

Prise d'acte de la rupture : comment éviter la prise de tête

Eclairage. Démission, licenciement, départ ou mise à la retraite, rupture conventionnelle... La nouvelle mode est ailleurs : la « prise d'acte », encore appelée « l'auto-licenciement », bref, la rupture « du troisième type ». De quoi s'agit-il ? Comment réagir ? Une rubrique réalisée par Me Lehmann-Mensior et en collaboration avec l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel de Reims.

DE QUOI S'AGIT-IL ?

D'un nouveau mode autonome de rupture du contrat de travail. Vous ne le trouverez pas dans le Code du travail : elle résulte d'une « construction jurisprudentielle », même si elle trouve ses fondements dans les concepts civilistes napoléoniens. Résiliation unilatérale du contrat de travail justifiée par « l'exception d'inexécution » : lorsqu'une des parties à un contrat n'exécute pas ses obligations, l'autre partie peut cesser à son tour d'exécuter le contrat et prendre l'initiative de le rompre et obtenir la condamnation du premier à lui réparer le préjudice causé.

En clair : c'est le salarié qui prend l'initiative de quitter son travail, mais il en impute la responsabilité à son employeur.

COMMENT ?

Il suffit que son départ de l'entreprise s'inscrive dans un contexte litigieux avec l'entreprise. Parfois le salarié adresse un courrier pour annoncer son départ motivé par des reproches et en utilisant ce terme précis et désuet (« Par la présente, je prends acte de la rupture de mon contrat de travail du fait de vos agissements et à vos torts exclusifs »), parfois il qualifie son départ de « démission », mais celle-ci pourra ultérieurement être requalifiée par le juge en « prise d'acte », si ce dernier estime que la volonté du salarié de démissionner était « équivoque ». Pour que la remise en cause de son acte soit accueillie, avec ses effets induits, il faut que le salarié « justifie qu'un différend antérieur ou contemporain de la démission l'avait opposé à son employeur » (« Je m'en vais mais c'est de votre faute », « Ma démission est motivée par la violation répétée de mes droits »).

Bref, aucun formalisme n'est exigé à l'heure actuelle (même si la plupart des salariés qui se lancent dans l'aventure prennent la précaution de rédiger un courrier circonstancié faisant suite à divers échanges écrits). Et le salarié peut même se dispenser d'effectuer un préavis et partir du jour au lendemain, désorganisant l'entreprise¹.

Pas facile de s'y repérer pour le patron novice et de détecter les démissions suspectes qui n'en sont pas et qui cachent peut-être des « prises d'actes » ignorées.

POUR QUOI FAIRE ?

Selon la Cour de cassation « lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture 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 démission ».

Concrètement : si le juge décide que la « prise d'acte » n'était pas justifiée et qu'elle produit les effets d'une démis-

sion, il se contentera généralement de simplement rejeter les prétentions du salarié, qui perdra tout espoir d'être indemnisé au titre du chômage (ce qui lui avait en général été refusé après sa prise d'acte).

Mais si le juge décide que la prise d'acte était légitime car effectivement justifiée par des manquements de l'employeur, il le condamnera à verser au salarié l'ensemble des indemnités qu'il aurait dû lui verser, non seulement s'il l'avait licencié (ce qu'a priori l'employeur n'avait jamais eu l'intention de faire), mais encore et surtout de manière abusive.

PAR QUI ?

Les employeurs ne peuvent plus user de cette méthode, même en cas d'absence prolongée du salarié. En revanche, la prise d'acte est largement ouverte à tous types de salariés :

- **Les CDI** : l'employeur sera condamné (le cas échéant) à leur verser leur indemnité légale ou conventionnelle de licenciement (gare aux prises d'acte des anciens), leur indemnité compensatrice de préavis² (même s'ils ne l'ont pas effectué) et même l'indemnité compensatrice de congés payés correspondant au préavis, des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (avec un plancher de 6 mois de salaires dans certains cas), voire une indemnisation spécifique liée aux circonstances jugées vexatoires ayant entouré ce départ ;

- **Les CDD** : l'employeur sera condamné (le cas échéant) à leur verser une indemnisation correspondant aux salaires restant à courir jusqu'au terme initialement fixé dudit contrat (gare aux prises d'actes en début de longs CDD longs) ;

