

## LE SALARIÉ, ENTRE RUPTURE CHOISIE ET RUPTURE SUBIE ?

Interrogations sur des ruptures du contrat de travail

# La volonté du salarié en matière de rupture unilatérale du contrat de travail

par Frédéric GÉA, Professeur à la Faculté de droit de Nancy,  
Université de Lorraine

### I. Changements produits

A. La volonté comme signification

B. La volonté comme pouvoir

### II. Changements induits

A. Questions de frontières

B. Questions de régimes

**Décidément, la volonté du salarié ne cesse de faire parler d'elle en ces temps agités (1). N'est-ce pas le signe qu'elle constitue un prisme permettant de scruter les évolutions de notre droit du travail – les transformations dont il est l'objet ? Car, au fond, et les discussions auxquelles a pu donner lieu la réforme relative à la sécurisation de l'emploi l'auront une nouvelle fois montré, ce que l'on interroge, *in fine*, à travers cette notion, ce sont les conceptions qui la traversent et la dépassent : représentations du rapport de travail, du pouvoir, du sujet de droit, etc. Une vision du monde ? Peut-être.**

**Rupture « choisie », rupture « subie ». Ce clivage binaire (que les organisateurs du colloque ont judicieusement accompagné d'un point d'interrogation) demeure-t-il aujourd'hui pertinent ? La dichotomie qu'il traduit, entre la liberté et la contrainte, ne traduit-elle pas une philosophie dont le socle s'est, avec le temps, effrité ? Tel est le questionnement qu'il faut avoir à l'esprit lorsque l'on tente de scruter comment se déploie la volonté du salarié en ce vaste champ que l'on place volontiers sous la bannière des ruptures *unilatérales* du contrat de travail à l'initiative de celui-ci. C'est sur elles que nous porterons notre regard, en nous limitant au contrat à durée indéterminée, mais surtout en nous concentrant sur certaines de ses figures essentielles, en l'occurrence, avant tout, la démission et la prise d'acte de la rupture... Point n'est question, cependant, d'en présenter – d'en dérouler – le régime. L'objet de notre propos consiste à saisir les évolutions dont celles-ci ont pu faire l'objet ou, le cas échéant, qu'elles traduisent, au sein de l'espace jurisprudentiel – puisque c'est dans cette strate que se sont opérés des déplacements significatifs et, pensons-nous, majeurs. *Focus* donc sur les transformations, les changements : ceux déjà produits, ceux qui apparaissent à l'œuvre... Disons plutôt : les *changements produits* (I) et les *changements induits* (II). Là où il est question d'agencement(s).**

## I. Changements produits

À travers le prisme conceptuel de la volonté, le domaine de la rupture unilatérale à l'initiative du salarié semble avoir donné lieu à des phénomènes successifs de stratification et de déstratification, accouchant de deux figures : la volonté comme *signification* (de la liberté de rompre) (A) et la volonté comme *pouvoir* (B). L'agencement étant la structure où les devenirs se propagent, ce sont ces deux conceptions qui coexistent désormais dans notre droit positif, et qui président, d'ailleurs, à ses mouvements, ses dynamiques – non sans tensions.

(1) V., not. : T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Actes, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2012 ; M. Fabre-Magnan,

« Le forçage du consentement du salarié », *Dr. ouvrier* 2012, p. 459, disp. sur le site de la Revue.

## A. La volonté comme signification

De quoi la volonté du salarié de rompre son contrat de travail est-elle donc la signification ? Historiquement, la réponse ne fait guère de doute : cette volonté signifie, au sens le plus fort du terme, la liberté – la liberté individuelle. Lorsque la loi du 27 décembre 1890 consacra le principe selon lequel le louage de services, fait sans détermination de durée, « *peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* », elle ne fit, à cet égard, que transcrire une analyse que la jurisprudence comme d'ailleurs la doctrine tenaient pour une implication de ce qui constituait naguère l'unique alinéa de l'article 1780 du Code civil : « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée* ». Dans la représentation dominante, la reconnaissance du droit de résiliation unilatérale du louage à durée indéterminée procédait de la prohibition des engagements perpétuels, et, *in fine*, de la nécessité de respecter la liberté humaine. À partir du moment où les parties ne peuvent se lier indéfiniment l'une à l'autre, en attendant une éventuelle future rupture d'un commun accord, chacune, estimait-on, doit pouvoir unilatéralement mettre fin à la relation contractuelle. Bien qu'il fût objecté que les situations respectives du patron et de l'ouvrier (ou de l'employé) apparaissent fortement dissemblables, la conception dominante tendait à appréhender leur droit de résiliation de façon unitaire, la liberté de l'un répondant à celle de l'autre dans une forme de réciprocité. C'est ce qui explique que la résiliation par la volonté du salarié se vit appliquer le même régime que celle émanant de l'employeur pendant des décennies. Du temps où la Cour de cassation, donnant pleine force au principe de libre résiliation unilatérale, excluait toute indemnisation en l'absence de faute imputable à l'auteur de la rupture au temps où elle s'engagea, postérieurement à la loi du 1890, dans la voie d'un élargissement des conditions de la responsabilité, en admettant que la faute, même non intentionnelle, commise dans l'exercice du droit de résiliation est susceptible de caractériser un abus. Du temps, pourrait-on dire encore, où la Haute juridiction censurait les décisions de juridictions du fond ayant eu l'audace d'exiger que la rupture soit fondée, par-delà le changement de volonté, sur de justes raisons au temps où la loi du 28 juillet 1928, amorçant une timide évolution vers l'exigence d'un motif légitime (2), même si le régime de la preuve y faisait encore obstacle. Ce n'est qu'avec la loi du 19

