

La rupture du contrat de travail

Les ruptures du contrat de travail à l'initiative du salarié ⁽¹⁾

par Dominique MARI, Avocate au Barreau de Caen, Djamilia MEDJAHED,
Juge départiteur au Conseil de prud'hommes d'Argentan et Vincent ORIF,
Maître de conférences, EA 967, Université de Normandie, Institut Demolombe

PLAN

I. La caractérisation des manquements suffisamment graves de l'employeur

- A. L'évolution de la notion
- B. L'établissement des manquements suffisamment graves

II. Les effets variables de la rupture

- A. Les effets en présence d'une rupture unique du contrat de travail
- B. Les effets en présence d'une pluralité de ruptures

1. Les ruptures à l'initiative du salarié sont variées : démission, départ à la retraite, prise d'acte de la rupture du contrat de travail, demande de résiliation judiciaire. Il pourrait être ambitieux de chercher, en si peu de temps, à faire une analyse globale de ces différents modes de rupture du contrat de travail (2). Après plusieurs discussions, il est apparu qu'il est plus intéressant de s'intéresser aux situations qui sont le plus souvent soumises aux juridictions prud'homales. Deux modes de rupture se sont alors démarqués. Il s'agit de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail et de la demande de résiliation judiciaire. Ces deux notions sont liées : le salarié est tenu de démontrer que l'employeur est l'auteur de manquements suffisamment graves du contrat de travail. Pour autant, ces deux notions se distinguent. Le salarié doit être particulièrement vigilant. Lorsqu'il souhaite rompre le contrat de travail, il doit prendre en considération les effets de la rupture du contrat de travail, spécialement en cas d'échec de son action. En effet, en cas de prise d'acte, si le juge n'est pas convaincu, la rupture produit les effets d'une démission. Inversement, en cas de rejet d'une demande de résiliation judiciaire, le contrat de travail est maintenu. Par ailleurs, l'écoulement du temps, avant ou en cours de procès, peut emporter une évolution soit de la situation du salarié, soit de son appréciation initiale des faits à l'origine de la rupture du contrat de travail. Par exemple, un salarié peut démissionner sans réserve, puis solliciter la requalification de la démission en prise d'acte de la rupture. Par conséquent, quand le salarié souhaite rompre le contrat de travail en invoquant des manquements de l'employeur, quels sont les éléments à prendre en considération pour déterminer s'il est préférable de choisir la prise d'acte de la rupture ou le contrat de travail ? Un examen attentif des différentes règles et de leur mise en œuvre montre que le salarié doit prendre en considération deux éléments déterminants. Il s'agit de la caractérisation des manquements suffisamment graves de l'employeur (I), ainsi que des effets de la rupture (II).

I. La caractérisation des manquements suffisamment graves de l'employeur

La caractérisation des manquements suffisamment graves de l'employeur est indispensable pour que la rupture du contrat, initiée par le salarié, produise les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Or, depuis 2014, la jurisprudence a modifié

sa conception de cette notion. Dès lors, il convient d'étudier l'évolution de la notion (A), qui a des conséquences sur l'établissement des manquements suffisamment graves (B).

(1) Le style oral et l'intervention sous forme d'échanges ont été conservés.

(2) Sur le rôle joué par la volonté du salarié, et l'évolution de sa prise en compte, v. not. F. Géa, « La volonté du salarié en matière de rupture unilatérale du contrat de travail », Dr. Ouv. 2013, pp. 470-482.

A. L'évolution de la notion

Vincent Orif (VO) :

2. Par une série d'arrêts de 2014, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence concernant la notion de « *manquements suffisamment graves* ». Aussi bien pour la prise d'acte de la rupture (2 bis) que pour la résiliation judiciaire (3), la rupture ne produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse que si les manquements de l'employeur sont suffisamment graves. Plus précisément, ces manquements doivent empêcher la poursuite du contrat de travail. En conséquence, il n'y a plus de manquement qui entraîne automatiquement la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Le critère décisif réside dans la démonstration des conséquences du manquement sur l'exécution du contrat de travail (4). Il s'opère ainsi un rapprochement entre les manquements suffisamment graves de l'employeur et la faute grave du salarié (5). En effet, la faute grave du salarié est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (6). Toutefois, ces deux notions ne sont pas à assimiler, car empêcher la poursuite du contrat de travail, ce n'est pas rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Ainsi, pour la résiliation judiciaire, il est inutile de prouver qu'un départ immédiat du salarié dans l'entreprise est nécessaire (7). Comment appréciez-vous cette évolution de la jurisprudence sur la notion de manquements suffisamment graves de l'employeur ?

Dominique Mari (DOM) :

3. Cette évolution jurisprudentielle sur la notion de manquements suffisamment graves vers celle de manquement faisant obstacle à la poursuite du contrat de travail n'est, en définitive, pas si contraignante que cela pour les salariés qui ont la charge de la preuve des fautes de leur employeur. En effet, par hypothèse, un salarié qui se trouve contraint de prendre acte de la rupture de son contrat, ou de saisir la juridiction prud'homale d'une action en résiliation judiciaire de son contrat de travail, est un salarié qui fait le constat malheureux d'un échec de la poursuite de la relation de travail. Très concrètement, ces salariés sont, bien souvent, en situation de souffrance

au travail. Soit ils se trouvent directement dans l'incapacité de retourner sur le lieu de travail en raison d'un arrêt de travail pour syndrome anxio-dépressif (ex. situations de harcèlement moral ou d'un usage abusif par l'employeur de son pouvoir de direction ou disciplinaire). Soit ils n'acceptent plus des situations contraignantes imposées depuis un certain temps (ex. heures supplémentaires réalisées non payées, suppression de primes, modification imposée du contrat de travail). Ainsi, le critère posé par ces arrêts du 26 mars 2014 de « *manquements suffisamment graves* » empêchant la poursuite de la relation de travail reflète une certaine réalité pour les salariés et a le mérite du pragmatisme. Le débat judiciaire dans les dossiers de salariés que nous défendons n'a donc pas fondamentalement changé. L'évolution la plus importante, à mon sens, est que nous devons désormais veiller, si les faits sont anciens, à vérifier qu'ils ont perduré ou que leurs effets néfastes pour le salarié ont perduré jusqu'à la prise d'acte de rupture du contrat ou l'action en résiliation judiciaire. Toutefois, si l'ancienneté des faits fautifs est un indice fort, permettant parfois de considérer que ces manquements ne feraient pas obstacle à la poursuite de la relation de travail (8), l'ancienneté des manquements n'est pas non plus un critère excluant nécessairement le caractère de gravité de la faute de l'employeur (9).

Djamila Medjahed (DJM) :

4. Avant les décisions en date du 26 mars 2014 (10), l'analyse des faits constitutifs d'un manquement suffisamment grave était laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (10 bis). Cependant, en parallèle, la Cour de cassation retenait un certain nombre de cas impliquant nécessairement la rupture du contrat. La Cour de cassation exerçait alors, à cette occasion, un contrôle dit lourd, qui devait effectivement aboutir à une liste de motifs suffisamment graves, source de sécurité juridique mais sans marge de manœuvre pour les juges du fond. Il s'agissait notamment des motifs suivants : la modification du contrat de travail, le défaut de respect du salaire minimum conventionnel ou tout manquement à l'obligation de sécurité de résultat... Dès lors, il n'était pas simple de distinguer entre les motifs dit automa-

(2 bis) Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634, Bull. civ. V, n° 85.

(3) Cass. Soc. 12 juin 2014, n° 12-29.063, Bull. civ. V, n° 140 ; Dr. Ouv. 2014, pp. 866-871, n. J. Ferraro ; Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-21.372, Bull. civ. V, n° 86.

(4) G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 30^{ème} éd. 2016, pp. 448-449.

(5) F. Géa, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire : vers une déconstruction de la jurisprudence ? », *SSL* 2014, n° 1645, pp. 43-46, spéc. p. 44. Pour des interrogations sur les évolutions de la jurisprudence afin de déterminer si un salarié peut prendre acte de la rupture d'un CDD, voir D. Baugard, « La prise d'acte de la rupture du CDD », *CSB* 2015, n° 274, pp. 292-295, spéc. p. 294.

(6) Cass. Soc. 27 septembre 2007, n° 06-43.867, Bull. civ. V, n° 146.

