

Le préavis de prise d'acte : le risque disproportionné encouru par le salarié usant de son droit de provoquer une rupture immédiate ⁽¹⁾

par *Nicolas Collet-Thiry*, Avocat au Barreau de Paris

PLAN

I. Le systématisme de la condamnation : une sanction sans nuance

II. Le caractère forfaitaire de l'indemnisation : une sanction excessive

Depuis bientôt dix ans (2), la prise d'acte s'est progressivement installée dans le paysage juridique. Sa création par la jurisprudence répond à un impératif social : combler les lacunes du Code du travail en réservant une « porte de sortie » acceptable, qui ne se réduise pas à la démission pure et simple, au salarié victime de comportements fautifs commis par l'employeur rendant impossible la poursuite du contrat de travail (3). Désormais, le salarié dispose de deux modes de rupture du contrat de travail, ayant chacun un objet propre : la démission, qui représente le droit du salarié de rompre le contrat de travail à tout moment pour des motifs purement personnels, et la prise d'acte, qui constitue une rupture pour faute ouvrant droit à une indemnisation éventuelle (4). La prise d'acte constitue ainsi un instrument de nature à préserver les intérêts du salarié et à « équilibrer », dans une certaine mesure, le droit de la rupture du contrat de travail (5).

Faire de la prise d'acte un réel outil de sauvegarde des droits du salarié, supposait cependant que le régime de ce mode de rupture satisfasse à un certain nombre d'exigences. En premier lieu, rendre la prise d'acte accessible au plus grand nombre, autrement dit « démocratiser » son utilisation, supposait non seulement de n'exclure, en droit, aucun salarié (6), mais également d'en faire un instrument simple d'utilisation. La jurisprudence a parfaitement répondu à cette exigence, notamment en écartant toute condition de forme (7), toute condition de « recevabilité » (8),

(1) Cet article trouve sa source dans une thèse soutenue le 17 mars 2012 : *L'encadrement contractuel de la subordination*, Dr. B. Teysié, Paris 2, consultable librement sur le site www.these.fr.

(2) Depuis sa consécration par les arrêts du 25 juin 2003 (Cass. Soc. 25 juin 2003, n° 01-42679, n° 01-42335, n° 01-43578, Bull. Civ. V, n° 209).

(3) Comme le note Madame le Conseiller Pécaut-Rivolier, « la jurisprudence n'a pu rester sourde aux situations des salariés contraints de quitter l'entreprise par l'effet des manquements de leur employeur » (L. Pécaut-Rivolier, « Prise d'acte et résiliation judiciaire », Dr. Soc. 2012, p. 29).

(4) Cf. Sur la nature de la prise d'acte, l'étude de Monsieur F. Géa, « La prise d'acte de la rupture, dynamiques d'une construction jurisprudentielle », RJS 8-9/2010, p. 559. L'auteur évoque « un acte juridique qui entraîne la rupture du contrat de travail, de par le pouvoir reconnu à la volonté individuelle du salarié », acte auquel s'ajoute par ailleurs une « prétention de droit », celle « d'obtenir l'indemnisation de la rupture ».

(5) Cf. M. Sabaté, « la rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié à l'épreuve de la jurisprudence », Dr. Ouv. 2005, p. 533.

(6) La prise d'acte est ouverte à tout salarié, notamment sans condition d'ancienneté ou d'effectif de l'entreprise, peu important que le contrat de travail soit suspendu ou non, que le salarié ait été déclaré inapte par le médecin du travail (Cass. Soc. 21 janvier 2009, n° 07-41822, Bull. Civ. V, n° 18 ; JCP S 2009, 1251, note P-Y Verkindt ; Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-44250), ou encore que le salarié soit titulaire d'un mandat de représentation du personnel (Cass. Soc. 25 juin 2006, n° 04-41204 et n° 02-41205 ; Cass. Soc. 19 janvier 2011, n° 09-42541).