février 1958, qui imposa à l'employeur de notifier le « congé » par lettre recommandée et de respecter un préavis minimum, que la dissociation se produisit. Il y eut bien là un tournant qui annonçait la construction, par les lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975, d'un véritable droit du licenciement et, en même temps, traduisait un profond changement de paradigme : alors que la résiliation unilatérale par le salarié conservait sa signification historique d'acte de liberté, le licenciement se trouvait entraîné, quant à lui, dans un renouveau conceptuel qui conduira à l'appréhender comme un (acte de) pouvoir appelant justification.

*Quid* cependant de la signification de la volonté, proprement dite, du salarié de rompre le contrat de travail (à durée indéterminée) ? Cette question est distincte, tant au plan théorique que technique, de celle relative à la signification associée au droit de résiliation unilatérale, car il s'agit, ici, de savoir comment les juges appréhendent la volonté de rompre du salarié. Que la rupture intervienne « à l'initiative », selon la terminologie qu'avait introduite la loi de 1973, d'une des parties n'implique pas qu'elle lui soit imputable, en ce sens qu'elle ne prédétermine point la responsabilité de son auteur. Comment dès lors différencier entre rupture « choisie » et rupture « subie » ? Là commencent les difficultés.

Pour le comprendre, il nous semble judicieux de repartir de la présentation – systématisation – que Guillaume-Henri Camerlynck proposait, il y a trois décennies, du régime de la rupture du contrat de travail, à partir de la *summa divisio* résultant de la distinction entre licenciement et démission. C'est autour de ces deux catégories, conçues comme englobantes et hétérogènes, que se structurait, d'après lui, le système, la notion de responsabilité de la rupture imposant « *d'adopter une acception extensive de cette double notion par voie d'assimilation* » (3). À la démission formelle du salarié devait, dès lors, expliquait-il, être assimilée la rupture « *du fait du salarié* », c'est-à-dire le comportement du salarié valant rupture du contrat de travail en ce qu'il rend impossible le maintien de la relation de travail. Qu'il s'agisse du refus du salarié d'exécuter le travail qui lui est confié ou d'effectuer un déplacement conforme aux prévisions contractuelles, d'une absence ou d'un abandon de poste injustifiés et prolongés, par exemple, la rupture était imputable au salarié. Celui-ci était, au fond, considéré comme ayant

(2) En posant, à travers une modification de l'article 23 du Code du travail, que « *le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture* » et que le jugement « *devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat* ».

(3) G-H. Camerlynck, *Le contrat de travail, Droit du travail* (sous la dir.de G-H. Camerlynck), t. 1, Dalloz, 1982, n° 374, p. 404.

« repris sa liberté ». Symétriquement, le licenciement ouvrait sur une dualité de même nature, puisque l'imputation de la rupture à l'employeur conduisait à assimiler celle-ci « *purement et simplement (...) à un licenciement* », ce qui englobait, selon Camerlynck, deux situations : celle où l'employeur contraint le salarié à abandonner ses fonctions, la « *volonté révélée par ce comportement* » caractérisant un « *véritable licenciement par voie détournée* », et celle de l'« *inexécution par l'employeur des obligations qui lui incombent* », peu important « *que le salarié ait pris l'initiative de reprendre sa liberté* » (4). C'est à cette seconde ramification que se rattachaient, au demeurant, les applications de ce qu'André Brun désignait sous le nom du procédé dit des « *équipollents* » (5). Fallait-il y voir, de part et d'autre, en s'appuyant sur une dichotomie qui demeurerait alors prégnante, deux significations (ou compréhensions) de la volonté de rompre : l'une subjective, l'autre objective ? Voilà qui nous semble douteux : considérer qu'un comportement signifie, au sens propre du terme, une volonté constitue une vue de l'esprit. Dire que tel acte s'analyse en une démission ou un licenciement, par la mise en œuvre d'une logique d'imputation, n'implique pas qu'il traduise une volonté réelle (ou une réelle volonté) de rompre le contrat – de la part de celui auquel il est imputé. La volonté n'est alors que virtuelle. Mais il y a plus. Pour que s'enclenche le mécanisme d'imputation, il faut nécessairement une initiative. Longtemps, la prise d'acte de la rupture – invention patronale à l'origine – permit aux employeurs de constater une rupture du contrat de travail en l'imputant au salarié (6), de façon à ne pas avoir à verser les indemnités dues en cas de licenciement. C'est bel et bien sous cette forme que la notion, en tant que telle, se repérait, il y a quelques décennies, dans la jurisprudence (7), et c'est avec ce visage qu'elle surgissait dans les manuels de droit du travail (8). Qu'en était-il lorsque le salarié prend l'initiative de rompre le contrat de travail en raison de ses griefs à l'encontre de l'employeur ? Alors que Paul