(7) G. Auzero, « Résiliation judiciaire du contrat de travail : quel manquement reprocher à l'employeur ? », n. sous Cass. Soc. 26 mars 2014, deux arrêts, n° 12-35.040 et n° 12-21.372, *Lexbase Hebdo édition sociale* n° 567 du 17 avril 2014.

(8) Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634, Bull. civ. V, n° 85.

(9) Cass. Soc. 11 décembre 2015, n° 14-15.670.

(10) Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-23.634 Bull. civ. V n° 85, n° 12-21.372 Bull. civ. V n° 86 et n° 12-35.040 Bull. civ. V n° 87 préc.

(10 bis) Cass. Soc. 16 novembre 2004, n° 02-46.048, Bull. civ. V, n° 287.

tiques ou dirimants, objet du contrôle lourd de la Cour de cassation (soit un motif suffisamment grave en lui-même) et les motifs circonstanciés relevant du pouvoir souverain des juges du fond (soit un motif dépendant des circonstances). La tâche était d'autant plus compliquée que la liste des motifs dirimants était non exhaustive. Par conséquent, il était difficile pour les juges du fond de ne pas tenir compte des circonstances (ex. retard de paiement dérisoire ou conséquent), d'autant que la faute commise par l'employeur, qualifiée de vénielle par certains auteurs (11), n'empêchait pas, dans les faits, la poursuite du contrat. C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a, en quelque sorte, fait marche arrière. Ainsi, elle a, en 2014 (11 bis), rendu toute une série d'arrêts aboutissant à un quasi abandon de tout contrôle. La Haute juridiction exige dorénavant que les manquements reprochés à l'employeur soient, en tout état de cause, de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail. L'accent est dorénavant mis sur la notion de gravité en lien avec le maintien ou non du contrat, et non plus sur la nature de la faute, qui poussait à l'automatisme de la rupture. Pour le doyen Bailly (12) cette évolution jurisprudentielle ne relève que d'un ajustement.

B. L'établissement des manquements suffisamment graves

L'établissement des manquements suffisamment graves nécessite d'examiner, d'abord, leur démonstration par les parties (1.), avant de s'intéresser, ensuite, à leur appréciation par le juge (2.).

1. La démonstration des manquements suffisamment graves par les parties

VO :

5. L'évolution de la jurisprudence sur la notion de manquements suffisamment graves a des incidences sur l'office des parties et du juge. L'enjeu essentiel réside dans les effets de cette rupture. Pour les parties, et plus particulièrement pour le salarié, trois questions importantes doivent être résolues pour arriver à convaincre le juge que la rupture du contrat doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ces questions sont la délimitation de l'objet du litige, la preuve des manquements de l'employeur et la prise en considération de l'attitude du salarié.

La première question concerne la délimitation de l'objet du litige. Celle-ci varie selon le mode de rupture étudié. Cette différence s'explique car la prise d'acte et la résiliation judiciaire n'ont pas les mêmes dates de rupture du contrat (13).

D'un côté, concernant la prise d'acte de la rupture, l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture ne fixe pas les termes du litige (14). Il s'ensuit que le salarié peut invoquer d'autres faits et d'autres manquements de l'employeur au cours des débats afin de convaincre le juge que la rupture doit être jugée aux torts de l'employeur.

D'un autre côté, s'agissant de la résiliation judiciaire, le juge apprécie la gravité du manquement au jour du jugement (15). *A priori*, cette solution est profitable au salarié, car il peut soumettre au juge tous les manquements que l'employeur commet en cours de procès. Il n'est pas limité aux seuls faits nés ou qu'il aurait connus avant la saisine du juge. Pour autant, cette situation est aussi avantageuse pour l'employeur. Celui-ci peut effectivement régulariser la situation afin de convaincre le juge que son manquement n'est pas suffisamment grave. La logique de cette solution serait de reconnaître un droit à l'erreur de l'employeur.

Quelles sont les conséquences de ces précisions jurisprudentielles sur la manière de traiter vos dossiers portant sur une prise d'acte de la rupture ou une résiliation judiciaire ?

DOM :

6. Cette distinction que vous présentez est tout à fait intéressante et nous amène à mettre en avant les fragilités potentielles d'une action en résiliation judiciaire du contrat de travail. Si cette procédure est bien souvent privilégiée par les conseils de salariés que nous sommes, puisque, comme expliqué plus avant, elle garantit un maintien du statut de salarié et lui évite ainsi tout risque de se retrouver sans aucune ressource, elle n'est pas non plus sans risque. Il existe, en effet, l'hypothèse d'un employeur qui peut effectivement régulariser ou faire semblant de régulariser les fautes au jour où l'affaire se trouve plaidée. Cette admission jurisprudentielle peut paraître, certes, positive dans la mesure où, comme vous l'indiquez, en ce cas, la relation de travail est maintenue et permettra alors de « renouer le dialogue entre l'employeur et le salarié ». Je ne suis pas certaine, cependant, que la

(11) Ph. Florès, « Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire du contrat de travail : les nouveaux atours de la jurisprudence », RDT, 2014, n° 7/8, pp. 447-453, spéc. p. 448.

(11 bis) Cass. Soc. 12 juin 2014, n° 13-11.448 Bull. civ. V n° 139 et n° 12-29.063 Bull. civ. V n° 140.

(12) P. Bailly, « Le manquement suffisamment grave est celui qui empêche la poursuite du contrat », SSL 2014, n° 1635, pp. 9-11, spéc. p. 9.

(13) V. *infra* n° 23-25.

(14) Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-42.804, Bull. civ. V, n° 223 ; Dr. Ouv. 2005, pp. 533-538, n. M. Sabatte.

(15) Cass. Soc. 29 janvier 2014, n° 12-24.951, Bull. civ. V, n° 37.

réalité soit celle-ci, car malheureusement, les parties ne sont pas accompagnées pour renouer ce dialogue après l'échec d'une action en résiliation judiciaire du contrat de travail. Or, une telle procédure laisse des traces importantes dans la relation de travail ; le salarié pourra garder une certaine rancœur de l'absence de reconnaissance judiciaire du préjudice qu'il a subi, des fautes qui ont tout de même été commises par son employeur et qui ont cessé du fait de l'action judiciaire engagée, et l'employeur, de son côté, pourra tenir rigueur au salarié d'avoir dénoncé des faits et d'avoir été contraint à régulariser une situation sous le contrôle de l'instance judiciaire.

DJM :

7. S'agissant de la prise d'acte, contrairement à la lettre de licenciement qui fige le litige, le salarié peut invoquer tous motifs, y compris ceux non mentionnés dans le courrier de prise d'acte. Cependant, le salarié ne peut alléguer ni des faits postérieurs à la prise d'acte, ni des faits qu'il a connus après la prise d'acte (16). Ceci se comprend, car un fait inconnu du salarié ne peut pas expliquer sa volonté de prendre acte de la rupture de son contrat de travail (17).

8. Quant à la demande de résiliation judiciaire, certes, l'employeur peut régulariser jusqu'à la dernière minute la situation. Toutefois, ce droit à l'erreur de l'employeur est tout de même tempéré par la démonstration de sa mauvaise foi. Par ailleurs, la meilleure façon de vérifier que la relation de travail a été préservée est peut-être de renvoyer les parties, en recueillant leur accord, en médiation, ce qui permettra, à tout le moins, la restauration effective du dialogue.

