

# La rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié à l'épreuve de la jurisprudence

par *Michel SABATTE*, Avocat au Barreau de Toulouse

## PLAN

I. La portée des ruptures du contrat de travail à l'initiative des salariés

II. La jurisprudence, dans son travail de conciliation du droit de licencier et des initiatives susceptibles d'être prises par les salariés au regard de la rupture de leur contrat de travail

**L**es arrêts se rapportant à des conflits venant se greffer sur des ruptures du contrat de travail à l'initiative des salariés se sont multipliés en quelques mois. La jurisprudence enregistre ainsi un phénomène dont le développement surprend et suscite de nombreuses interrogations.

Dans une situation où l'emploi est une denrée rare, est-il normal que des salariés précipitent la rupture de leur contrat de travail ? A première analyse, la démarche est difficilement compréhensible voire paradoxale. Et pourtant elle existe. L'auteur de ces quelques lignes a la faiblesse de penser qu'il s'agit là d'un phénomène utile et éminemment positif alors que ses détracteurs multiplient les efforts pour tenter de le discréditer.

Est-il nécessaire de rappeler à cette place la sinistre formule de "droit à l'autoliquidation" suscitée par l'arrêt *Mocka* (1) mais sciemment utilisée dans l'objectif ci-dessus énoncé. Les quelques lignes qui suivent s'inspirent du constat qu'une fois encore c'est la société civile qui propose de nouveaux modèles de comportements. C'est de la société civile que surgissent les évolutions les plus significatives.

Au cas particulier, la multiplication des ruptures du contrat de travail sollicitées par les salariés, permet d'entrevoir dans un proche avenir une situation beaucoup plus équilibrée qu'elle ne l'a jamais été au regard de la rupture du contrat de travail (I). Et la Cour de cassation enregistre cette réalité par l'énoncé de principes extrêmement équilibrés qui préservent le droit de licencier mais qui démontrent que ce droit a ses limites. La Cour de cassation a posé récemment de nombreux principes qui s'avèrent très positifs au regard de ces initiatives que prennent les salariés en matière de rupture de leur contrat de travail (II).

## I. La portée des ruptures du contrat de travail à l'initiative des salariés

Une vision négative de ce type de démarche débouche sur l'énoncé de vérités qui n'expriment que très partiellement la portée du phénomène en développement.

- En France, le travail se dévalorise et cela provoque des phénomènes de fuite.

- Les salariés aujourd'hui croient moins qu'hier à l'efficacité de l'action collective. Ils pensent, à tort ou à raison, qu'une initiative individuelle est souvent plus efficace pour les protéger contre un licenciement que ne le

serait l'action collective si elle pouvait se développer normalement.

- Les salariés développent des stratégies non-innocentes pour quitter un emploi qui ne les satisfait plus pour un autre emploi plus attrayant tout en souhaitant se préserver des conséquences d'une démission et obtenir au passage une indemnisation parfois conséquente.

Dans la multiplication des demandes de résiliation judiciaire du contrat de travail, de prises d'acte du même contrat et de démissions provoquées, il y a tout cela mais

(1) Cass. Soc. 26 sept. 2002, *Mocka*, Bull. civ. V n° 284, Dr. Ouv. 2003 p. 456 n. M. Carles.

bien d'autres choses encore de plus essentiel. Les initiatives prises par les salariés en vue de la rupture de leur contrat de travail ont pour effet de rééquilibrer les rôles au regard du droit de licencier.

Le droit de licencier, c'est une banalité de le rappeler, est considéré par les employeurs comme une prérogative essentielle et presque sacrée dans le monde libéral. Trop souvent, confrontés à l'exercice de ce droit, les salariés adoptent une attitude purement défensive. Le licenciement qui se présente comme un acte juridique produisant ses effets en un moment très précis, est toujours l'aboutissement d'une lente dégradation de la relation de travail.