Durand présentait, en 1950, cette hypothèse comme une résiliation du contrat par le salarié fondée sur des motifs légitimes (9), le système d'imputation qui s'est ensuite développé conduisait à requalifier l'apparente démission en un licenciement, à condition que les manquements de l'employeur soient avérés et de nature à lui rendre imputable la cessation de la relation contractuelle. Cela veut dire que la volonté du salarié de rompre le contrat se trouvait, en tant que telle, disqualifiée, sa démarche s'identifiant à une simple « initiative ».

D'une certaine manière, la conception de la volonté du salarié de rompre son contrat de travail comme signification d'une liberté individuelle, était confortée par ce cadre d'analyse, puisque la rupture véritablement « subie » se déroba à la catégorie de la démission. Donc à la volonté (juridique) du salarié elle-même. Cette conception se consolida, et même s'intensifia, lorsque s'imposa, en jurisprudence, la considération selon laquelle la démission n'est valable que si elle résulte d'une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié de mettre fin à son contrat, exempte de tout vice du consentement. Certes, les juges – et en particulier les juges du fond – s'attachent depuis longtemps à vérifier qu'existe une volonté de démissionner. Ainsi vérifient-ils, en cas de litige, que cette volonté n'a pas été altérée, contrainte, et que le salarié avait conscience de son acte. La considération du *contexte* s'avère alors essentielle (10). Ce n'est pas tout. Les démissions tacites, qui naguère se voyaient réserver une place par notre système juridique, paraissent aujourd'hui condamnées : le refus par le salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail, même s'il quitte l'entreprise, s'analyse en un manquement à ses obligations contractuelles, mais n'a pas, en soi, la signification d'une volonté (non équivoque) de démissionner (11). Loin de contredire ou de nuancer cette orientation, le nouvel article L. 1222-15 du Code du travail relatif à la « *mobilité*

(4) *Ibid.*, nos 376 à 378, pp. 405 et 406. « *Dans toutes ces hypothèses interprétant la volonté des parties et analysant leur comportement effectif, les juges restitueront au fait de la rupture sa qualification véritable* » (*Ibid.*, p. 407).

(5) En se référant, entre autres, à cette ancienne jurisprudence en vertu de laquelle la modification unilatérale par l'employeur d'un élément essentiel du contrat équivalait à un licenciement (A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, Sirey, 1967, p. 285 ; A. Brun et H. Galland, *Droit du travail. Tome 1. Les rapports individuels de travail*, Sirey, 2<sup>ème</sup> éd., 1978, n° 603, p. 756, et n° 635, p. 817).

(6) Notamment en cas d'absence de longue durée ou d'inaptitude.

(7) Par ex. : Cass. Soc. 14 juill. 1964, *Bull. civ. V*, n° 612 ; Cass. Soc. 20 juin 1966, *Bull. civ. V*, n° 616.

(8) *V.*, par ex. : G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 1982, n° 128, p. 208, et la note 84. Adde, J.-C. Javillier, *Droit du travail*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1981, n° 324, p. 305, lequel affirmait, à propos de l'exigence (nouvelle) d'un entretien préalable au licenciement : « *La théorie de la « prise d'acte » ne peut être admise, qui limiterait la portée de la réforme de 1973* ».

(9) Et donc non abusive. Cf. P. Durand, *Traité de droit du travail*, Tome II, Librairie Dalloz, 1950, n° 466, p. 875.

(10) Pour une illustration récente fort intéressante, dans la mesure où le contexte était celui d'une restructuration : Cass. Soc. 24 avr. 2013, n° 11-26391.

(11) Cass. Soc. 25 juin 1992, *Bull. civ. V*, n° 419. De même en va-t-il lorsque le salarié s'abstient de reprendre le travail après un arrêt maladie (Cass. Soc. 24 juin 1992, n° 89-42967) ou un congé sans solde (Cass. Soc. 24 janv. 1996, *Bull. civ. V*, n° 26).