VO :

9. La deuxième question porte sur la preuve : les faits allégués doivent montrer que l'employeur a manqué à ses obligations de manière suffisamment grave. En effet, la charge de la preuve des manquements incombe au salarié. Le doute profite alors à l'employeur. Si le salarié ne prouve pas la réalité des faits allégués, la rupture produit alors les effets d'une démission. Dès lors, le salarié supporte le risque de la preuve (18). L'identification des preuves pouvant être produites au soutien des prétentions du salarié est primordiale. Or, sur la question des modes de preuve, l'étude des décisions de justice éclaire peu alors que c'est une question essentielle. En conséquence, pour

un avocat, quels sont les modes de preuve utilisés pour établir les manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles et comment démontrer qu'ils sont suffisamment graves ? Réciproquement, pour le juge, qu'elles sont les preuves attendues pour être convaincu que la rupture doit produire les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

DOM :

10. Cette question de la preuve est fondamentale. C'est elle qui guide le travail de l'avocat pour la défense des intérêts de son client. Outre la vérification du bien-fondé juridique d'une réclamation, nous recherchons systématiquement s'il existe des éléments de preuve suffisants pour permettre ou non d'engager l'action judiciaire. Sans preuve, pas d'action judiciaire. Vous m'interrogez sur les modes de preuve utilisés. Ils sont nombreux et variés :

- Tous supports écrits ayant existé au cours de la relation de travail permettant d'illustrer les fautes de l'employeur (19) (mails, lettres, SMS, agenda papier ou informatique) ;
- Témoignages formalisés par des attestations écrites (article 202 du Code de procédure civile) ;
- Pièces médicales : arrêts de travail, certificat médical, prescription médicamenteuse, dossier de la médecine du travail ;
- Renseignements pris sur web : site internet de l'entreprise ou du groupe, réseaux sociaux...
- PV d'une enquête pénale, rapport de conseillers rapporteurs du Conseil de prud'hommes.

Lorsque la preuve paraît insuffisante ou incertaine, il peut parfois être pertinent de se saisir des pouvoirs propres attribués au Conseil de prud'hommes. Le Code du travail prévoit, en effet, la possibilité de désigner un ou deux conseillers rapporteurs (20) qui auront de larges pouvoirs d'instruction (21) (ex. auditions de parties ou témoins, demande de documents ou de justifications).

DJM :

11. Au-delà des modes de preuve, qui peuvent être variés et qui viennent d'être énumérés, l'appréciation des causes invoquées à l'appui de la demande de la rupture se fera selon la nature des manquements invoqués. Il est coutume de voir écrit, dans les conclusions des parties, que la charge de la preuve pèse sur le salarié. Or, ce n'est pas toujours le cas. En effet, il ne faut pas perdre de vue les règles de preuve parti-

(16) Cass. Soc. 9 octobre 2013, n° 11-24.457, Bull. civ. V, n° 229.

(17) B. Bossu, « Seuls les faits connus par le salarié justifient la prise d'acte », n. sous Cass. Soc. 9 octobre 2013, n° 11-24.457, JCP S 2014, n° 7, 1075, pp. 34-36, spéc. p. 35.

(18) B. Bossu, « Seuls les faits connus par le salarié justifient la prise d'acte », préc., spéc. p. 36.

(19) CA Caen, 1^{ère} Ch. Soc. 27 mars 2015, RG n° 13/01803.

(20) C. trav., art. R. 1454-1 et s.

(21) C. trav., art. R. 1454-3.

culières applicables habituellement sur des questions précises comme le harcèlement ou les heures supplémentaires, où le système probatoire est original. En pratique, il faut donc réfléchir à cette question probatoire. Ainsi, dans l'hypothèse d'un fait unique isolé, comme un acte de violence à l'encontre du salarié, il appartient effectivement au salarié de prouver ce fait par tous moyens (plainte, certificat médical, témoignages, lettre ou mail d'excuses, voire SMS constatés dans le cadre d'une main courante ou par huissier...). En présence de faits complexes, il arrive que la charge de la preuve puisse varier selon les éléments avancés. Ainsi, l'obligation de fournir le travail et de payer le salaire pèse sur l'employeur, tandis que le non-paiement des heures supplémentaires ou le harcèlement implique de respecter le système probatoire dégagé par la jurisprudence en la matière. Par exemple, il a été soumis, en départage, un cas de prise d'acte dénonçant deux manquements de l'employeur, l'un tenant à son obligation de sécurité de résultat et l'autre à son obligation de fournir du travail. Il a seulement été examiné la première obligation, dont la charge de la preuve incombait à l'employeur (22). Dans cette affaire, l'entreprise a affecté, début septembre 2014, cinq salariés sur un chantier d'une durée de quatre jours, afin de démonter une couverture de bâtiment, constituée de fibrociment, pour la remplacer par des tôles bac acier. Or, après le passage de l'inspection du travail, le 5 septembre 2014, une analyse des matériaux est ordonnée, ce qui a pour conséquence la suspension immédiate du chantier. Le salarié prend acte de la rupture le 15 septembre suivant. Il se demande s'il travaille au contact de l'amiante. Il reproche à l'employeur l'absence de prise de mesures nécessaires à sa sécurité, ainsi que l'absence de fourniture de travail depuis le 8 septembre. Au cours de la procédure, le rapport d'expertise, déposé courant octobre 2014, démontre que des matériaux et produits contenant de l'amiante ont effectivement été repérés sur le chantier objet du litige.

VO :

12. La troisième question est celle de l'attitude du salarié. Plus précisément, en raison du lien de subordination juridique et par la crainte d'éventuelles mesures de rétorsion, le salarié peut ne pas protester contre les manquements de l'employeur à ses obligations au cours de l'exécution du contrat. Par conséquent, il apparaît tentant d'invoquer l'absence d'objection du salarié pour considérer que, même s'ils existent, les manquements de l'employeur ne

sont pas suffisamment graves. Sur ce point, la Cour de cassation est ambiguë (23). Ainsi, dans votre pratique, que peut-il être répondu à l'employeur lorsque celui-ci soutient que ses manquements ne sont pas suffisamment graves au prétexte que le salarié s'est tu ou a été passif pendant plusieurs années ?

DOM :

13. L'argument selon lequel le silence de salarié viendrait retirer tout caractère de gravité à la faute de l'employeur est, à mon sens, inopérant. Cet argument est pourtant régulièrement soulevé par les employeurs au cours du débat judiciaire. Le silence du salarié qui accomplit, par exemple, depuis plusieurs années, des heures supplémentaires non rémunérées, ou qui n'a pas osé contester un avertissement, ou même qui n'a pas réagi face à des agissements abusifs de son supérieur, ne peut jamais être analysé comme une acceptation retirant aux faits leur caractère fautif ou le caractère de gravité aux fautes commises. Le fondement de cela est qu'un salarié qui reste silencieux face à une situation irrégulière ou abusive de travail est un salarié qui privilégie avant tout le maintien de la relation de travail. Le travail salarié est accompli dans le cadre d'un lien de subordination juridique propre et spécifique à la relation de travail. Ainsi, très souvent, la peur ou la crainte de représailles de l'employeur pouvant avoir une incidence sur le maintien dans l'entreprise explique ce silence du salarié. Par voie de conséquence, cet argument de certains employeurs n'en est pas un. Je n'ai d'ailleurs pas connaissance d'une jurisprudence admettant le silence du salarié comme un critère permettant de retirer à la faute son caractère de gravité. Il ne me paraît donc pas possible de tirer argument, dans des dossiers de prise d'acte de la rupture du contrat de travail ou de demande en résiliation judiciaire du contrat de travail, de l'absence de contestation dans un bref délai par le salarié. Toutefois, il ne faut pas nier que ce silence du salarié peut, dans certains cas, lui être préjudiciable. S'il n'a jamais formellement contesté et que l'employeur régularise la situation immédiatement après avoir pris connaissance de la réclamation de son salarié devant le Conseil de prud'hommes (par exemple, action en résiliation judiciaire pour non-paiement des heures supplémentaires), la question se posera alors, au jour où le juge statue, si le manquement de l'employeur rend impossible la poursuite de la relation de travail. Il s'agira, pour le juge, d'apprécier si, au regard de « l'ancienneté » des faits, la faute est suffisamment grave (24).

(22) Cass. Soc. 28 mai 2014, n° 13-12.485.

(23) A. Fabre, « Prise d'acte et résiliation judiciaire : un an après », SSL 2015, n° 1687, pp. 61-65, spéc. p. 62.

(24) Cass. Soc. 26 mars 2014, n° 12-23. 634, Bull. civ. V, n° 85.