- **Les salariés « protégés »** titulaires d'un mandat représentatif (et dont naturellement le départ n'a pas fait l'objet d'une procédure d'autorisation préalable auprès de l'Inspection du travail) : la prise d'acte produira alors les effets d'un licenciement carrément « nul ». À défaut toutefois de pouvoir demander sa réintégration dans l'entreprise, le salarié obtiendra l'indemnité pour violation de son statut protecteur (soit l'équivalent des salaires jusqu'au terme de la période de protection en cours, ainsi qu'une indemnité pour licenciement illicite d'au moins 6 mois de salaires) ;

- **Les salariés « protégés »** au titre d'une autre législation spécifique prévoyant aussi la nullité du licenciement éventuel (gare à la prise d'acte en cas d'accident du travail, de maladie professionnelle, de harcèlement moral ou sexuel, de salariée enceinte ou en congé maternité, etc) : auxquels cas, là encore, l'employeur sera condamné à verser les indemnités correspondant à ces cas de nullité³.

Trêve d'Halloweeneries : on l'aura compris, il y a des « démissions suspectes » qui peuvent coûter cher et les employeurs qui n'y prêteraient pas attention en pensant, comme ils ont pu le faire pendant des décennies, que « si c'est le salarié qui s'en va, on ne risque rien », auraient bien tort.



Me Vanessa Lehmann-Mensior.

POURQUOI ?

Toute violation d'un droit du salarié peut, si elle est suffisamment grave, justifier une prise d'acte : qu'il s'agisse de ses **droits légaux** (ex : repos dominical, paiement des heures supplémentaires, manquement à l'obligation de résultat de santé et de sécurité, situation de harcèlement, de discrimination), des droits qu'il tire de la **convention collective** (ex : paiement du salaire minimum de la classification correspondant à ses fonctions réelles, primes conventionnelles, régime de mutuelle, retraite, prévoyance), ou encore des droits qu'il tire de son **contrat de travail** (ex : fixation d'une prime sur objectifs, avantages en nature divers).

Et la Cour de cassation estime que, contrairement à la lettre de licenciement, la lettre de prise d'acte ne « fixe » pas « les limites du litige » et que les juges doivent aussi examiner tout nouveau grief présenté ultérieurement devant eux.

Encore faut-il que le salarié prouve la réalité de tels manquements et, surtout, qu'ils soient jugés « *suffisamment graves* ». Mais dans toutes les hypothèses où le régime probatoire du manquement invoqué est aménagé en faveur du salarié, cette preuve sera facilitée. Ce sera notamment le cas en matière de durée du travail, de harcèlements ou de discrimination, où la « charge » de la preuve a été largement redistribuée sur l'employeur.

Pour autant, c'est le salarié qui doit toujours supporter en cette matière le « risque » de la preuve, puisque c'est lui qui a pris l'initiative de rompre le contrat. En clair, si un doute subsiste dans l'esprit des juges quant à la réalité des faits invoqués par le salarié, ce doute doit profiter à l'employeur¹ et la prise d'acte produire les effets d'une démission.

Il y a évidemment bien des cas où la prétention du salarié sera tout simplement jugée infondée, et donc sa prise d'acte aussi, ex: « non, son changement d'affectation ne constituait pas une violation de son contrat de travail »; « non, il n'a pas subi un véritable harcèlement moral »; « non, ses heures du samedi ne constituent pas des heures supplémentaires »; « non la prime d'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail et peut être dénoncée », etc.

En principe, la Cour de cassation laisse l'appréciation de ce qui est « *suffisamment grave* » pour justifier une prise d'acte au « *pouvoir souverain des juges du fond* », qui jugent donc au cas par cas. Selon la Cour de cassation, il doit s'agir d'un manquement « *qui empêche la poursuite du contrat de travail* »².