*volontaire sécurisée* » tend plutôt, nous semble-t-il, à la conforter, lorsqu'il prévoit que la rupture résultant de la décision du salarié de ne pas réintégrer son entreprise d'origine au cours ou au terme de la période de mobilité « *constitue une démission* » (12). S'il fallait une disposition expresse à ce sujet, c'est parce que cette qualification pouvait poser problème, en l'état de la jurisprudence. C'est que la démission, arrimée à la vision historique liant volonté et liberté, a vu, au fil du temps, son périmètre se resserrer autour d'une signification : la volonté comme liberté de s'affranchir d'un rapport contractuel de travail. Comme liberté de... partir. La volonté dont il est ici question est cette « *capacité d'activité délibérée* » dont parlait Cornelius Castoriadis (13). C'est cette conception-là que convoque le droit tant pour la démission que pour le départ à la retraite (14) – l'un et l'autre étant, au demeurant, définis par la Cour de cassation comme « *un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail* » (15).

Seulement, à côté de cette conception de la volonté comme signification, s'est, depuis dix ans, développée une autre figure : celle de la volonté comme « pouvoir ».

## B. La volonté comme pouvoir

C'est sur le terrain de la prise d'acte de la rupture – non pas celle de l'employeur, mais celle à laquelle procède le salarié – qu'une transformation s'est produite dans la conception même de la volonté du salarié en matière de rupture unilatérale du contrat de travail. Sans se substituer à la signification traditionnelle que nous venons de rappeler, une autre représentation a fini, au terme d'un long processus, par s'imposer, représentation dans laquelle la volonté (unilatérale) de rupture du salarié s'apparente à un pouvoir (16).

La prise d'acte de la rupture ne serait-elle pas de ces notions qui illustrent la thèse de l'ambivalence ou de la réversibilité du droit du travail, qu'une partie de la doctrine défendit avec force à partir de la fin des années 1970 ? Toujours est-il que, après s'être identifiée à une stratégie patronale, cette notion, une fois posés les fondements de notre droit commun du

licenciement, s'est progressivement déportée du côté de la rupture initiée par le salarié. Seulement, la prise d'acte conserva, pendant longtemps, la physionomie qu'elle avait acquise jusque-là : contournement, ainsi que nous l'avons observé, de la volonté de rompre de l'employeur, elle allait se présenter comme un effacement, voire une dénégation, de la volonté de rompre, lorsque le salarié y procédait. Dans le langage commun, que signifie « prendre acte » ? Il s'agit de constater – ou faire constater – un fait dans un document faisant foi. C'est chargée de ce sens (commun) que la prise d'acte s'imposa comme l'une des figures de la rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. Partant, la prise d'acte ne résultait pas juridiquement d'une manifestation ou d'un acte de volonté, mais simplement d'une initiative. Elle ne le pouvait plus, côté employeur, après la loi du 13 juillet 1973 ; elle ne le pouvait pas, côté salarié, dès lors que la résiliation unilatérale du contrat de travail par le salarié s'incarnait dans la (seule) catégorie de la démission, associée à l'idée d'une liberté de la volonté, et qu'il était exigé, en jurisprudence, que la manifestation de la volonté de démissionner soit certaine et non équivoque. Ainsi la volonté du salarié apparaissait-elle impuissante, à elle seule, à entraîner *juridiquement* la rupture du contrat en présence d'un manquement de l'employeur. En prenant l'initiative de cette rupture, le salarié ne faisait, dans ce système, que constater une rupture *de fait*, consommée – ou censée être réalisée – par ledit manquement. Sauf à ce que l'existence même de la rupture soit contestée, le juge devait alors trancher la question de son imputabilité. La rupture se voyait rapportée à la catégorie du licenciement, sans qu'il y ait eu – de la part de l'employeur – une volonté réelle ou subjective de licencier le salarié. Il n'en résultait cependant pas forcément un licenciement sans cause réelle et sérieuse, cette implication dépendant de la réalité et de la gravité des griefs invoqués par le salarié, mais encore de la justification susceptible d'être mise en avant par l'employeur, avec une prise d'acte de... la prise d'acte. Placée sous la bannière de la qualification juridique du licenciement, la prise d'acte du salarié pouvait, en effet, s'accompagner ou être suivie d'une lettre de l'employeur, à son tour analysée comme une lettre de licenciement, et susceptible de comporter

(12) En ajoutant que celle-ci n'est soumise à aucun préavis autre que celui éventuellement prévu dans l'avenant organisant cette période de mobilité.

(13) C. Castoriadis, *Sujet et vérité dans le monde social-historique. Séminaires 1986-1987. La création humaine I*, coll. La couleur des idées, Seuil, 2002, p. 111.

(14) Conformément aux prévisions de l'article L. 1237-9 du Code du travail.

(15) Cette formule, initialement consacrée à propos de la démission (voir *infra*, note 42), est désormais reprise par la Cour de cassation pour caractériser l'acte – volontaire – de départ à la retraite (Cass. Soc. 15 mai 2013, n<sup>os</sup> 11-26784 et 11-26930, ci-après p.3 de couverture, arrêt n<sup>o</sup>12).