DJM :

14. Il est vrai que l'ancienneté du grief ou le silence gardé par le salarié peut, selon les circonstances, être retenu à son encontre, même si la poursuite de l'exécution du contrat de travail ne vaut pas renonciation à exercer ses droits et les voies de droit. Là encore, tout est une question de circonstances. Si le manquement reproché devait être ancien, il pourrait être utile de mettre en exergue la raison pour laquelle le salarié n'a pas réagi dans un premier temps et ce qui provoque dorénavant sa réaction. Ainsi, lorsque le motif est plus ancien, le salarié a intérêt à démontrer que c'est l'accumulation, voire l'aggravation de la situation, qui ne permet plus le maintien de la relation de travail et que ce n'est pas seulement un moyen pour lui de quitter l'entreprise avec des indemnités. J'ai en tête un cas se déroulant dans le milieu équestre, où l'employeur s'était abstenu de verser un salaire à sa salariée entre mars 2010 et décembre 2012, ce qui représentait plus de 57.000 euros de salaire, tout en lui versant quelques primes dites au gagnant, c'est-à-dire calculés sur les gains de course perçus grâce à tous les chevaux de l'écurie, qu'ils soient drivés ou non par elle. En juin 2013, la salariée se décide à saisir le Conseil de prud'hommes de sa situation et l'employeur n'a pas manqué d'exploiter la passivité de sa salariée, tout en faisant état d'un accord entre eux. Il convient de préciser que l'employeur n'a jamais régularisé intégralement la situation. Il a simplement accepté de régler une provision devant le bureau de conciliation (10.530 euros en trois échéances, soit 3.000 euros le 1^{er} octobre 2013, 3.000 euros le 1^{er} décembre 2013 et 4.530 euros le 1^{er} février 2014). Nous avons jugé que ce manquement était suffisamment grave, selon la formule consacrée, pour entraîner la résiliation du contrat de travail, car, durant plus de deux ans, l'employeur s'était, en toute connaissance de cause, soustrait à son obligation essentielle. À cette occasion, il a été précisé deux éléments :

- l'employeur ne pouvait justifier ce manquement en faisant état de la passivité de sa salariée durant la période incriminée, ou même d'un prétendu accord entre les parties, ce que l'intéressée, au demeurant, contestait,
- l'attitude de la salariée n'était pas de nature à influencer sur les conséquences du manquement relevé au vu de sa gravité.

2. L'appréciation des manquements par les juges

VO :

15. L'évolution de la jurisprudence sur la notion de manquement suffisamment grave a également des conséquences sur son appréciation par le juge. Or, l'appréciation de la gravité des manquements de l'employeur est laissée aux juges du fond. Par exemple, en matière de modification du contrat de travail, il leur appartient d'évaluer l'intensité de la modification pour apprécier la gravité du manquement (25). La démarche adoptée aboutit nécessairement à une analyse casuistique. Il existe ainsi un risque de divergence d'appréciation entre les juridictions du fond, qui peuvent apprécier diversement la violation du contrat (26). Quelles sont les conséquences de cette évolution du contrôle du juge pour un avocat ? De même, pour un juge du fond, la motivation de ses décisions est-elle modifiée par ce nouveau cadre jurisprudentiel ?

DOM :

16. Pour un avocat, l'appréciation souveraine des juges du fond quant à la gravité des manquements de l'employeur est toujours source d'appréhension ! En effet, dans des dossiers complexes, en raison soit de l'existence d'éléments de preuve incertains ou susceptibles d'interprétations variées, soit d'une faute avérée de l'employeur, mais sans être manifestement grave, l'appréciation du juge du fond penchera dans un sens ou dans un autre selon une sensibilité, une vision propre du dossier. C'est la raison pour laquelle l'audience de plaidoiries demeure, pour ces dossiers, un moment du procès important, voire essentiel, car c'est à ce stade que nous tentons, une dernière fois, de convaincre. Dans une affaire récente, la Cour d'appel de Caen (27) a estimé que l'employeur, qui avait rejeté la responsabilité de la vente de produits périmés sur sa salariée en indiquant faussement aux services de gendarmerie qu'elle avait une délégation de pouvoir en matière d'hygiène et sécurité, a commis un manquement à son obligation de sécurité et un acte de déloyauté, ce qui avait eu des répercussions sur son état de santé. La prise d'acte de la rupture du contrat de travail, motivée principalement par le non-paiement des heures supplémentaires (manquement non retenu par la Cour, faute de preuve suffisante), a été requalifiée en un licenciement sans cause réelle et sérieuse en raison de ce comportement de l'employeur qualifié d'« *anxiogène* ».

(25) Pour une illustration, Cass. Soc. 12 juin 2014, n° 12-29.063, Bull. civ. V, n° 140 ; Dr. Ouv. 2014, pp. 866-871, n. J. Ferraro.

(26) A. Fabre, « Prise d'acte et résiliation judiciaire : un an après », préc., spéc., pp. 64-65.

(27) CA Caen, 2^{ème} Ch. Soc. 28 avr. 2017, RG n° 14/03751.

DJM :

17. L'évolution jurisprudentielle permet au juge du fond de retrouver son pouvoir d'appréciation sur les effets du ou des manquements relevés, afin de rendre des décisions cohérentes sans permettre des effets d'aubaine. Ainsi, en théorie, il n'y a plus de cause dirimante entraînant automatiquement une rupture du contrat aux torts de l'employeur. Il faut donc motiver autrement et ne pas se contenter d'annoncer ladite cause, mais bien dire en quoi elle constitue un manquement suffisamment grave qui empêche la poursuite du contrat de travail.

18. Par ailleurs, depuis les arrêts de 2014, la Cour de cassation utilise les termes « *à bon droit* » ou « *souverainement estimé...* » pour démontrer qu'elle ne contrôle pas les motifs relevés par les juges du fond. Néanmoins, cette dernière vérifie, dans une sorte de contrôle léger (28), l'adéquation entre les éléments de faits relevés et les déductions qui en découlent. La Cour de cassation se contente ainsi de relever l'erreur manifeste d'appréciation. Concrètement, elle contrôle l'existence du manquement en cause et s'il est en adéquation avec les éléments retenus pour dire que le maintien du contrat de travail est possible ou non.

II. Les effets variables de la rupture

Les effets de la rupture sont variables selon les hypothèses. Dans l'une, il n'y a qu'une seule rupture du contrat de travail. L'objectif est ici d'examiner les différences d'effets entre la prise d'acte de la rupture et la demande de résiliation judiciaire. Dans l'autre, l'évolution du litige peut amener les praticiens à être confrontés à une pluralité de ruptures du contrat de travail. Il importe alors de déterminer laquelle doit être privilégiée, afin de connaître les effets résultant de la fin du contrat de travail. Seront donc successivement étudiés les effets en présence d'une rupture unique (A) et d'une pluralité de ruptures du contrat de travail (B).

A. Les effets en présence d'une rupture unique du contrat de travail

Même s'il existe quelques similitudes, l'examen des effets des modes de rupture montre des différences notables entre la prise d'acte de la rupture et la résiliation judiciaire. Deux questions doivent être distinguées. L'une porte sur les conséquences financières de la rupture (1.). L'autre est relative à la date de la rupture du contrat (2.).

1. Les conséquences financières

VO :

19. En matière financière, les différences entre la prise d'acte de la rupture et la résiliation judiciaire sont notables. Certes, dans les deux cas, lorsque le juge retient que les manquements de l'employeur

sont suffisamment graves, alors la rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse (29). En revanche, les effets se distinguent lorsque le juge considère que les manquements invoqués ne sont pas suffisamment graves pour entraîner la rupture du contrat. En effet, en cas de rejet de la demande de résiliation judiciaire, le contrat de travail est maintenu (30). Inversement, en cas de prise d'acte, la rupture produit les effets d'une démission quand les manquements imputés à l'employeur ne sont pas jugés suffisamment graves. Le salarié doit alors prendre le temps de la réflexion, car le juge n'a pas nécessairement la même appréciation que lui sur la gravité du manquement (31).

DOM :

20. Le choix entre prise d'acte de la rupture du contrat de travail ou résiliation judiciaire se pose couramment en nos cabinets. Il s'agit de salariés bien souvent en situation de souffrance au travail en raison de divers manquements de l'employeur (heures supplémentaires non payées, retrait de prime, changement soudain de comportement, méthodes managériales agressives...). Les salariés se trouvant dans ce type de situation viennent chercher un conseil d'avocat pour trouver une solution afin de sortir d'une relation de travail qui ne paraît plus tenable à moyen ou long terme. Et si elle n'est déjà plus tenable, les salariés venant nous consulter se trouvent déjà en arrêt de travail pour des pathologies telles que syndromes anxio-dépressifs, épuisement, burn out.