Aujourd'hui, certains salariés, peut-être plus conscients que d'autres, n'attendent pas la fin du processus. Ils adoptent une attitude offensive. Ils prennent un temps d'avance en saisissant le juge judiciaire d'une demande de résiliation de leur contrat lorsqu'il leur est possible

d'attendre l'issue d'une procédure ou ils prennent acte de la rupture de ce contrat ou ils donnent une démission causée par les manquements qu'ils imputent à leur employeur dans les autres cas. L'avantage tiré de ce type d'initiative est indiscutable. La démarche entreprise, la balle est dans le camp de l'employeur qui pour le coup se trouve placé en situation défensive. Et dans tous les cas, le débat judiciaire va prioritairement se développer sur le terrain choisi par le salarié : les manquements imputables à l'employeur dans l'exécution de ses obligations.

Le second apport du phénomène tient en la démonstration qu'aujourd'hui les salariés n'hésitent pas à s'en remettre à l'office du juge dans cette circonstance très particulière et souvent très douloureuse qu'est la rupture de leur contrat de travail. Dans un Etat de droit, il s'agit d'un phénomène positif. La jurisprudence, ainsi que cela va être démontré, enregistre positivement ce type de démarche et cela ressort de principes qui apparaissent aujourd'hui clairement posés.

## II. La jurisprudence, dans son travail de conciliation du droit de licencier et des initiatives susceptibles d'être prises par les salariés au regard de la rupture de leur contrat de travail

La Cour de cassation se démarque, et c'est heureux, très clairement, de la formule de droit à l'auto-licenciement évoquée ci-dessus. Le fil conducteur des arrêts qui ont été rendus durant ces deux dernières années (2), tient à ce que la Cour de cassation distingue bien clairement le droit de licencier (3) et le droit de rupture dont le salarié peut avoir l'initiative (4).

Dans tous les cas de figure, qu'il s'agisse d'une demande de résiliation judiciaire du contrat, d'une prise d'acte de la rupture, ou d'une démission provoquée, la Cour de cassation signifie bien clairement que c'est le juge judiciaire qui maîtrise totalement l'analyse et les conséquences de l'initiative prise par le salarié. C'est le juge et lui seul qui appréciera si cette initiative doit être traitée sur le terrain de ses conséquences comme un licenciement ou sur le terrain des effets d'une démission. De ce point de vue là, l'inégalité entre les parties au contrat subsiste puisqu'aussi bien un licenciement, même illégitime, reste un licenciement.

Mais dans le même temps, la Cour de cassation ne permet pas à l'employeur d'utiliser le droit de licencier pour anéantir les effets d'une initiative prise antérieurement par le salarié en vue de la rupture de son contrat. Mieux, dans un tel cas de figure, le salarié

dispose de deux terrains de contestation de la rupture : celui qu'il a choisi par son initiative initiale ou celui qui est délimité par la motivation du licenciement prononcé postérieurement à cette initiative.

Au regard des exigences de motivation, c'est le même équilibre qui caractérise les solutions jurisprudentielles. Un premier arrêt du 19 octobre 2004 (5), pouvait laisser penser ou craindre, un traitement strictement égalitaire du salarié et de l'employeur au regard de l'exigence de motivation de la rupture. En droit, rien n'imposait une telle solution car dans un cas, le licenciement, il existe un texte (L122-14-2), alors que dans l'autre cas, le législateur ne s'est pas exprimé. Mais plus fondamentalement et même si l'on fait l'impasse sur cette inégalité essentielle qui caractérise les situations respectives des parties au contrat de travail, la solution de l'arrêt rendu le 19 octobre 2004 apparaît comme étant beaucoup moins respectueuse du droit de licencier que ne l'est celle de l'arrêt rendu le 29 juin 2005 (6).

L'arrêt du 29 juin 2005 qui, en cas d'initiative de la rupture prise par le salarié, ne limite pas le champ des investigations du juge judiciaire aux faits visés par le salarié au moment de la rupture (7), s'inspire du constat que le salarié ne s'auto-licencie pas. Il s'en remet au juge

(2) A. Martinel "L'office du juge dans la détermination et le contrôle des obligations contractuelles", Dr. Ouv. 2005 p. 103.

(3) Cass. Soc. 25 juin 2003, Bull. civ. V n° 208.