(7) La Cour de cassation a très clairement énoncé que « la prise d'acte de la rupture du contrat de travail n'est soumise à aucun formalisme » (Cass. Soc. 4 avril 2007, n° 05-42847). Plusieurs conséquences en découlent : l'écrit, bien qu'il présente des avantages évidents, ne s'impose pas ; l'éventuel écrit peut être transmis à l'employeur par tous moyens, y compris par voie d'huissier (Cass. Soc. 30 juin 2010, n° 09-41456, Bull. Civ. V, n° 155), ou par l'intermédiaire d'un avocat (Cass. Soc. 4 avril 2007, préc. ; Cass. Soc. 15 octobre 2008, n° 06-46034 ; Cass. Soc. 16 mai 2012, n° 10-15238) ; l'intitulé de l'acte de rupture importe peu, y compris lorsque le terme « démission » est employé à tort (Cass. Soc. 15 mars 2006, n° 03-45031, Bull. Civ. V, n° 109, JCP S 2006, 1356, note P-Y Verkindt ; Cass. Soc. 17 novembre 2010, n° 08-45647, Bull. Civ. V, n° 264, JCP S 2011, 1107, note F. Dumont) ; il est indifférent que la lettre de prise d'acte n'énonce aucun grief, dès lors que des griefs existent au moment de la rupture, et ce même si l'acte de rupture s'intitule « démission » (Cass. Soc. 9 mai 2007, n° 05-40518, Bull. Civ. V, n° 70, JCP S 2007, 1577, Dr. Ouv. 2007, p. 571, note A. de Senga).

(8) Ni l'action préalablement introduite en exécution du contrat de travail (Cass. Soc. 21 décembre 2006, n° 04-43886, Dr. Ouv. 2007, p. 375, note B. Boudias), ni celle visant à en obtenir la résiliation judiciaire (Cass. Soc. 31 octobre 2006, n° 05-42158, Dr. Ouv. 2007, p. 90 n. MF. Bied-Charreton, JCP S 2006, 1948, note P-Y Verkindt), ne font obstacle à la prise d'acte.

en précisant que la lettre de prise d'acte « *ne fixe pas les limites du litige* » (9), ou encore en ne retenant que des conditions de fond minimalistes (10). En deuxième lieu, la prise d'acte ne pouvait présenter un réel intérêt pour le salarié qu'à la condition d'emporter rupture véritable et définitive du contrat de travail, non susceptible d'être remise en cause par une initiative ultérieure de l'employeur ; sur ce point également, la Cour de cassation a retenu une solution conforme à la finalité de la prise d'acte, en confirmant que « *le contrat étant rompu par la prise d'acte du salarié, l'initiative prise ensuite par l'employeur de licencier le salarié est non avenue* » (11).

Un autre point essentiel était de faire de la prise d'acte un mode de rupture à effet immédiat, sans obligation du salarié de respecter un quelconque délai de préavis. Cette règle a également été consacrée par la Cour de cassation, qui, après l'avoir sous-entendue (12), a clairement confirmé que « *la prise d'acte de la rupture entraîne la cessation immédiate du contrat de travail de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis* » (13). Cette solution est de bon sens ; éminemment contentieuse, survenant dans un

contexte par hypothèse déjà hautement dégradé et de nature à devenir très conflictuel à la suite de l'initiative du salarié, la prise d'acte s'accommode généralement très mal du respect d'un préavis (14). Utilisable en réaction à des manquements graves de l'employeur, elle doit permettre au salarié de se libérer sans délai d'une situation de travail devenue intenable, sans qu'aucun préavis ne soit dû à l'employeur fautif.

Mais l'effectivité de ce droit de rompre sans délai le contrat de travail est fortement nuancée par le risque auquel s'expose le salarié qui y recourt. Si la prise d'acte est finalement jugée mal fondée, c'est-à-dire si elle produit « *les effets d'une démission* », le salarié s'expose au paiement d'une indemnité de préavis à l'employeur qui le demande, qui présente la redoutable caractéristique d'être automatique et forfaitaire. Ces deux aspects de l'indemnité, qui en révèlent la nature punitive intrinsèque, sont critiquables : tant le systématisme de la condamnation au paiement de l'indemnité-sanction (I) que l'évaluation forfaitaire de son quantum (II) produisent des conséquences excessives et sont en décalage avec la finalité de la prise d'acte.