(28) A. Fabre, « Prise d'acte et résiliation judiciaire : un an après », préc., spéc. p. 62 ; G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., pp. 449 et 483.

(29) Ex. : Cass. Soc. 25 novembre 2015, n° 14-17.433 (prise d'acte de la rupture) ; Cass. Soc. 14 décembre 2016, n° 15-16.756 (résiliation judiciaire). Exceptionnellement, la rupture peut produire les effets d'un licenciement nul. Ex. : pour la prise d'acte de la rupture par un salarié protégé (Cass. Soc. 12 novembre 2015, n° 14-

16.369, publié au Bulletin). S'agissant de la résiliation judiciaire, les effets de la nullité du licenciement peuvent être envisagés quand le comportement de l'employeur porte atteinte à une liberté fondamentale ou qu'il constitue un harcèlement ou une mesure discriminatoire ; Voir A. Mazeaud, *Droit du travail*, LGDJ, Précis Domat, 10^{ème} éd., 2016, p. 496.

(30) Cass. Soc. 8 février 2017, n° 15-24.873.

(31) G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., pp. 449-450.

Dans ces situations, nous aurons alors à conseiller ou à privilégier une voie plutôt qu'une autre.

Aujourd'hui, la voie de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail pour un salarié n'ayant pas immédiatement retrouvé un emploi est risquée pour les raisons suivantes :

- elle prive immédiatement le salarié de toute ressource (aucune indemnisation chômage (32)) ;
- de plus, si le salarié n'obtient pas gain de cause devant le Conseil de prud'hommes et que la prise d'acte est donc requalifiée en démission, il s'expose à une condamnation à payer à l'employeur l'indemnité compensatrice de préavis (33).

Ainsi, l'action en résiliation judiciaire est le plus souvent privilégiée. Elle permet de maintenir le contrat de travail et les salaires pendant la durée du procès. De surcroît, elle n'empêchera pas un examen par le juge des manquements graves de l'employeur si, en cours de procédure, le licenciement pour inaptitude intervient ou la prise d'acte s'impose car le salarié a retrouvé un emploi. En effet, la construction jurisprudentielle obligeant le juge à examiner en premier les manquements graves de l'employeur au soutien de l'action en résiliation judiciaire (34) nous incite à privilégier cette voie, plus protectrice pour le salarié.

DJM :

21. Concernant la demande en résiliation judiciaire, le salarié fait état de manquements graves dont il attend qu'ils soient reconnus par la juridiction pour pouvoir partir de son entreprise avec toutes les conséquences financières. Dans ce cadre, il est manifeste que le salarié n'a pas de projet précis à faire valoir, à tout le moins dans l'immédiat, ce dernier comptant sur son salaire, même si cette situation le place en grande souffrance.

En définitive, c'est donc la psychologie du salarié, outre sa situation financière, qui semble déterminer le choix du mode de rupture. Ainsi, si le conflit s'est cristallisé, c'est souvent la demande en résiliation qui est formée avec, régulièrement en parallèle, un salarié en arrêt maladie. Le salarié qui choisit de solliciter la résiliation judiciaire a souvent de l'ancienneté et/ou est en grande souffrance.

22. Quant à la prise d'acte de la rupture, le salarié a intérêt à sopeser la situation et à anticiper les conséquences d'un rejet éventuel de la qualification

de manquement suffisamment grave avant de choisir cette voie, puisqu'elle a un effet radical, d'autant qu'elle ne peut être rétractée, tandis que la résiliation est moins radicale dans ses effets. Il est à relever que, devant le Conseil de prud'hommes d'Argentan, la prise d'acte est un contentieux qui fait le plus souvent l'objet d'un départage, comparé aux demandes en résiliation judiciaire.

2. Les incidences de la date de la rupture

VO :

23. À propos de la date d'effet de la rupture, les différences entre la prise d'acte de la rupture et la résiliation judiciaire sont essentielles. D'un côté, la prise d'acte rompt immédiatement le contrat de travail. Aucun repentir n'est possible car le salarié ne peut pas se rétracter (35). D'un autre côté, en cas de résiliation judiciaire du contrat de travail, la date d'effet de la résiliation ne peut être fixée qu'au jour de la décision qui la prononce, dès lors que le contrat n'a pas été rompu avant cette date (36) ou que le salarié est toujours au service de l'employeur (37). Dès lors, le juge apprécie la gravité du manquement de l'employeur à ses obligations au jour de sa décision. L'employeur peut donc régulariser la situation avant que le juge ne statue (38). Par ailleurs, en raison de la durée du procès, plusieurs événements peuvent avoir une incidence sur la date de la rupture du contrat de travail. Tel est le cas quand le salarié travaille pour un nouvel employeur alors que le premier contrat de travail n'a été rompu ni par l'employeur, ni par le salarié. Selon la Cour de cassation, même si la résiliation judiciaire était fondée par des manquements suffisamment graves de l'employeur, la date de la rupture est celle du nouveau contrat de travail du salarié avec un autre employeur (39). L'idée sous-entendue est que le salarié n'étant plus au service de l'ancien employeur, la date de la rupture ne peut pas être celle du jugement. Cette décision implique une diminution des sommes dues par l'ancien employeur. Comment appréhendez-vous ces effets temporels de la rupture dans le traitement de vos dossiers ?

DOM :

24. La prise d'acte de rupture du contrat de travail rompt immédiatement le contrat dès l'envoi ou la remise de la lettre. Or, si le salarié n'a pas trouvé un nouvel emploi, il se trouve du jour au lendemain dans une situation précaire, puisque sans aucune

(32) *V. infra* n° 24.

(33) Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 09-43.208, Bull. civ. V, n° 141.

(34) *V. infra* nos 33-36.

(35) Cass. Soc. 14 octobre 2009, n° 08-42.878, Bull. civ. V, n° 221.

(36) Cass. Soc. 29 janvier 2014, n° 12-24.951, Bull. civ. V, n° 37.

(37) Cass. Soc. 9 janvier 2013, n° 11-22.119.

(38) A. Mazeaud, *Droit du travail*, préc., p. 496. Concernant les conséquences de cette régularisation sur l'objet de la preuve, voir *supra* nos 5-8.

(39) Cass. Soc. 21 septembre 2016, n° 14-30.056, publié au Bulletin.

ressource. En effet, l'accord d'application Unedic appliqué par Pôle Emploi (40) ne permet pas au salarié ayant pris acte de la rupture de son contrat de travail de percevoir des allocations-chômage, sauf situation admise dite de « démission légitime » (démission pour non-paiement ou actes susceptibles d'être délictueux, tels que des faits de violence de l'employeur (41)). En ce cas, et après production par le salarié des pièces justificatives de cette « démission légitime », Pôle Emploi peut accepter d'ouvrir des droits à paiement d'allocations-chômage. À défaut, le salarié ne peut espérer être pris en charge par Pôle Emploi qu'après la décision du Conseil de prud'hommes lui donnant gain de cause. C'est la raison pour laquelle la loi du 1^{er} juillet 2014 est venue réduire les délais d'audience des contentieux de prise d'acte de la rupture, puisque, désormais, l'affaire peut être portée directement devant le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes, qui doit alors statuer dans un délai d'un mois suivant sa saisine (42).

DJM :

25. De fait, le salarié, le plus souvent assisté de son conseil, peut recourir à la prise d'acte à l'issue d'un choix réfléchi. Il cherche alors à se libérer immédiatement du contrat de travail, tout en préservant ou réservant les conséquences pécuniaires à l'examen judiciaire. Le salarié a un projet et veut, par conséquent, quitter l'entreprise immédiatement (nouvel emploi, reconversion ou autre). L'employeur reproche d'ailleurs souvent au salarié de ne pas faire état de sa nouvelle situation (dans certains cas, l'employeur s'empresse de nous informer de la nouvelle situation professionnelle afin de colorer le débat). Cette hypothèse se vérifie de nouveau lorsque le salarié saisit la juridiction d'une demande de résiliation de son contrat et qu'en cours de procédure, il fait état d'une prise d'acte qui sera examinée en priorité (43). Ainsi, la prise d'acte est choisie pour se libérer immédiatement du contrat de travail (c'est souvent le conseil juridique qui en prépare les jalons : lettre recommandée avec accusé de réception, puis saisine du Conseil de prud'hommes et parfois, entre ces deux temps, le conseil adresse une proposition de rupture conventionnelle versée aux débats qui n'a évidemment pas eu d'écho). Ce mode permet alors de choisir la date de la rupture du contrat de travail. C'est

pourquoi la prise d'acte a pu être qualifiée d'auto-licenciement. Par conséquent, la prise d'acte est utilisée comme un moyen pour en finir rapidement avec la relation de travail en raison du comportement de l'employeur, alors que la résiliation judiciaire est ressentie comme la possibilité de faire reconnaître en justice les mêmes manquements.