(4) Cass. Soc. 25 juin 2003, Bull. civ. V n° 209, RPDS 2003 p. 362 n. M. Carles.

(5) Dr. Ouv. 2005 p. 68 n. F. Saramito et A. de Senga.

(6) Reproduit ci-après, première espèce, PBRI.

(7) En ce sens déjà CA Versailles 14 sept. 2004, Dr. Ouv. 2005 p. 68.

afin qu'il soit statué sur le sort qu'il convient de réserver à la rupture de son contrat. Le droit de l'employeur est supérieur mais comme tout droit, celui-ci présente des contreparties.

Dans le même ordre d'idée, la formule utilisée par la Cour de cassation lorsqu'elle s'intéresse aux circonstances qui marquent la rupture du contrat à l'initiative du salarié, n'est sûrement pas le produit du hasard (8). La Cour de cassation fait référence aux "*faits invoqués par le salarié à l'appui de la prise d'acte de la rupture*". La Cour de cassation ne fait donc pas référence "*aux motifs énoncés par le salarié au moment de la rupture*". La notion de "*fait*" est sûrement moins contraignante que la notion de "*motif*" en ce que les motifs consistent en l'énoncé de faits qui doivent être mis en relation avec leurs conséquences ; le licenciement. Dans un cas, c'est l'employeur qui maîtrise la rupture et sa qualification, dans l'autre c'est le juge. C'est donc le juge qui va mettre en relation les faits avec leurs conséquences. Et c'est sûrement pour cette raison là que la Cour de cassation ne formule pas de la même manière ses exigences en cas de licenciement et en cas de rupture à l'initiative du salarié.

C'est dans la même logique encore qu'il faut trouver l'explication à la position catégorique de la jurisprudence lorsque celle-ci ferme la voie de résiliation judiciaire du contrat de travail aux employeurs (9). Voilà bien encore une conséquence du principe selon lequel l'employeur qui bénéficie de ce droit très particulier qui l'autorise à rompre le contrat de travail unilatéralement, doit supporter les contreparties des prérogatives que cela lui confère.

L'employeur qui maîtrise le pouvoir ou le droit de licencier ne saurait refuser d'assumer le risque de la rupture du contrat de travail en s'en remettant au juge pour prendre une telle décision lorsque des reproches peuvent être adressés au salarié.

Dans cette construction jurisprudentielle nuancée et équilibrée, quelques interrogations subsistent encore.

L'arrêt du 29 juin 2005 précise donc que les faits que le salarié reproche à son employeur dans la prise d'acte de la rupture du contrat de travail, ne fixent pas les limites du litige. Cela suppose que le salarié, dans la lettre de prise d'acte de la rupture du contrat de travail ou dans la lettre de démission lorsqu'il envisage de faire requalifier la démission dans les termes d'un licenciement, invoque des faits susceptibles d'être imputés à l'employeur.

Quelle sera la réaction de la Cour de cassation lorsqu'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail ou lorsqu'une lettre de démission ne viseront aucun fait particulier ? La Cour de cassation transposera-t-elle les solutions retenues en présence d'une lettre de licenciement non motivée ? Il s'agit d'une possibilité. Encore que les situations ne soient pas transposables puisque dans le cas de la lettre de licenciement, il y a un texte, ainsi que cela a été indiqué ci-dessus.

En toute hypothèse, il est évidemment fortement conseillé au salarié qui prend acte de la rupture de son contrat ou qui démissionne en pensant que cette démission est provoquée par le comportement de l'employeur, de faire état des faits qu'il reproche audit employeur.

Une deuxième interrogation est suscitée par la solution qui a été retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 2003 (10). Dans cet arrêt la Cour de cassation précise que lorsqu'un salarié saisit le juge judiciaire en vue d'obtenir l'exécution du contrat de travail, le même salarié n'a pas la possibilité postérieurement de prendre acte de la rupture du même contrat.