(16) Nous abandonnons délibérément l'usage des guillemets censés entourer ce terme.

des motifs justifiant la rupture. S'il était ainsi possible de prendre en compte des événements postérieurs à l'initiative du salarié, à sa prise d'acte, c'est bien parce que la volonté qui la sous-tendait ne produisait pas, par elle-même, la rupture, et que le moment où intervenait la rupture apparaissait relativement incertain... La fragilité du système trouvait manifestement sa cause dans l'absence de pouvoir conféré à la volonté du salarié. Du moins l'absence de pouvoir juridique, car la volonté du salarié allait, subrepticement, se voir reconnaître un pouvoir de fait, qui plus est assez considérable. Voilà bien ce que révèle, avec le recul, l'épilogue de l'arrêt *Mocka* daté du 26 septembre 2002 (17), au moment où la Cour de cassation, semble-t-il, estima implicitement que la rupture se trouve juridiquement scellée par la prise d'acte du salarié. Déjà présents dans la jurisprudence antérieure, les éléments du raisonnement se réordonnèrent d'une manière discrète, mais en débouchant sur un schéma aux effets radicaux. Il était acquis que l'action volontaire du salarié au moyen de la prise d'acte ne pouvait s'analyser en un pouvoir juridique de la volonté – dès lors que celle-ci ne pouvait que signifier une liberté, celle de démissionner, et que sa manifestation présentait ici forcément un caractère équivoque. Mais en lui reconnaissant le pouvoir, non pas de droit donc, mais *de fait*, d'entraîner la rupture du contrat, il s'en déduisait forcément, dans un système structuré autour de la dichotomie du licenciement et de la démission, que cette rupture ne pouvait qu'être imputée à l'employeur et être située dans l'orbite du licenciement. Et ce, il faut y insister, dès le stade où la rupture intervient. Restait alors à déterminer si, en dépit de l'absence de volonté – réelle, subjective – de l'employeur de licencier le salarié, l'obligation de motiver la rupture dans la lettre de notification du licenciement et, plus encore, sa sanction – l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement ! – devaient s'appliquer, en pareille hypothèse, dans leur rigueur. Corollaire de la conception restrictive de la démission, c'est la conception extensive du licenciement, que retenait alors la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui paracheva ce pouvoir de fait, en lui conférant une portée que, jusque-là, il n'avait pas : les effets d'un licenciement sans cause réelle

et sérieuse, que les griefs invoqués par le salarié à l'encontre de son employeur soient fondés ou non. S'incarnant désormais, non dans une simple initiative, mais dans un pouvoir de fait, la volonté du salarié de rompre son contrat de travail – dont procédait, malgré tout, la prise d'acte – n'avait pas (ou plus) à se justifier...

L'ampleur du tournant impulsé par les trois arrêts du 25 juin 2003 relatifs à la prise d'acte par le salarié de son contrat de travail, ne s'apprécie qu'à la lumière de ces évolutions affectant la signification comme la force conférées – ou déniées – à la volonté unilatérale du salarié de rompre. En affirmant que « 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 » (18), la Chambre sociale de la Cour de cassation, définissant le socle de la construction jurisprudentielle, s'engageait – plus ou moins nettement, il est vrai – dans une voie qui allait conduire à un bouleversement des cadres d'analyse antérieurs. Rupture de fait, jusqu'alors, la prise d'acte (du salarié, exclusivement) se transmuait en une rupture de droit (19). Elle devenait une qualification à part entière, dont le régime juridique emprunte aux effets du licenciement et de la démission, sans jamais se rapporter – en dépit de confusion que l'on perçoit encore, ici ou là, dans le langage des juristes – à ces autres qualifications. Elle acquérait, dès lors, une identité juridique – son identité (20). Or, à partir de quoi celle-ci s'est-elle forgée ? Un véritable changement de paradigme, pensons-nous. Parce que la représentation que l'on se faisait de la volonté du salarié, à travers notamment l'opposition binaire – la dichotomie – entre volonté *subie* et volonté *choisie*, paraissait « en crise » et générait des « anomalies », pour emprunter au langage de Thomas S. Kuhn (21), une autre représentation s'imposa. Désormais, la volonté du salarié allait *par elle-même* produire la rupture du contrat de travail, bien que se doublant d'une prétention (de droit) consistant à imputer cette rupture à l'employeur. À certains égards « subie », en ce qu'elle se prévaut de griefs à l'encontre de ce

(17) Cass. Soc. 26 sept. 2002, *Bull. civ. V*, n° 284 ; *RJS* 11/02, n° 1210 (2<sup>e</sup> esp.), *Dr. ouvrier* 2003, p. 456 n. M. Carles.

(18) Cass. Soc. 25 juin 2003, *RJS* 8-9/03, n° 994 (3<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> esp.), et l'analyse de J.-Y. Frouin, pp. 647 et s. ; G. Couturier et J.-E. Ray, « Auto-licenciement : dérives et revirement (à propos des arrêts des 25 juin et 8 juillet 2003) », *Dr. soc.* 2003, p. 817 ; J. Pélissier, « La prise d'acte de rupture du contrat de travail par le salarié », note sous Cass. Soc. 25 juin 2003, *D.* 2003, *Jurisp.*, p. 2397 ; M. Carles « Rompre son contrat aux torts de l'employeur » *RPDS* 2003 p. 362.