B. Les effets en présence d'une pluralité de ruptures

VO :

En raison de l'évolution de l'affaire, liée au temps du procès, les praticiens se trouvent parfois confrontés à des situations complexes qu'ils doivent gérer pour apporter la bonne solution au litige. La jurisprudence a posé un cadre précis qu'il convient de connaître. Puisqu'il existe un grand nombre de situations possibles, il est décidé de ne retenir que certaines d'entre elles. Leur examen fait ressortir que ces combinaisons peuvent aboutir à trois situations différentes : une requalification de l'objet du litige (1.), une hiérarchie dans l'ordre d'appréciation des modes de rupture (2.) ou une neutralisation du litige (3.).

1. Une requalification de l'objet du litige

26. La requalification de l'objet du litige porte essentiellement sur la démission (44). Deux situations sont alors à distinguer. Tantôt le salarié démissionne. Puis, quelques temps après, il prend conscience des effets de celle-ci, notamment sur la possibilité de percevoir des allocations-chômage. Il peut alors être intéressant pour lui de chercher à démontrer que la démission est, en réalité, justifiée par des manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles. Lorsqu'au moment de la démission, le salarié invoque des faits qu'il reproche à l'employeur, il est assez aisé d'admettre que cette démission peut être requalifiée en prise d'acte de la rupture (45). En revanche, quand la démission est faite sans réserve, cette requalification paraît moins évidente. Toutefois, la Cour de cassation admet que le salarié invoque, après la démission, des manquements de l'employeur (46). Il doit alors prouver qu'il existait un différend, entre lui et son employeur, qui était antérieur ou contemporain de la démission (47). Pour autant, lorsqu'il souhaite voir juger sa démission équivoque, le salarié

(40) Convention d'indemnisation-chômage du 6 mai 2011 – règlement art. 2 et 4 ; circ. 2014-26 du 30 septembre 2014, n° 6.1.3.1 1.

(41) Accord d'application Unedic n° 14.

(42) C. trav., art. L. 1451-1.

(43) Cass. soc. 5 mars 2014, n° 12-28.127.

(44) Il arrive que cette question de la requalification se retrouve en présence d'un départ à la retraite. Voir W. Fraïsse, « Requalification d'un départ à la retraite en prise d'acte de la rupture du contrat », n. sous Cass. Soc. 20 octobre 2015, n° 14-

17.473, Dalloz actualité 2015 ; F. Dumont, « L'équivocité du départ à la retraite résultant d'une demande préalable de résiliation judiciaire », n. sous Cass. Soc. 20 octobre 2015, n° 14-17.473, JCP S 2016, n° 1, 1005, pp. 40-42.

(45) Cass. Soc. 15 mars 2006, n° 03-45.031, Bull. civ. V, n° 109 ; Cass. Soc. 24 avril 2013, n° 12-13.844.

(46) Cass. Soc. 9 mai 2007, n° 05-42.301, Bull. civ. V, n° 70 ; Dr. Ouv. 2007, pp. 571-574, n. A. de Senga.

(47) Cass. Soc. 19 décembre 2007, n° 06-42.550, Bull. civ. V, n° 218.

doit faire attention à deux délais. Le premier est celui séparant la date de la démission et l'énoncé des griefs. Le second porte sur le délai entre la fin des manquements de l'employeur et la date de la démission (48). Quand vous êtes confrontées à une démission, liée à des griefs du salarié envers son employeur, comment appréciez-vous le dossier pour savoir s'il convient de la requalifier en prise d'acte de la rupture ?

Tantôt, le salarié sollicite la résiliation judiciaire du contrat de travail. Néanmoins, en cours de procès, il démissionne. Comment apprécier cette démission et quels sont ses effets ?

DOM :

27. Nous sommes effectivement parfois amenés à conseiller un salarié après qu'il ait déjà donné sa démission par suite de manquements commis par son employeur. En ce cas, la rupture est acquise au moment où nous sommes saisis. Ainsi, la démission motivée par des manquements de l'employeur, ou la démission donnée sans réserve, mais dans des circonstances antérieures ou contemporaines la rendant équivoque, sont des cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de salariés dans lesquels nous serons amenés à plaider une requalification en une prise d'acte de la rupture du contrat de travail (49). Pour savoir si une telle démission est susceptible d'être contestée devant la juridiction prud'homale, nous nous attacherons à savoir, tout d'abord, si l'on peut prouver les fautes de l'employeur et cela, à une époque contemporaine de la démission. Si le salarié dispose d'un nombre insuffisant de preuves, la démission ne sera pas contestée devant la juridiction prud'homale et restera, au regard des tiers (notamment Pôle Emploi), une démission et rien d'autre. Si, en revanche, le salarié peut prouver les fautes graves de son employeur à une époque antérieure ou contemporaine à sa démission, il pourra obtenir une requalification en une prise d'acte de la rupture du contrat et, donc, en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (50). Mais, en réalité, ce contentieux de la démission devant la juridiction prud'homale demeure relativement réduit. Peu de salariés ayant démissionné reviennent sur leur décision, même si celle-ci peut être la conséquence de fautes, parfois graves, de l'employeur.

28. En revanche, la situation d'un salarié qui démissionne dans le cadre d'une procédure de résiliation judiciaire de son contrat de travail est rarissime. Dans une telle hypothèse, le salarié ne démissionnera

pas, mais formalisera, le plus souvent, une lettre de prise d'acte de la rupture de son contrat de travail. Le débat judiciaire se situera alors sur l'appréciation des manquements de l'employeur qui ont conduit à initier la procédure en résiliation judiciaire du contrat, et ceux qui ont contraint ensuite le salarié à rompre le contrat par une lettre de prise d'acte de la rupture du contrat. S'il y avait formalisation d'une simple démission sans aucune réserve dans cette hypothèse, la procédure judiciaire étant en cours, je pense que le salarié pourrait plaider, sans aucune difficulté, le caractère équivoque de la démission, eu égard aux circonstances de la rupture, à savoir aux manquements graves de son employeur contemporain à cette rupture.

DJM :

29. D'abord, il arrive qu'un salarié conteste une démission qu'il qualifie d'équivoque et sollicite sa requalification en prise d'acte. Ici, il est manifeste que le courrier de démission a été adressé de façon intempestive, sous le coup de l'émotion. Le salarié considère qu'il ne peut plus rester dans l'entreprise, étant observé qu'il est parfois démontré qu'en réalité, il s'agissait de licenciement déguisé (ce qui recouvre souvent des situations de harcèlement, pousser à bout le salarié pour qu'il donne sa démission). Là encore, ce choix non réfléchi du salarié est motivé par la volonté de quitter immédiatement l'entreprise.

J'ai un exemple en tête, un salarié justifiait sa démission par l'amplitude de travail imposée. Il soutenait que le planning appliqué l'avait grandement fatigué. L'employeur répondait en faisant état de l'accord du salarié de faire ses 35 heures sur 4 jours, avec une permanence le mardi soir de 20 heures 15 à 22 heures 15. Ceci, d'après l'employeur, permettait au salarié d'être libre le jeudi soir pour pouvoir vaquer à ses obligations personnelles et familiales dès le vendredi matin. En pratique, le salarié était obligé de travailler sur 3 créneaux le mardi, à savoir de 8 heures 15 à 12 heures 15, puis de 13 heures à 18 heures, ainsi que de 20 heures 15 à 22 heures 15. Il en résultait un dépassement des seuils à hauteur d'une heure une fois par semaine, avec un fractionnement du temps de travail en trois périodes au lieu de deux le mardi... En cours de route, les parties se sont mises d'accord sur une rupture conventionnelle (ce qui est une exception notable au principe « rupture sur rupture ne vaut » (51)).