Voilà bien une des conséquences de ces situations dans lesquelles le salarié s'en remet au juge pour qu'il soit statué sur le sort qu'il convient de réserver au contrat de travail. L'arrêt du 8 juillet 2003, est à première analyse, surprenant car dans bien des cas de figure, postérieurement à la saisine du juge en vue d'obtenir l'exécution du contrat, la relation de travail va se tendre et se détériorer et va faire apparaître des éléments nouveaux qui seront susceptibles de justifier de la rupture.

A cela, la Cour suprême répond que le salarié a toujours la possibilité, en cours d'instance, d'introduire une demande nouvelle au titre de la flexibilité de l'instance. Cette demande consistant en une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail (11). Encore faut-il que la tension existant dans la relation de travail ne soit pas telle que la poursuite dudit contrat soit inconcevable. Si la poursuite du contrat est véritablement impossible, le salarié n'aura d'autre possibilité que de prendre acte de la rupture. Et à ce moment là, il lui est répondu que cette prise d'acte n'est pas possible.

C'est de ce point de vue là que l'arrêt rendu le 8 juillet 2003 est contestable. Pour autant, l'arrêt est un arrêt de rejet. Ce qui n'a absolument pas la même portée que s'il s'agissait d'un arrêt de cassation. Pour autant, cette prise

(8) E. Fraise "Rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié", RPDS 2004 n° 716.

(9) Soc. 13 mars 2001, *Muffin*, Bull. civ. V n°89, Dr. Ouv. 2002 p. 65 ; A. Martinel prec. spec. p. 106

(10) Cass. Soc. 8 juillet 2003, Bull. civ. V n° 225 p. 232, Dr. Ouv. 2005 p. 110 n. D. Joseph.

(11) J. Ferraro "Résiliation judiciaire, prise d'acte de la rupture et office du juge (réflexions à propos de l'arrêt du 16 février 2005)" Dr. Ouv. 2005 p. 377 ; comp. pour une prise d'acte alors qu'une action en résiliation a été intentée : CA Aix 22 sept. 2004, Dr. Ouv. 2005 p. 112 n. J. Ferraro.

d'acte qui va intervenir postérieurement à la saisine du juge pour une autre cause, ne sera pas nécessairement analysée comme devant produire les effets d'une démission.

A cet égard, un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Toulouse (12) propose une solution mieux adaptée aux situations qui viennent d'être décrites. La Cour apprécie, sur le fondement de l'arrêt du 8 juillet 2003, la prise d'acte de la rupture intervenue postérieurement à l'engagement d'une instance en exécution du contrat de travail, comme étant juridiquement impossible. Cette prise d'acte est jugée irrecevable. Cela signifie que la Cour de Toulouse, en prononçant une irrecevabilité, se détourne volontairement d'une appréciation sur le fond de la prise d'acte en terme de licenciement sans fondement réel ni sérieux ou en terme de rupture produisant les effets d'une démission. La Cour d'appel paraît avoir apprécié l'arrêt rendu le 8 juillet 2003 comme produisant des conséquences sur le seul terrain procédural.

Le salarié ne saurait, en même temps, dans le cadre d'une même instance, justifier d'un intérêt pour agir qui le conduit à s'en remettre au juge judiciaire pour obtenir l'exécution de son contrat, et se faire justice à lui-même d'une certaine manière en prenant acte de la rupture du

même contrat. L'absence d'intérêt pour agir, puisque l'on serait dans ce cas là en présence de deux intérêts contradictoires, se traduisant par le prononcé d'une irrecevabilité.

Quelle serait alors ou quelle sera alors la situation des parties au regard de la rupture du contrat ? C'est bien une interrogation qui méritait d'être soulevée. A notre sens, il appartient dans un tel cas de figure à l'employeur de prendre le risque de la rupture et de qualifier, sur le terrain de la rupture, le comportement du salarié qui a pris acte, après avoir engagé une instance, en exécution du contrat de travail.

En conclusion, il est intéressant de relever que les comportements que propose la société civile au regard de la rupture du contrat renouvellent les rôles susceptibles d'être joués par chacun dans l'entreprise dans cette circonstance particulière.