Ainsi, n'ont pas été jugés suffisamment graves les faits suivants :

- Quelques jours de retard dans le versement du salaire, surtout lorsque la prise d'acte intervient alors que la situation se dénoue;
 - Le non-paiement de 54 heures supplémentaires;
 - Le fait d'avoir mis le salarié dans l'incapacité d'accepter un reclassement externe pour avoir tardé à répondre à sa candidature à un plan de départs volontaires.
- Toutefois, la Cour de cassation contribue à l'identification de manquements considérés comme étant « *par nature* » suffisamment graves pour justifier une prise d'acte, sans que les circonstances interfèrent. Ainsi jugé de :

- La modification unilatérale du contrat de travail, et notamment du montant ou du mode de rémunération³ (en revanche, la simple proposition de modification de contrat n'est pas fautive);
- La violation de l'obligation de réintégration;
- La violation des obligations après une déclaration d'inaptitude par le Médecin du travail ou à l'obligation d'organiser une visite médicale de reprise;
- La violation de l'obligation de sécurité de résultat (le 6 octobre 2010, la Cour de cassation vient de censurer une Cour d'appel qui n'avait pas admis la prise d'acte d'un barman dont le taux de nicotine était certes peu élevé, mais qui démontrait que son employeur violait l'interdiction de fumer dans les lieux publics);
- L'atteinte à l'intégrité physique et morale du salarié (même si c'est par un collègue)⁴.



COMMENT REAGIR ?

L'important est déjà de connaître l'existence, le fonctionnement et la signification d'une prise d'acte, de sorte que le premier réflexe de l'employeur sera de la prévenir ou au moins d'en anticiper les effets.

Il s'agira dans un premier temps de ne jamais laisser « *pourrir* » une situation conflictuelle impliquant un ou plusieurs salariés en attendant qu'il prenne l'initiative de partir et de ne jamais laisser sans réponse des courriers d'accusation(s) de sa part.

En effet, même si la Cour de cassation est allée jusqu'à considérer qu'en matière de harcèlement moral, comme l'employeur avait une obligation de sécurité de résultat, peu importait qu'il ait pris les mesures correctives nécessaires, on ne dira jamais assez que l'employeur doit être extrêmement réactif dans la réponse apportée (qu'il soit d'accord ou non avec le salarié) à ce type de revendications, avant de se faire prendre de court et d'apparaître ultérieurement suspect.

Si l'employeur, après une analyse juridique et managériale, est en désaccord avec le salarié, il est important, sans se livrer à un plaidoyer, ni entamer une correspondance épistolaire infinie, de le lui écrire, afin de ne pas se laisser enfermer en amont dans les griefs qui appuieront la prise d'acte (il est toujours plus difficile de se justifier après coup).

Par conséquent, l'employeur aura intérêt à répondre, même aux courriers de démission « *suspects* », afin de provoquer la clarification de son acte par le salarié et l'inviter à expliciter ses griefs plus précisément. En effet, même si ces écrits ne lient pas les juges, ils auront l'avantage de permettre d'apprécier les circonstances de la prise d'acte, et surtout la bonne foi de l'entreprise (qui devra naturellement dicter sa conduite).

En l'absence de préavis de la part du salarié, l'entreprise pourra utilement souligner, le cas échéant, le préjudice que lui cause le départ inopiné de son collaborateur. En effet, s'agissant d'une prise d'acte d'un CDI, la Cour de cassation reconnaît le droit à l'employeur de se faire indemniser par le salarié du préjudice résultant de l'absence de préavis lorsque la prise d'acte était injustifiée. Et s'agissant d'une prise d'acte injustifiée d'un CDD, l'employeur pourra solliciter, en application des dispositions de l'article L. 1243-3 du Code du travail, la condamnation du salarié à l'indemniser de son préjudice subi.

L'employeur pourrait aussi solliciter la condamnation du salarié dont la prise d'acte serait jugée infondée, à des dommages et intérêts supplémentaires, sur le fondement de l'article L. 1237-2 du Code du travail qui prévoit que « *la rupture du CDI à l'initiative du salarié ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts pour l'employeur* ».

Dans le même temps, l'employeur doit tirer les conséquences matérielles de la rupture du contrat de travail, quitte à vérifier auprès du salarié s'il a effectivement entendu rompre son contrat. En effet, la jurisprudence lui dénie la possibilité de se rétracter, même en accord avec son patron, la prise d'acte étant définitive⁵.