(48) S. Tournaux, « Conséquences du harcèlement : une indemnisation généreuse contre une prise d'acte plus encadrée », n. sous Cass. Soc. 19 novembre 2014, n° 13-17.729, Lexbase Hebdo édition sociale, n° 593 du 4 décembre 2014.

(49) Cass. Soc. 24 octobre 2012, n° 11-22.104 ; Cass. Soc. 5 décembre 2012, n° 11-14.665.

(50) V. par exemple : CA Caen, 2^{ème} Ch. Soc., 23 octobre 2015, RG : 13/03115.

(51) V. par analogie Cass. Soc. 3 mars 2015, n° 13-20.549. Dans cette affaire, il a été jugé qu'une rupture conventionnelle intervenue après licenciement vaut renonciation commune au licenciement.

30. Ensuite, lorsqu'une demande en résiliation judiciaire est suivie d'une démission, deux hypothèses sont à distinguer.

Soit la démission est faite sans réserve sans demande de requalification. La demande de résiliation judiciaire devient sans objet. Ce sont donc les effets de la démission qui priment. Ainsi, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui a retenu la résiliation malgré la démission (logique : la démission comme la prise d'acte ayant un effet immédiat). Néanmoins, le salarié a la possibilité de solliciter des dommages-intérêts à l'appui des griefs invoqués.

Soit la démission est remise en cause en formant des griefs contre l'employeur. Dès lors, le salarié peut demander la requalification de la démission en prise d'acte de la rupture. Pour déterminer si les manquements de l'employeur sont suffisamment graves, le juge prend en considération non seulement ceux invoqués au soutien de la prise d'acte, mais aussi les moyens justifiant la résiliation judiciaire devenue sans objet (52). En conséquence, le seul procès en cours, lié à la résiliation judiciaire, ne rend pas la démission équivoque. Il importe que le salarié soulève, au jour de la rupture, tous les griefs à l'encontre de l'employeur. Dans cette situation, aucun rattrapage ultérieur ne paraît envisageable. Ceci signifierait que le salarié aurait renoncé aux griefs qu'il entendait soulever à l'encontre de son employeur.

2. La hiérarchisation entre les modes de ruptures

VO :

31. La hiérarchisation entre les modes de rupture traduit une volonté de privilégier un mode de rupture sur l'autre. Les conflits opposent essentiellement le licenciement et les modes de rupture à l'initiative du salarié. Selon le mode de rupture unilatéral, la hiérarchie se manifeste différemment.

La première manifestation est relative à la prise d'acte de la rupture du contrat de travail. La jurisprudence tire les conséquences de l'effet immédiat de ce mode de rupture. Dans cette hypothèse, que le licenciement soit antérieur (53) ou postérieur (54) à la prise d'acte, le juge n'a pas à examiner les motifs invoqués par l'employeur au soutien du licenciement. Il doit seulement statuer sur la prise d'acte afin de déterminer si les manquements invoqués par le salarié sont suffisamment graves. En d'autres termes,

seuls les faits invoqués par le salarié sont dans le débat (55). Cette jurisprudence permet au salarié soit de « *reprendre la main* », soit de la conserver, afin de déterminer le ou les motifs de la rupture qui sont examinés par le juge (56). *A priori*, cette jurisprudence apparaît favorable au salarié. Toutefois, il n'agit pas sans risque, puisque la prise d'acte de la rupture peut produire les effets d'une démission (57).

DJM :

32. La mise en œuvre simultanée des modes de rupture par les parties peut effectivement compliquer les choses. Dans l'hypothèse d'une prise d'acte et d'un licenciement, puisque la prise d'acte entraîne la rupture immédiate du contrat de travail, il n'y a pas lieu de statuer sur le licenciement ultérieur, qui est considéré comme non avvenu (58). Inversement, la prise d'acte ne peut pas être postérieure à la notification du licenciement.

VO :

33. La seconde manifestation réside dans la résiliation judiciaire. Ici, la protection se voit particulièrement quand le licenciement est postérieur à la demande de résiliation judiciaire. La préférence accordée à la résiliation judiciaire est double.

Tantôt le juge doit vérifier que le licenciement n'est pas une mesure de rétorsion de l'employeur. Si le salarié démontre que le licenciement est justifié par la demande de résiliation judiciaire, alors le licenciement est nul (59).

Tantôt, même si le licenciement n'est pas suspect, la résiliation judiciaire est privilégiée. La jurisprudence indique effectivement l'ordre dans lequel le juge doit examiner les modes de rupture quand l'évolution du litige emporte un cumul de différentes ruptures du contrat de travail. En effet, le juge est tenu de trancher en premier la demande de résiliation judiciaire (60).

Lorsque vous êtes confrontées à une opposition entre une rupture à l'initiative du salarié et un licenciement, comment appréhendez-vous le dossier ?

DOM :

34. Dans l'hypothèse d'une succession action en résiliation judiciaire, puis licenciement du salarié au cours de la procédure, le dossier est appréhendé de la manière suivante. Nous plaçons à titre principal

(52) Cass. Soc. 30 avril 2014, n° 13-10.772, Bull. civ. V, n° 108.

(53) Cass. Soc. 26 octobre 2011, n° 09-42.708.

(54) Cass. Soc. 24 avril 2013, n° 12-13.844.

(55) G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., p. 450.

(56) G. Loiseau, « L'articulation des modes de rupture du contrat de travail », CSB 2015, n° 274, pp. 296-300, spéc. pp. 297-298.

(57) G. Loiseau, « L'articulation des modes de rupture du contrat de travail », préc., spéc. p. 298.

(58) Cass. Soc. 21 janvier 2015, n° 13-16.452.

(59) Cass. Soc. 3 février 2016, n° 14-18.600, publié au Bulletin.

(60) Cass. Soc. 6 janvier 2010, n° 08-43.256.

les griefs que le salarié faisait valoir au soutien de son action en résiliation judiciaire, et ce n'est que de manière subsidiaire que nous contestons le licenciement. S'il s'agit d'un licenciement pour inaptitude (ce qui est très souvent le cas), nous contestons subsidiairement ce licenciement en faisant valoir que l'inaptitude du salarié résulte de la faute de l'employeur, c'est-à-dire ses manquements graves que nous avons plaidés à titre principal au soutien de la résiliation judiciaire du contrat. Si le salarié a été licencié pour une toute autre cause (faute ou autre motif personnel), nous développons donc subsidiairement la contestation des motifs du licenciement. J'insiste sur le fait que nous avons face à nous un salarié qui, je le rappelle, se trouve bien souvent en situation de souffrance au travail. La situation la plus couramment rencontrée est celle d'un salarié qui a initié une action en résiliation judiciaire de son contrat de travail pour divers manquements de son employeur, mais dont la situation va évoluer. Soit la relation de travail s'est à tel point dégradée qu'elle a eu des effets sur son état de santé et qu'il se trouve en arrêt de travail, soit le salarié a eu suffisamment de « ressources » ou simplement des opportunités pour trouver un nouvel emploi. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'évolution du dossier sera la suivante :

- Dans l'hypothèse d'un salarié qui verra son état de santé se dégrader, il y aura un premier arrêt de travail qui sera renouvelé, puis, au final, une déclaration d'inaptitude par le médecin du travail et un licenciement pour inaptitude ;
- Pour un salarié ayant retrouvé un emploi, une lettre de prise d'acte de la rupture du contrat de travail sera formalisée en cours de procédure en résiliation judiciaire pour se délier du contrat, tourner la page d'une situation douloureuse et, enfin, envisager un nouvel avenir professionnel.

DJM :

35. Quand une demande en résiliation judiciaire est en concurrence avec un licenciement, la demande de résiliation judiciaire introduite avant l'envoi de la lettre de licenciement doit être examinée en priorité. S'il est fait droit à la demande de résiliation, celle-ci produit ses effets au jour de l'envoi de la lettre de

licenciement, ce qui clôt l'affaire sans aller examiner le licenciement. Si la demande de résiliation judiciaire est rejetée, il faut alors se prononcer sur le licenciement (61).

36. *A contrario*, il est admis que la résiliation judiciaire du contrat de travail engagée par le salarié postérieurement à l'envoi de la lettre de licenciement, date de la rupture du contrat de travail, est nécessairement sans objet, l'appréciation du bien-fondé du licenciement devant toutefois tenir compte des griefs invoqués par le salarié dans le cadre de sa demande de résiliation (62).