En un temps où certains prônent la déréglementation totale du licenciement, ce phénomène sur lequel se penche désormais avec attention la Cour de cassation démontre que la problématique de la rupture du contrat de travail échappe au législateur.

Cette problématique est sans cesse renouvelée par la vie des entreprises. C'est bien heureux.

**Michel Sabatte**

(12) Reproduit ci-après en deuxième espèce.

## Annexe

**CONSEILS DE PRUD'HOMMES – Prise d'acte de la rupture à l'initiative du salarié (deux espèces) – Démission motivée par des griefs – Etendue de l'appréciation du juge (première espèce) – Prise d'acte intervenant postérieurement à une action judiciaire en exécution du contrat de travail – Irrecevabilité (deuxième espèce).**

Première espèce :

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 29 juin 2005

**Société Dépannage Côte d'Azur Transports SA contre R.**

Attendu que M. R., engagé le 13 février 1987 en qualité de chauffeur routier par la société Dépannage Côte d'Azur Transports, a adressé à son employeur le 12 juillet 1996 une lettre de démission fondée notamment sur le fait que ses compléments de salaire et de congés payés ne lui avaient pas été réglés pour l'année 1995 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Dépannage Côte d'Azur Transports fait grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 20 février 2003) d'avoir décidé que M. R. avait été licencié sans cause réelle et sérieuse, alors, selon le moyen, que la lettre de démission fixe les termes du litige ; qu'en reprenant des éléments non précisés dans la lettre de démission pour considérer que l'employeur n'avait pas respecté ses obligations contractuelles alors que les éléments invoqués par

le salarié dans la lettre de démission n'étaient pas démontrés, la Cour d'appel a violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige ; que le juge est tenu d'examiner les manquements de l'employeur invoqués devant lui par le salarié, même si celui-ci ne les a pas mentionnés dans cet écrit ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi :

Rejette le pourvoi.

(M. Sargos, prés. - Mme Nicolétis, rapp. - M. Duplat, av. gén.)

Deuxième espèce :  
COUR D'APPEL DE TOULOUSE (4<sup>e</sup> Ch. sect. 1) 11 mars 2004  
**ARSEEA contre P.**

EXPOSÉ DES FAITS ET PROCÉDURE :

Mme P. a été embauchée en 1974 par l'association ARSEEA entreprise de plus de 11 salariés régie par la convention objective du 16 mars 1966 en qualité de "rééducatrice en psychomotricité" à mi-temps suivant contrat à durée indéterminée.

A compter de 1990 elle a, à plusieurs reprises, postulé sur des postes de psychologue ouverts à l'embauche par son employeur en invoquant la priorité instituée par l'article L 212-4-9 du Code du travail qui lui a toujours été refusée.

Par déclaration au greffe en date du 21 juin 2001, elle a saisi le Conseil des prud'hommes de Toulouse pour :

- faire constater qu'en sa qualité de salariée à temps partiel elle disposait d'une priorité d'embauche sur plusieurs postes à temps complet qui se sont libérés ou se sont créés, et que cette priorité n'a jamais été respectée,

- se voir allouer des dommages et intérêts de ce chef chiffrés à 12 195,92 euros et octroyer une indemnité au titre des frais irrépétibles exposés.

Par jugement du 6 janvier 2003 notifié le 21 janvier 2003 par lettre recommandée dont l'accusé de réception a été signé par les parties le 22 janvier 2005, cette juridiction a

- dit que Mme P. était fondée en sa demande,
- condamné l'association ARSEEA à payer à Mme P. les sommes de :
  - 6 097,96 euros à titre de dommages et intérêts,
  - 152,45 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile,
- débouté l'association ARSEEA de sa demande reconventionnelle.

Par déclaration au greffe en date du 6 février 2003 l'association ARSEEA a régulièrement relevé appel de cette décision et par conclusions du 21 octobre 2001, Mme P. a formé appel incident.