(19) Sur cet aspect, v. : F. Géa, « La prise d'acte est une rupture de droit », *RDT* 2009, pp. 690 et s.

(20) Fût-elle forgée dans l'altérité.

(21) T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, 2<sup>ème</sup> éd., 1970, Champs, Flammarion, 2000.

dernier, la volonté juridique du salarié se voyait ainsi dotée d'une force qui lui était auparavant déniée. Se démarquant de la conception de la volonté comme capacité d'activité délibérée, elle dévoilait un nouveau visage, en quelque sorte une nouvelle signification : celle que Gilles Deleuze dénommait le « *rapport de la force avec la force* » (22).

C'est cette conception-là qui explique que la volonté de rupture (du salarié) sous la forme de la prise d'acte soit amenée à se justifier. Autrement dit, c'est à la faveur d'une transformation de la représentation de la volonté que fut réintroduit ce que l'arrêt *Mocka*, sous l'empire de la conception antérieure, occultait, et même niait : l'exigence de justification. Pourquoi la volonté du salarié allait-elle devoir, à l'avenir, se justifier ? Parce qu'elle devenait ce qu'il faut bien appeler un *pouvoir*. C'est cela qui la démarque de la démission, et *a fortiori*, bien entendu, de l'initiative dont procède l'action en résiliation judiciaire. C'est cela qui fait que cette volonté – contrairement donc à la volonté de démissionner – doit se justifier, dès lors que lui est refusée la discrétionnarité dont elle put furtivement, fin 2002, se draper.

Cette transformation conceptuelle irrigue la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la prise d'acte, mais encore les discussions auxquelles elle a pu, à l'heure des hésitations, donner lieu. D'elle procède, fondamentalement, cette proposition, dont la Chambre sociale tira, à tort ou à raison, maintes implications : « *la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail* » (23). N'est-ce pas là l'expression éclatante de ce que la volonté du salarié constitue, à proprement parler, un pouvoir, au regard de sa manière de s'imposer à autrui ? Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, qu'ait pu surgir la question de savoir si l'exigence, qui d'emblée fut introduite au sein de cette construction jurisprudentielle, de « *faits suffisamment graves* » (24) ne s'apparentait pas à celle d'une faute grave – compte tenu des effets immédiats qu'entraîne la prise d'acte. Cette thèse, la Haute juridiction l'écarta clairement en 2010, lorsqu'elle dut résoudre, en la matière, la problématique du préavis, à travers ses différentes facettes (25). Puisqu'il s'est agi de préciser, d'un côté, que le salarié qui prend acte de la rupture de son contrat n'est pas tenu d'effectuer un préavis et, d'un autre côté, que la circonstance qu'il a pu accomplir (ou même demander à accomplir) un tel préavis ne

conduisait pas à priver la prise d'acte de justification, en écartant donc le prétexte fallacieux que la prise d'acte « doit » entraîner la cessation immédiate du contrat de travail. Ce que n'a jamais signifié la proposition à laquelle nous faisons référence à l'instant. Il y avait, à notre avis, une impossibilité intellectuelle – en termes de cohérence. À partir du moment, en effet, où, comme le révèle l'examen attentif de la jurisprudence, les griefs susceptibles de fonder la prise d'acte sont les mêmes que ceux justifiant le prononcé de la résiliation judiciaire du contrat à durée indéterminée, il était inconcevable que le juge exige des manquements de l'employeur qu'ils rendent eux-mêmes nécessaire la rupture immédiate du contrat – puisque, par hypothèse, en cas de demande de résiliation judiciaire, sauf à ce que le contrat ait par ailleurs été rompu, le salarié se maintient au service de l'employeur jusqu'à ce que le juge se prononce. Or il ne s'infère pas de cette circonstance que les griefs invoqués par le salarié au soutien de sa demande se trouvent par là même disqualifiés en tant que « *faits suffisamment graves* » susceptibles de fonder cette résiliation ! Voilà ce qui, pensons-nous, imposait d'écarter cette thèse de l'identification de la justification de la prise d'acte à l'exigence d'une faute grave. Et pourtant, il semble bien que plane, aujourd'hui encore, l'ombre de cette « qualification ». En veut-on une preuve ? Il y a trois ans, l'arrêt *Sté Bio Rad Laboratoire* (26) avait précisé que la prise d'acte du salarié doit nécessairement se fonder sur un manquement suffisamment grave de l'employeur « *qui empêche la poursuite du contrat de travail* ». Cette formule, en réalité, ne se rapportait pas à la gravité, mais bien à la nature, du manquement invoqué, car la défaillance de l'employeur concernait la procédure d'examen des candidatures aux départs volontaires et n'avait donc aucune incidence sur le maintien de la relation contractuelle au sein de cette entreprise. L'exigence posée se rapportait, au fond, à la nécessité de déterminer si le manquement était « *de nature à faire obstacle à la poursuite du contrat de travail* », pour reprendre la formule d'une décision récente rendue dans une affaire similaire (27). La perspective s'inverse dans l'arrêt daté du 15 mai 2013, dans lequel la Chambre sociale estime qu'au regard des griefs invoqués, la Cour d'appel « *a pu décider que la décision du salarié de prendre acte de la rupture de son contrat de travail n'était pas justifiée par un manquement de l'employeur à ses obligations d'une*

(22) G. Deleuze, *Nietzsche*, 1965, Philosophes, PUF, 2008, p. 24.