3. La neutralisation du litige

VO :

37. La neutralisation du litige résulte principalement de l'émergence de la rupture conventionnelle (63). Celle-ci a la faveur des juges car il s'agit d'un mode amiable de la rupture du contrat de travail. Une nouvelle fois, deux situations sont à différencier.

D'un côté, la rupture conventionnelle est conclue après une prise d'acte de la rupture ou après une demande de résiliation judiciaire. Ici, la faveur est clairement donnée à la rupture conventionnelle. En effet, en cas de résiliation judiciaire, si les parties décident de conclure une rupture conventionnelle, alors sa validité ne peut pas être remise en cause par l'existence d'un différend (64). De même, par un raisonnement original, la jurisprudence admet qu'une rupture conventionnelle peut être conclue après une prise d'acte (65). L'effet immédiat de la première rupture n'est pas un obstacle. La Cour de cassation retient que le lien contractuel est recréé pour ensuite être rompu par la rupture conventionnelle (66). Ceci montre que la rupture conventionnelle peut totalement neutraliser la rupture unilatérale du salarié.

DOM :

38. À mon sens, cet arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de Cassation ne consacre pas la priorité à la rupture conventionnelle intervenue après une prise d'acte de la rupture du contrat de travail. Au cas

(61) Cass. Soc. 15 mai 2007, n° 04-43663, Bull. civ. V, n° 76. Cette solution s'applique également dans le cadre d'un transfert de contrat en application de l'article L.1224-1 du Code du travail (Cass. soc. 7 décembre 2011, n° 07-45689, Bull. civ. V, n° 290).

(62) Cass. Soc. 20 décembre 2006, n° 05-42539 ; Cass. Soc. 7 mars 2012, n° 10-17090. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation a jugé que la résiliation judiciaire « postérieure au licenciement, (...) était sans objet ».

(63) Cette question de la neutralisation peut également se poser quand l'employeur met à la retraite un salarié alors qu'il a formé une demande de résiliation judiciaire. La jurisprudence décide que la résiliation judiciaire devient sans objet (Cass. Soc. 12 avril

2005, n° 02-45.923 ; Bull. civ. V, n° 131). Pour une critique de cette solution G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail, préc.*, p. 484, n. n° 7.

(64) Cass. Soc. 23 mai 2013, n° 12-13.865, Bull. civ. V, n° 125.

(65) Cass. Soc. 6 octobre 2015, n° 14-17.539, publié au Bulletin.

(66) Pour des commentaires plus ou moins critiques voir G. Loiseau, « L'opérabilité d'une prise d'acte en phase de rupture conventionnelle », n. sous Cass. Soc. 6 octobre 2015, n° 14-17.539, JCP S 2015, n° 48, 1430, pp. 23-25 ; G. Auzero « Comment rompre un contrat de travail déjà rompu ? », n. sous Cass. Soc. 3 mars 2015, n° 13-20.549, RDT 2015, pp. 322-324.

d'espèce, le salarié et l'employeur avaient, antérieurement à la lettre de prise d'acte de la rupture du contrat de travail, signé le formulaire de rupture conventionnelle, puis laissé le délai de rétractation de 15 jours s'écouler. Ce n'est qu'à l'issue de ce délai de rétractation de 15 jours, et pendant la période d'instruction de l'homologation de l'inspection du travail, que le salarié a adressé une lettre de prise d'acte de la rupture du contrat. La Cour de Cassation vient préciser que, dans une telle hypothèse, la lettre de prise d'acte de la rupture du contrat de travail ne peut produire effet. Elle laisse néanmoins une ouverture, sauf à démontrer, pour le salarié, l'existence de manquements survenus ou dont il a eu connaissance au cours de la période d'homologation. À mon sens, cette décision s'explique par le fait que la rupture conventionnelle a été formalisée antérieurement à la lettre de prise d'acte du contrat de travail en toute connaissance de cause, c'est-à-dire avec un consentement des parties *a priori* valable et définitif du fait de l'expiration du délai de rétractation de 15 jours.

VO :

39. D'un autre côté, lorsque la rupture conventionnelle est conclue en premier, elle neutralise partiellement la rupture unilatérale du salarié. L'examen de sa combinaison avec la prise d'acte de la rupture le montre. Plus précisément, la rupture conventionnelle suit une procédure spécifique. S'il le souhaite, le salarié peut se rétracter dans un délai de quinze jours calendaires suivant la signature (67). Dans cette hypothèse, la rupture conventionnelle ne produit aucun effet et le salarié peut, s'il le souhaite, prendre acte de la rupture ou solliciter la résiliation judiciaire, en se fondant sur tous les manquements de l'employeur à ses obligations contractuelles. En revanche, qu'en est-il lorsque le salarié souhaite rompre unilatéralement le contrat de travail après l'expiration du délai de rétractation ? Certes, la prise d'acte de la rupture n'est pas impossible. Toutefois, au soutien de sa prise d'acte, le salarié ne peut invoquer que des manquements survenus ou dont il a eu connaissance entre la date d'expiration du délai de rétractation et la date d'effet prévue de la rupture conventionnelle (68). Cette position jurisprudentielle limite le droit de résiliation unilatérale du salarié. Néanmoins, elle se comprend. Elle évite un contournement des règles prévues pour remettre en cause la rupture conventionnelle (69). Selon vous, quels sont les critères à prendre en considération pour savoir s'il est opportun de conclure une

rupture conventionnelle alors qu'une prise d'acte de la rupture ou une résiliation judiciaire est envisagée ?

DOM :

40. Votre interrogation portant sur le fait de savoir si une rupture conventionnelle serait à privilégier à une prise d'acte ou à une résiliation judiciaire est finalement rare en pratique. La prise d'acte de la rupture ou la résiliation judiciaire sont des hypothèses où il existe un véritable conflit avec l'employeur : le salarié a des griefs à faire valoir et n'entend pas assumer la responsabilité d'une rupture du contrat qu'il estime contrainte du fait des fautes de son employeur. Dans la situation de la rupture conventionnelle, les deux parties au contrat tirent, en principe, les conséquences d'un échec ou d'une fin nécessaire de la relation contractuelle et en assument chacune, pour leur part, la responsabilité. Ainsi, et sauf à ce que le salarié, comme vous le formulez précédemment, réalise qu'en définitive, les fautes de son employeur ne sont pas suffisamment graves ou bien se trouve dans l'incapacité de démontrer les manquements graves, la voie de la rupture conventionnelle ne sera pas envisagée.

DJM :

41. La jurisprudence privilégie systématiquement la rupture conventionnelle, mode de rupture déjudiciarisé, dès lors que la convention est signée et le délai de rétractation de 15 jours s'est bien écoulé. Ainsi, si le délai de rétractation est passé, il n'est plus possible pour le salarié de prendre acte, sauf à faire valoir des éléments postérieurs survenus (violence, harcèlement sexuel ou comportement inapproprié) ou dont il a pris connaissance après l'expiration du délai de rétractation et ce, pour éviter de détourner ou neutraliser ledit délai. La rupture conventionnelle peut être attrayante dans la mesure où elle ne fait pas perdre ses droits à Pôle Emploi, mais il est à craindre qu'en dernière alternative, un autre contentieux se crée en lien avec la rupture conventionnelle, laquelle ne pourrait être discutée que sous l'angle du consentement, de l'effectivité du délai de rétractation ou de la fraude mise en œuvre (cela peut recouvrir l'absence d'exemplaire remis au salarié, ce qui ne permet pas de vérifier l'effectivité du délai de rétractation, les vices du consentement classiques ou l'absence de tenue d'entretien...).

**Dominique Mari, Djamila Medjahed
et Vincent Orif**

(67) C. trav., art. L. 1237-13.

(68) Cass. Soc. 6 octobre 2015, n° 14-17.539, publié au Bulletin. Pour rappel, la convention fixe la date de rupture du contrat de travail, qui ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation (C. trav., art. L. 1237-13).

(69) V. en ce sens, L. Dauxerre, obs. sous Cass. Soc. 6 octobre 2015, n° 14-17.539, in « Chronique de droit du travail », JCP E 2016, n° 49, 1659, pp. 43-52, spéc. pp. 49-50.