Cass. Soc. 6 nov. 1996, Juris-data n° 1996-004342
- Cass. Soc. 25 avril 2001, Juris-data n° 2001-009460
- Cass. Soc. 13 avril 1988, n° 86-41.983
- Cass.soc. 17 juillet 1991, n° 88-40.201

Sites internet

- www.legifrance.gouv.fr
- www.dalloz.fr
- www.lexisnexis.fr

ANNEXES

N°1 :

Acte introductif rédigé pour le compte d'un salarié prenant acte de la rupture de son contrat de travail

N°2 :

Conclusions rédigées pour la défense d'un employeur suite à une prise d'acte

PRINCIPALES ABREVIATIONS

- ERAGE : Ecole régionale des avocats du Grand Est
- Cass. Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
- Art. : Article
- PPI : Projet pédagogique individuel
- C. trav. : Code du travail
- C.proc. civ. Code de procédure civile
- A.R. : Accusé de réception

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE DETAILLE	3
INTRODUCTION GENERALE :	5
PREMIERE PARTIE :	
PRESENTATION DU STAGE EN CABINET D'AVOCATS	7
Section I : Présentation du cabinet d'avocats	8
§1 L'historique du cabinet d'avocats	8
§2 La composition actuelle du cabinet d'avocats	8
A. Les avocates	9
B. Les secrétaires	9
Section 2 : Les travaux réalisés dans le cadre de mon stage	10
§1 Les activités de conseil	10
A. La réception de clients	11
B. Les recherches juridiques	12
C. La rédaction de consultations et de notes	13
§2 Les activités de contentieux	13
A. La rédaction de conclusions	14
B. La rédaction de courriers	16
C. La plaidoirie et sa préparation	17
D. Le traitement complet d'une affaire	18
Conclusion	20
SECONDE PARTIE : LA DEMISSION S'ANALYSANT EN UNE PRISE D'ACTE DE LA RUPTURE	21
Introduction	22
Section 1 : L'articulation entre démission et prise d'acte de la rupture par le salarié : l'assimilation jurisprudentielle de la démission à une prise d'acte	26
§1 Le droit de la démission : un mode de résiliation autonome	26
A. Définition et critères de qualification	26
1. Une volonté libre, consciente et licite	27
a) Un acte de volonté libre :	27
b) Un acte de volonté réel et sérieux :	28
c) Un acte de volonté licite :	29
2. Une volonté claire et non équivoque :	29
a) Un acte de volonté clair :	29
b) Un acte de volonté non équivoque :	31
B. La contestation de sa démission par le salarié antérieurement aux arrêts des 15 mars et 13 décembre 2006	31
1. La contestation de la démission en raison d'un vice du consentement	32
a) L'existence d'un vice du consentement	32

b)	Les conséquences de la reconnaissance d'un vice du consentement : annulation ou requalification ?	33
2.	La requalification de la démission en raison de manquements imputables à l'employeur	34
a)	La « fausse » démission requalifiable en licenciement	34
b)	Les conséquences de la requalification :	35
C.	Les suites de la démission du salarié.....	36
1.	La situation du salarié démissionnant de manière abusive	36
2.	La rétractation du salarié suite à sa démission	37
§2	L'irruption d'un nouveau mode de résiliation : la prise d'acte.....	38
A.	Notion et portée de la prise d'acte.....	38
1.	La notion de prise d'acte : un mode de rupture de plus en plus fréquent :	38
a)	Une notion en constante évolution :	39
b)	La procédure à suivre par le salarié.....	41
2.	La portée de la prise d'acte :	44
a)	La rupture rétroactive du contrat de travail	44
b)	Les conséquences sur la relation de travail : la remise des documents de fin de contrat.....	45
B.	L'articulation entre prise d'acte et autres modes de rupture du contrat de travail.....	46
1.	La prise d'acte et les autres modes de rupture à l'initiative du salarié	46
a)	L'articulation entre prise d'acte et démission	46
b)	L'articulation entre prise d'acte et résiliation judiciaire	49
2.	La prise d'acte et les modes de rupture à l'initiative de l'employeur	50
a)	L'interdiction pour l'employeur de prendre acte de la rupture	50
b)	La prise d'acte suivie du licenciement du salarié	51
	Section 2 : Le régime juridique de la démission s'analysant en prise d'acte	53
§1.	Les conditions de la démission s'analysant en prise d'acte	53
A.	La démission motivée par des griefs reprochés à l'employeur.....	53
1.	L'office du juge : l'appréciation de la gravité des griefs.....	53
a)	Faits emportant licenciement sans cause réelle et sérieuse.....	53
b)	Faits emportant démission.....	55
2.	La preuve en matière de prise d'acte	56
a)	La charge de la preuve	57
b)	L'écrit ne fixe pas les termes du litige	58
B.	L'absence de motivation de la démission : l'apport des arrêts du 9 mai 2007	60
1.	L'importance des circonstances entourant la démission	60
2.	Un délai raisonnable à respecter entre la démission et sa contestation	63
§2.	Les effets de la démission s'analysant en prise d'acte	64
A.	La prise d'acte produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.....	64
1.	Le versement des indemnités dues au salarié	65
a)	L'indemnité de licenciement.....	65
b)	L'indemnité compensatrice de préavis.....	66

c) L'indemnité pour non respect des règles de forme relatives à la procédure de licenciement	67
d) L'indemnité de non-concurrence.....	67
2. L'attribution de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse	68
B. La prise d'acte s'analysant en une démission.....	69
1. Le paiement par le salarié d'une indemnité compensatrice de préavis à l'employeur.....	69
2. Un risque financier important pour le salarié.....	71
CONCLUSION	74
BIBLIOGRAPHIE	78
Ouvrages généraux.....	78
Articles de Doctrine	78
Jurisprudence.....	80
ANNEXES.....	84
PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	85