(23) Cass. Soc. 31 oct. 2006 (3 esp.), *RJS* 1/07, n° 46 ; *Dr. soc.* 2007, p. 113, obs. J. Savatier, *Dr. ouvrier* 2007, p. 90 n. M.-F. Bied-Charreton.

(24) Cass. Soc. 19 janv. 2005, *RJS* 3/05, n° 254 (2<sup>e</sup> esp.).

(25) Soc. 26 mai 2010, n°08-70253 ; Soc. 2 juin 2010, *RJS* 8-9/10, n° 650.

(26) Cass. Soc. 30 mars 2010, *RJS* 6/10, n° 491.

(27) Cass. Soc. 23 mai 2013, n° 12-13845.

gravité suffisante pour empêcher la poursuite du contrat de travail » (28). Cette fois, ce n'est plus de la nature, mais de la gravité des manquements qu'il est question ; et ce sont eux qui doivent rendre impossible la poursuite du contrat de travail. Certes, la Haute juridiction situe (et, à notre avis, ne peut que situer) la faute de nature à fonder la prise d'acte en deçà, dans la hiérarchie des fautes, de la qualification de faute grave (de l'employeur) ; elle n'entend pas moins conférer une certaine consistance ou intensité à l'exigence de gravité du ou des manquements invoqués, tout en se gardant bien de franchir le Rubicon.

Expression d'une forme de pouvoir, la volonté du salarié de rompre son contrat se présente de la sorte moins comme un acte subi que comme un acte choisi, quand bien même il se fonde sur des raisons liées à des manquements de l'employeur. Une telle optique conduit à considérer que la décision du salarié procède d'une volonté « sanctionnatrice ». Toutes proportions gardées, elle officie à la manière d'un pouvoir disciplinaire, comme l'envers de celui dont l'employeur est titulaire – figure cardinale, parmi d'autres, de notre ordonnancement juridique. Si nous nous autorisons ce rapprochement, sans prétendre qu'il y aurait là une analogie entre ces expressions du pouvoir, c'est que la jurisprudence, ainsi que les contentieux relatifs à la prise d'acte de la rupture, plus précisément à sa justification, offrent une image relativement diversifiée des manquements – et, partant, des fautes – imputables à l'employeur et qui portent atteinte, jusqu'à en justifier la cessation, à cette relation juridique particulière qu'est le rapport de travail. Cette représentation débouche *in fine* sur une relecture des obligations de l'employeur. C'est, avant toutes choses, la gradualité des manquements qui retient l'attention, avec cette différenciation, que la Cour de cassation est parvenue à instaurer par la modulation de son contrôle, entre, d'un côté, les faits fautifs justifiant, en soi, autrement dit par nature, la prise d'acte du salarié (manquement à l'obligation de sécurité de résultat, modification unilatérale du contrat de travail, etc.) et, d'un autre côté, ceux appelant une

évaluation, une appréciation, des juges du fond (29). Ne faut-il pas y voir une hiérarchie entre les fautes commises par l'employeur ? Mais au-delà de clivage, c'est l'éventail des comportements fautifs qui se révèle riche en enseignements, surtout au regard des nuances qu'il fait apparaître. Les décisions se rapportant à cette problématique de la justification de la prise d'acte (30) s'apparentent aux pièces d'un vaste puzzle. Que l'on se contente d'une moisson d'arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation au cours de ces derniers mois. Bien sûr, l'on songe d'abord à l'arrêt *Métayer*, du nom de cette salariée agressée publiquement dans son club de bridge par son employeur, qui remettait en cause l'état de santé de celle-ci et exigeait qu'elle lui remette son arrêt de travail. Verdict : manquement suffisamment grave de l'employeur à ses obligations justifiant la prise d'acte, « peu important que les faits, qui étaient relatifs à un différend d'ordre professionnel, se soient déroulés en dehors du temps et du lien de travail » (31). Manière de suggérer qu'une telle circonstance n'est pas forcément de nature à exclure la qualification de faute et que le rapport de travail peut générer (à travers une obligation de loyauté qui ne dit pas son nom ?) hors cadre de son exécution un manquement, parce que la posture d'employeur demeure signifiante au-delà de cette sphère (apparente). Mais d'autres décisions, passées plus inaperçues, ne contribuent pas moins à définir les limites et contours de l'acte fautif – et/ou des responsabilités – de l'employeur. Tel cet arrêt du 23 mai 2013 qui, à propos d'une rétrogradation envisagée par l'employeur, n'a pas retenu comme suffisamment grave pour justifier la prise d'acte le défaut d'information du salarié quant à sa faculté d'accepter ou de refuser la sanction disciplinaire (32), dès lors que l'employeur n'avait pas exécuté la sanction (33). Telle cette affaire dans laquelle il a été jugé qu'en s'abstenant de soutenir la candidature d'une salariée, qui demandait depuis longtemps sa mutation pour des raisons familiales, sur un poste vacant correspondant à ses souhaits, l'employeur a commis un manquement