I. Le systématisme de la condamnation : une sanction sans nuance

Le risque indemnitaire qui pèse sur le salarié en cas d'inexécution du préavis est très lourd, en premier lieu parce que sa réalisation dépend uniquement de l'inefficacité de la prise d'acte. Si la prise d'acte notifiée sans préavis produit les effets d'une démission (et si l'employeur le demande), le salarié sera, sur ce seul motif, automatiquement condamné au paiement d'une indemnité compensatrice (15), sans qu'il y ait lieu de tenir compte des circonstances de fait de la rupture. Le raisonnement de la Cour de cassation est simple : la prise d'acte ne reposant pas sur des fautes suffisamment graves de l'employeur produit les effets

d'une démission ; or, la démission suppose le respect d'un préavis, en application de l'article L. 1237-1 du Code du travail, sous peine (selon l'interprétation de la Cour de cassation) de condamnation au paiement de l'indemnité compensatrice ; conclusion : cette sanction s'applique à la prise d'acte. C'est ce qui ressort très clairement des arrêts rendus, et notamment d'un arrêt du 4 avril 2012, par lequel a été cassée la décision d'une Cour d'appel ayant rejeté la demande d'indemnité compensatrice formée par l'employeur au motif que celui-ci n'avait « *à aucun moment manifesté sa volonté d'exiger que la salariée effectue un*

(9) Cass. Soc. 29 juin 2005, n° 03-42804, RJS 2005 n° 959, Dr. Ouv. 2005, p. 533, obs. M. Sabaté, JCP E 2005, 1422, obs. C. Gaillard ; Cass. Soc. 4 juin 2008, n° 07-42878 ; Cass. Soc. 10 décembre 2008, n° 07-43097 ; Cass. Soc. 10 février 2010, n° 08-43138.

(10) La prise d'acte suppose une manifestation de volonté du salarié de rompre le contrat de travail, et l'existence au moment de la rupture de griefs, bien ou mal fondés, envers l'employeur.

(11) Cass. Soc. 20 décembre 2006, n° 05-44791 ; cf. également Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-44250 ; Cass. Soc. 18 janvier 2012, n° 10-30585.

(12) Cass. Soc. 4 juin 2008, n° 06-45757 : l'employeur doit remettre l'attestation Assedic et le certificat de travail au salarié dès la notification de la prise d'acte, il ne peut les retenir jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il estime être celui d'un préavis à respecter par le salarié.

(13) Cass. Soc. 26 mai 2010, n° 08-70253 ; Cass. Soc. 12 juillet 2010, n° 08-45584 ; Cf. également Cass. Soc. 18 mai 2011, n° 09-69175 ; Cass. Soc. 28 septembre 2011, n° 09-67510, JCP S 2011, 1558, note F. Dumont ; Cass. Soc. 3 mai 2012, n° 10-22770.

(14) Voir en ce sens J.-Y. Frouin, JCP S 2007, 1568, qui note que « *de par sa nature, la prise d'acte consiste en une rupture brutale et immédiate* ». Cf. également G. Couturier, « *Prise d'acte et préavis* », Dr. Soc. 2010, p. 412, qui relève que « *il y a bien une certaine incompatibilité entre prise d'acte et respect d'un préavis* ». Dans le même sens, F. Champeaux constate que « *la prise d'acte est spontanée* » (F. Champeaux, « *Prise d'acte : entre spontanéité et tactique* », Sem. Soc. Lamy, 2012, n° 1542, p. 13).