- L'employeur n'a pas à entamer une procédure de licenciement (entretien préalable, lettre de licenciement, consultation des représentants du personnel et saisine de l'Inspection du travail le cas échéant⁶);
- Il vérifiera dès la réception du courrier, si une clause de non-concurrence avait été convenue : soit pour la rappeler au salarié (le salarié n'ayant a priori pas droit au chômage, le plus souvent il aura pris acte après avoir retrouvé un travail), soit pour la lever dans le délai imparti par ladite clause (pour éviter d'avoir à en régler la contrepartie financière);
- Il mettra à disposition du salarié sans délai les documents relatifs à la fin de son contrat de travail, et ce, sans attendre le terme du délai de préavis que le salarié aurait théoriquement dû accomplir : certificat de travail mentionnant les coordonnées de l'OPCA et les droits au DIF reçu pour solde de tout compte (étant précisé que les droits à congés payés s'interrompent à la date à laquelle le salarié a procédé à la prise d'acte, même s'il a souhaité effectuer un préavis ensuite), attestation destinée au Pôle Emploi (qui doit mentionner le motif exact de la rupture, c'est-à-

dire « *prise d'acte* » et non « *démission* » si ce n'est pas le cas), proposition de maintien de droits à garanties de santé et prévoyance complémentaires à condition que le salarié justifie son indemnisation par le chômage, nonobstant sa prise d'acte;

- Il invitera le salarié à restituer l'ensemble des matériels professionnels en sa possession;

- Enfin, dès ce stade, l'employeur devra commencer à préparer les pièces qu'il produira au Conseil de Prud'hommes.

En conclusion, face au développement de ce contentieux, il est nécessaire pour les entreprises de se familiariser avec cet « *auto-licenciement* », que d'aucuns vivront comme un piège, n'ayant jamais imaginé se séparer de leur salarié, n'ayant pas provisionné les sommes correspondant à son départ et encore moins des dommages et intérêts supplémentaires et subissant un départ brutal qui désorganise leur activité; là où, naguère, le salarié se serait contenté, tout en restant dans l'entreprise, de saisir le Conseil de Prud'hommes pour réclamer tel ou tel rappel de salaire, tout en demandant la « *résiliation judiciaire* » de leur contrat dans des cas exceptionnels.

D'autres y verront le moyen salutaire de libérer des salariés qui seraient pris en otage par un employeur qui s'entêterait à violer leurs droits tout en refusant de tirer les conséquences de leur conflit. Ultime recours d'otages d'un « *c'est ça où la porte!* », chantage à la démission faisant tout perdre. Il en est malheureusement souvent lorsqu'on n'est plus réglé de son salaire depuis des mois par une entreprise qui tarde à déposer son bilan. Avec la prise d'acte, le salarié prend effectivement la porte, et l'aventure demeure périlleuse pour lui, mais il laisse la porte entrebâillée.

Reste qu'il est souhaitable que la jurisprudence ne l'ouvre pas à tous les « *courants d'air* » et adopte une définition très restrictive des motifs justifiant une prise d'acte et la cantonne aux cas vraiment graves où ce sont les droits fondamentaux du salarié qui sont violés. Sous peine de voir un contentieux déjà pléthorique se développer encore, et la démission se raréfier.

Et l'on se prend à rêver d'une procédure préalable obligatoire avant la prise d'acte : entretien préalable, médiation, conciliation, délai de réflexion, bref, un dialogue avant la rupture et le duel judiciaire.

MAÎTRE VANESSA LEHMANN-MENSIOR,
VLM AVOCAT.



¹ Cass. soc. 26 mai 2010, n°08-70253; Cass. soc. 2 juin 2010, n°09-40215.

² Cass. soc. 20 janv. 2010, n°08-40144.

³ Cass. soc. 21 janv. 2009, n°07-41822: en cas de rupture illécite du contrat de travail suite à une inaptitude résultant d'un accident du travail, indemnité minimale de 12 mois de salaires.

⁴ Cass. soc. 19 déc. 2007, n°06-44754.

⁵ Cass. soc. 30 mars 2010, n°08-44236.

⁶ Cass. soc. 5 mai 2010, n°07-45409.

⁷ Cass. soc. 3 février 2010 n°08-45320 où les salariées se prévalaient de harcèlement moral puis sexuel pour l'une et pour l'autre de violences physiques et morales sur le lieu de travail.

⁸ Jurisprudence qui appelle à soigner particulièrement la rédaction des transactions faisant suite à une prise d'acte, dont la légalité est d'ailleurs encore débattue s'agissant des salariés protégés.

⁹ Le Conseil d'État a ainsi jugé que l'Inspection du travail devrait se déclarer incompétente en cas de saisine d'une autorisation de licenciement d'un salarié protégé qui aurait déjà pris acte de la rupture de son contrat de travail (CE 17 déc. 2008, RJS 3109).