Le 19 juin 2003, elle a adressé à son employeur une lettre reçue le 23 juin 2003 ainsi libellée : *"Dans le cadre du litige qui nous oppose, je suis au regret de constater que votre déloyauté dans l'exécution du contrat de travail qui nous lie ne se dément pas.*

*En premier lieu, le Conseil des prud'hommes a jugé que vous étiez en faute de ne pas m'avoir octroyé un contrat à temps plein alors que j'étais prioritaire. A ce jour, cinq mois après, vous n'avez toujours pas décidé de réparer cette faute jugée.*

*En second lieu, alors que le jugement rendu le 6 janvier 2003 était assorti de l'exécution provisoire, vous n'avez pas acquitté les sommes mises à votre charge.*

*Votre attitude est conforme à ce que vous m'avez dit lors de notre dernier entretien : "Vous n'avez qu'à partir !".*

*Je ne comprends pas votre acharnement à mon égard au bout de pratiquement trente ans d'ancienneté, alors que vous m'avez vous-même promis un poste il y a six ans, que ma compétence est, comme vous le savez, reconnue tant en interne qu'au niveau de l'AMPPEA qui m'a coopté depuis cinq ans et que j'ai toujours exécuté consciencieusement mon contrat de travail.*

*Dans ces conditions, je suis au regret de vous notifier par la présente que je considère que vous avez rompu de façon unilatérale mon contrat de travail donc à vos torts exclusifs."*

Elle ne s'est plus présentée à son poste de travail à compter du 21 juillet 2003.

MOYEN DES PARTIES (...)

MOTIFS DE LA DECISION :

Sur la priorité d'embauche :

**Aux termes de l'article L 212-4-9 du Code du travail "les salariés à temps partiel qui souhaitent occuper ou reprendre un emploi à temps complet dans le même établissement ou à défaut dans la même entreprise ont priorité pour l'attribution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. L'employeur porte à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles correspondants".**

**Le présent litige réside dans cette notion de catégorie professionnelle et surtout d'équivalence d'emploi dans une autre catégorie professionnelle et particulièrement entre les fonctions de rééducatrice psychomotricienne et celles de psychologue.**

**Aucun critère légal n'a été posé ; et la convention collective applicable ne contient aucune disposition spécifique à ce sujet.**

**La question ne peut être tranchée qu'en procédant à l'analyse des deux fonctions.**

**La teneur de la convention collective doit donc être examinée.**

**Le déroulement de carrière n'y est pas strictement identique pour ces deux qualifications, le psychologue bénéficiant de coefficients de rémunération légèrement supérieurs ; les diplômes exigés sont différents.**

**L'emploi occupé et l'emploi réclamé ne relèvent donc pas de la même catégorie professionnelle.**

**Ces deux fonctions n'en sont pas moins regroupées dans la même annexe 4 de ladite convention collective consacrée aux "dispositions particulières au personnel psychologique et para-médical" dont elles font toutes deux partie.**

**Elles sont donc considérées comme procédant d'un certain nombre d'éléments communs ou assimilés.**

**Et Mme P., titulaire du diplôme de psychologue, était associée aux réunions regroupant l'ensemble des techniciens assurant des psychothérapies au centre de guidance infantile, comme il ressort d'un courrier du 7 mai 1986, pratique plusieurs fois renouvelée aux dires de Mme P. sans être démentie par l'association ARSEEA.**

**Au vu de ces données, l'emploi de psychologue doit être considéré comme équivalent à celui de psychomotricienne au sens du texte légal, lequel en élargissant la règle de priorité au-delà de la catégorie professionnelle invite et conduit à une interprétation extensive de la notion d'équivalence d'emploi.**

**Ce droit de priorité a, d'ailleurs, été jurisprudentiellement étendu à tout emploi créé ou devenu vacant dans l'établissement dès lors qu'il est compatible en ce qui concerne l'horaire, la durée et la répartition du travail.**

\*\*

**L'association ARSEEA n'a jamais accédé aux demandes renouvelées une dizaine de fois entre 1990 et 2001 de Mme P. dont il n'est pas discuté qu'elle remplissait toutes les conditions légales pour occuper un poste de psychologue.**

**La plupart du temps, aucune explication ne lui a été donnée ; ainsi en octobre 1995 (hôpital de jour Saint Léon),**

octobre 1998, mars 2001, septembre 2001, elle a été simplement avisée que sa candidature n'avait pas été retenue.