(15) Cass. Soc. 2 juillet 2008, n° 07-42299 ; Cass. Soc. 4 février 2009, n° 07-44142 ; Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 09-43208, JCP S 2011, Act. n° 262 ; Cass. Soc. 4 avril 2012, n° 10-26636.

préavis » ; pour la Cour de cassation « la prise d'acte de la rupture du contrat qui n'est pas justifiée produit les effets d'une démission ; il en résulte que le salarié doit à l'employeur le montant de l'indemnité compensatrice de préavis résultant de l'application de l'article L. 1237-1 du Code du travail » (16), peu important que l'employeur n'ait pas demandé au salarié d'exécuter le préavis. Dans un arrêt précédent, dans le cadre de son pourvoi contre l'arrêt le condamnant au paiement de l'indemnité compensatrice, un salarié avait soutenu, par une invocation astucieuse du principe de cessation immédiate du contrat de travail rompu par la voie d'une prise d'acte, qu'en raison de la rupture immédiate du contrat, il s'était trouvé « dans l'impossibilité matérielle de réaliser son préavis ». L'argument, qui proposait implicitement à la Cour de cassation de tirer les conséquences de l'autonomie qui est désormais celle de la prise d'acte en lui associant en matière de préavis des effets propres, indépendants de ceux de la démission ou du licenciement (17), avait été rejeté au simple motif que « la prise d'acte produisait les effets d'une démission » (18).

Cette automaticité de la sanction n'est pas adaptée à la prise d'acte. Elle peut éventuellement se justifier en matière de démission pure et simple par le fait qu'au moment de la rupture, l'obligation du salarié de respecter un préavis était d'ores et déjà acquise, de sorte que son inexécution caractérise une faute manifeste. Mais démission et prise d'acte n'ont pas la même cause et ne suivent pas le même régime. En matière de prise d'acte, lorsqu'il prend l'initiative de rompre le contrat de travail, le salarié n'est juridiquement tenu au respect d'aucun préavis ; aucun texte ne fonde cette obligation de faire. Ce n'est qu'ultérieurement, selon l'issue du contentieux à venir, que le non respect d'un préavis lui sera éventuellement reproché. Certes, si ce reproche lui est adressé, c'est que son initiative de prendre acte de la rupture aura été jugée mal fondée. Mais à quel point cet échec judiciaire peut-il lui être reproché ? Il doit être tenu compte du fait que le salarié qui prend acte de la rupture s'engage dans une voie semée d'embûches : la charge de la preuve peut se révéler un écueil insurmontable ; la notion de faute patronale ne fait pas l'objet d'une définition limpide et le salarié peut se méprendre de bonne foi sur le caractère fautif d'un agissement de l'employeur (par exemple en s'opposant à une modification de la relation de travail finalement qualifiée de modification des conditions

de travail et non du contrat) ; l'appréciation du caractère « suffisamment grave » des manquements reprochés à l'employeur est incertaine (car soumise à l'aléa inhérent à la subjectivité de l'appréciation souveraine des juges du fond). Comme l'a relevé Monsieur le Conseiller Gosselin, s'il « appartient au salarié, et à son conseil, d'apprécier les chances qu'il a de convaincre le juge de la gravité des faits reprochés avant de prendre acte de la rupture », pour autant « il faut reconnaître que cette appréciation n'est pas toujours aisée » (19). En réalité, personne ne peut jamais savoir, au moment de sa notification, si une prise d'acte sera finalement jugée justifiée. Aucun salarié, même victime de fautes parmi les plus graves commises par l'employeur, ne peut prendre acte de la rupture avec la certitude que son initiative sera couronnée de succès et que ses droits seront reconnus ; aucun conseil ne peut jamais sérieusement le lui garantir. En d'autres termes, quel que soit le degré de précaution et de réflexion dont elle est entourée, la démarche du salarié qui prend acte de la rupture est par nature aléatoire. C'est pourquoi l'échec de la prise d'acte n'est pas en lui-même synonyme d'abus ou de légèreté ; il ne devrait donc pas entraîner à lui seul, mécaniquement, la condamnation au paiement d'une indemnité de préavis, car l'inexécution du préavis n'est pas nécessairement fautive.

Une solution plus nuancée devrait être appliquée. En ce sens, il pourrait être distingué selon que le salarié dont la prise d'acte produit les effets d'une démission a fait preuve de mauvaise foi (en usant de la prise d'acte précisément pour « échapper » au délai de préavis de démission) ou éventuellement d'une légèreté blâmable (par exemple, en invoquant un manquement manifestement bénin), ce qui pourrait justifier sa condamnation au paiement de l'indemnité compensatrice, ou, à l'inverse, a agi de bonne foi, mais, par exemple, en échouant à rapporter la preuve suffisante des fautes de l'employeur ou (*a fortiori*) en invoquant des manquements établis mais jugés insuffisamment graves, ce qui devrait conduire à écarter toute condamnation à son encontre. La caractérisation de la bonne ou mauvaise foi serait donc le critère d'application de cette sanction spécifique qu'est l'indemnité compensatrice de préavis (comme il est d'ailleurs le critère d'application d'autres sanctions, par exemple celle de la dénonciation erronée de faits de harcèlement moral (20)), critère grâce auquel seul

(16) Cass. Soc. 4 avril 2012, préc.

(17) Depuis 2003, la prise d'acte est reconnue comme un mode autonome de rupture. Elle n'est pas requalifiée par le juge en démission ou en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Dès lors, plus rien ne justifie son rattachement à ces modes de rupture distincts pour la détermination de ses effets. Réminiscence de l'originelle distinction entre initiative et imputabilité de la rupture, l'alternative entre effets d'une démission ou d'un licenciement n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Il serait souhaitable de définir des effets propres de la prise d'acte, affranchis de la référence au binôme licenciement – démission.

(18) Cass. Soc. 2 juillet 2008, préc.

(19) H. Gosselin, « A propos de la rétractation de la prise d'acte », in « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte », controverse, RDT 2009, p. 688.

(20) La Cour de cassation a confirmé que la dénonciation par le salarié de faits qualifiés par lui de harcèlement moral, sans que ces faits soient prouvés ou alors que, finalement, la qualification de harcèlement moral ne peut pas être retenue, ne peut constituer une faute que si la mauvaise foi du salarié est démontrée (Cass. Soc. 10 mars 2009, n° 07-44092, Dr. Ouv. 2009, p. 456 n. P. Rennes ; Cass. Soc. 17 juin 2009, n° 07-44629 ; Cass. Soc. 31 mars 2010, n° 07-44675).

serait frappé le salarié à qui peut être imputée une faute distincte de la seule inefficacité de la prise d'acte, laquelle inefficacité est d'ailleurs elle-même déjà sanctionnée par le rejet des demandes d'indemnisation formées par

le salarié (21), ainsi que par son inéligibilité éventuelle au régime d'assurance-chômage. Le salarié échouant de bonne foi à convaincre le juge du bien-fondé de son initiative échapperait donc à cette sanction additionnelle.

II. Le caractère forfaitaire de l'indemnisation : une sanction excessive

La disproportion du risque auquel est exposé le salarié qui use de son droit de provoquer la rupture immédiate du contrat de travail dans le cadre d'une prise d'acte résulte en deuxième lieu des modalités habituelles d'évaluation du quantum de l'indemnité compensatrice de préavis. Le montant de cette indemnité est en effet déterminé selon une formule mathématique précise, aboutissant à la somme des salaires qui auraient été perçus par le salarié au cours de la période de préavis non exécutée, sans pondération possible. L'indemnité, en effet, est réputée « forfaitaire » et indépendante du préjudice réellement subi par l'employeur (22). Le préjudice de l'employeur est irréfragablement présumé quant à son existence, et est forfaitairement évalué quant à son quantum. C'est un second degré de systématisme qui est introduit : non seulement l'inexécution du préavis est toujours jugée fautive si la prise d'acte produit les effets d'une démission (23), mais de surcroît la réalité d'un préjudice subi par l'employeur est automatiquement admise.