Elle s'est seulement vu répondre pour le poste de mai 1990 (La Reynerie) que Mlle J. était prioritaire, pour celui d'octobre 1995 (Empalot) que s'agissant d'un contrat pré-retraite progressive il était soumis à une priorité concernant les personnes inscrites à l'ANPE.

La faculté de choix entre plusieurs candidats prioritaires ne peut être utilement invoquée par cet employeur pour écarter toute carence ou manquement de sa part.

En effet, l'association ARSEAA a toujours refusé de reconnaître à Mme P. ce droit de priorité, position maintenue en cause d'appel, de sorte que, nécessairement, sa candidature n'a jamais été examinée dans ce cadre-là.

Toute tentative de justification ultérieure du recrutement de telle ou telle autre salariée est donc juridiquement vouée à l'échec.

Une telle attitude a causé un préjudice à Mme P. né de la perte d'une chance de voir sa candidature examinée et retenue, qui ne peut correspondre qu'à une fraction seulement du préjudice résultant de l'absence d'octroi de ce poste complémentaire à temps partiel qui lui aurait permis d'obtenir une rémunération supérieure à celle perçue à l'hôpital pour ce même mi-temps ; il doit s'apprécier au regard du nombre de candidatures déposées, de son ancienneté, de son parcours professionnel sans aucune remarque ou incident ; en fixant à 6 097,96 euros l'indemnisation due à ce titre, le Conseil des prud'hommes en a fait une juste appréciation.

Sur la rupture du contrat de travail :

Aux termes des articles L 122-4 et suivants du Code du travail, le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative de l'une des parties contractantes.

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.

Une telle prise d'acte par Mme P. le 23 juin 2003 était, cependant, juridiquement impossible dès lors que cette salariée avait saisi le 21 juin 2001, pour les mêmes faits, la juridiction prud'homale d'une action en dommages et intérêts pour violation de la règle de la priorité d'embauche et

donc en exécution du contrat de travail et des obligations en découlant, qu'elles soient d'origine légale, contractuelle ou conventionnelle.

En effet, à cette date, l'instance était toujours en cours puisque le jugement avait été frappé d'appel par l'employeur.

Les faits étaient identiques puisque la déloyauté invoquée dans la lettre ci-dessus reproduite est exclusivement motivée par le refus de lui octroyer "*un contrat à temps plein alors que j'étais prioritaire*"; elle vise, certes, également l'absence d'exécution immédiate de la décision prud'homale mais il ne s'agit que d'une incidence de ce même manquement consacré par le Conseil des prud'hommes dont le jugement n'avait pas fait l'objet, à cette date, d'une quelconque demande d'exécution de la part de la salariée dans le cadre de l'exécution provisoire accordée aux risques et périls de celle-ci d'ailleurs puisque la décision était frappée d'appel.

Mme P. ne saurait, dans ses écritures, étendre sa critique au poste de psychologue devenu vacant à la suite d'un départ en retraite en juillet 2003 pour la rentrée de septembre 2003 dès lors que cette situation est postérieure à l'envoi de la lettre de rupture alors que les griefs s'apprécient à cette dernière date.

La demande de Mme P. tendant à voir produire à cette lettre de rupture les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse doit, dès lors, être déclarée irrecevable.

Sur les demandes annexes :

L'association ARSEAA qui succombe supportera donc la charge des dépens ; elle ne peut, de ce fait, bénéficier des dispositions de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Eu égard aux circonstances de la cause et à la position des parties, il est inéquitable de laisser à la charge de Mme P. la totalité des frais exposés pour agir en justice et non compris dans les dépens, ce qui commande l'octroi de la somme de 1 200 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

Confirme le jugement déféré en toutes ses dispositions.

Y ajoutant :

Déclare irrecevable la demande de Mme P. relative à sa prise d'acte de la rupture du contrat de travail.

(M. Milhet, prés. - SCP Sabatte-Broom, SCP Matheu, Rivière-Sacaze, av.)