Ce principe d'indemnisation forfaitaire est tout à fait critiquable au regard du décalage qu'il institue entre préjudice réel de l'employeur et sanction prononcée à l'encontre du salarié. L'indemnité compensatrice de préavis devrait être chiffrée au regard du préjudice effectivement subi et démontré par l'employeur, conformément aux principes essentiels du droit de la responsabilité civile. Dans l'arrêt du 8 juin 2011, le pourvoi du salarié faisait très justement valoir que « en vertu du principe de la réparation intégrale du préjudice, les dommages-intérêts alloués par le juge à une partie en raison de la violation par son contractant d'une obligation ne sauraient excéder la valeur du préjudice effectivement subi du fait de cette violation » et qu'« il incombe au juge prud'homal de vérifier que l'employeur

a effectivement subi un préjudice du fait du non-respect par le salarié démissionnaire de son préavis ». La Cour de cassation a lapidairement rejeté cette argumentation, en se référant à « l'indemnité compensatrice de préavis résultant de l'application de l'article L. 1237-1 du Code du travail » (24). Pourtant, rien ne justifie que le montant de l'indemnité soit forfaitairement arrêté, de surcroît au regard du salaire mensuel et de la durée du préavis de démission sans aucune référence à la situation de l'employeur. Rien ne permet d'assimiler le montant de l'indemnité compensatrice allouée à l'employeur au droit du salarié de percevoir un salaire ; seul le salarié subit, en cas de privation de son droit à préavis imputable à l'employeur, un préjudice en termes de perte de salaire qui peut donc être mathématiquement chiffré. S'agissant de l'employeur, seules les conséquences établies d'une brusque rupture sur l'organisation de l'entreprise constituent des éléments recevables d'évaluation du préjudice. En l'état, l'indemnité compensatrice mise à la charge du salarié revêt la nature d'une indemnisation punitive sans réelle justification.

Conclusion. La jurisprudence a su bâtir un régime de la prise d'acte conforme à sa finalité, autrement dit à su en faire un mode de rupture allant dans le sens d'une protection effective des intérêts du salarié. La sanction systématique et excessive de l'inexécution du préavis dans le cadre d'une prise d'acte « produisant les effets d'une démission » va à l'encontre de cette finalité, compte tenu du risque disproportionné qu'elle fait peser sur le salarié et donc de l'effet dissuasif qui est susceptible d'en résulter. Il en résulte une entrave au droit du salarié de provoquer la rupture immédiate du contrat de travail (25). C'est une note dissonante qui résonne au sein de l'édifice ; il est urgent d'y remédier.

Nicolas Collet-Thiry

(21) Puisque, depuis les arrêts du 25 juin 2003 mettant fin à la jurisprudence *Mocka* (Cass. Soc. 26 septembre 2002, n° 00-41823, P+B, Dr. Ouv. 2003, p. 456, note M. Carles), la prise d'acte n'ouvre plus droit à une indemnisation automatique, indépendante du bien-fondé des griefs. Seul l'employeur dont une faute suffisamment grave est établie peut être condamné. En la matière, la Cour de cassation a, à juste titre, écarté le systématisme de la condamnation pour appliquer une solution plus nuancée.

(22) Cass. Soc. 23 octobre 1991, n° 88-41278 (en matière de démission) ; Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 09-43208 (qui étend le principe en matière de prise d'acte). Le principe est également appliqué au cas du salarié refusant d'exécuter le préavis de licenciement (Cass. Soc. 18 juin 2008, n° 07-42161, Dr. Ouv. 2008, p. 578, note P. Lejard).

(23) Voir *supra*.

(24) Cass. Soc. 8 juin 2011, préc.

(25) En ce sens, il a pu être relevé que « tactiquement [le salarié] peut être enclin à exécuter son préavis » (F. Champeaux, « Prise d'acte : entre spontanéité et tactique », art. préc.), ou encore que la sanction « devrait soit limiter le nombre [de prise d'acte], soit entraîner une réaction du salarié sur l'exécution du préavis : afin de limiter les risques, le salarié pourrait proposer l'exécution d'un préavis au moment de sa prise d'acte » (J.-B. Allanic, « La prise d'acte et le préavis », Sem. Soc. Lamy, 2011, n° 1502, p. 12).