(28) Cass. Soc. 15 mai 2013, n° 12-16018, la Cour d'appel ayant, aux termes de l'arrêt, énoncé « que la retenue injustifiée opérée par l'employeur ne portait que sur 26,51 euros, qu'il convenait de replacer les propos irrespectueux tenus par l'employeur dans un courriel adressé au salarié dans le contexte conflictuel qui les opposait alors, que ces propos avaient dépassé sa pensée et traduisaient son exaspération face aux multiples lettres adressées par le salarié sur divers sujets et que ce n'était qu'à une seule reprise et plusieurs mois avant la prise d'acte que l'employeur avait informé le salarié [qui exerçait les fonctions de médecin du travail] de la plainte émise par un adhérent concernant la formule utilisée dans un cas d'inaptitude ».

(29) À ce sujet, v. : F. Géa, « La prise d'acte de la rupture. Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *RJS* 8-9/10, spéc. pp. 568-569, n° 28 et s.

(30) Théoriquement, on pourrait aujourd'hui en dire autant de la jurisprudence relative à la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée, comme hier de la jurisprudence orchestrant la distinction entre l'initiative et l'imputabilité, mais il faut reconnaître que le caractère particulièrement fourni tant de la jurisprudence que du contentieux sur la prise d'acte fait de ce mode de rupture un observatoire, de ce point de vue, privilégié.

(31) Cass. Soc. 23 janv. 2013, n° 11-20356 ; *RJS* 3/13, n° 267.

(32) Exigence formulée par : Cass. Soc. 28 avr. 2011, *Bull. civ. V*, n° 97 ; *RJS* 7/11, n° 610 (1<sup>e</sup> esp.).

(33) Cass. Soc. 23 mai 2013, n° 12-15539.

à son obligation de bonne foi justifiant la rupture du contrat de travail (34). Telle la décision qui, après avoir rappelé que l'absence de faute de l'employeur ne peut l'exonérer de son obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, retient comme fondée la prise d'acte d'une aide ayant subi l'attitude et les injures racistes du petit-fils de la personne aidée (35). Tel l'arrêt posant – toujours au travers de cette appréciation – que l'employeur ne saurait laisser perdurer un conflit entre un salarié et un supérieur hiérarchique (36). Ou bien celui énonçant que « *le caractère discrétionnaire de la décision d'octroyer une prime n'exonère pas l'employeur de respecter le principe d'égalité de traitement dans l'octroi de cette prime* » (37). *Et caetera...* Le rapport de la force avec la force est, à coup sûr, aussi *rapport du pouvoir avec le pouvoir*.

L'émergence de cette figure-là (de la volonté de rompre) marque une transformation majeure, qui conduit à revisiter l'alternative rupture « choisie » /

rupture « subie », en dépassant, du même coup, la représentation, par trop simpliste, d'une liberté affranchie de toute contrainte. Voilà une illusion avec laquelle la pensée contemporaine a pris quelque distance... Car la réalité est plus complexe. Cette évolution, quelle est-elle ? Elle tient en cela que la rupture « subie » par le salarié s'analysait, hier, nécessairement et exclusivement, comme une négation de sa volonté, ce qui avait pour conséquence de la disqualifier au plan juridique, tandis qu'aujourd'hui elle peut aussi – sans que cette optique ne chasse la précédente, car il y a coexistence de deux conceptions distinctes – emprunter la forme (juridique) de cette volonté-pouvoir... à la fois volonté (reconnue par le droit) et pouvoir (institué par celui-ci). En d'autres termes : *si la rupture « subie » par le salarié ne pouvait que signifier, naguère, l'altération de sa volonté, désormais cette volonté peut en constituer le modus operandi*.

C'est là – ou par là – que s'est produite une restructuration au potentiel subversif.

## II. Changements induits

Par la reconfiguration conceptuelle qu'ils concrétisent, les changements produits ne pouvaient qu'entraîner, dans leur sillage, d'autres changements. Affaire de dynamique. Il n'est d'ailleurs pas certain que tous les effets de cette recomposition aient été, à ce jour, perçus, ni *a fortiori* appréhendés, par les constructions jurisprudentielles qui coexistent en ce domaine, aussi cohérentes et abouties soient-elles. Quoi qu'il en soit, les changements induits par le renversement que nous avons tenté de mettre en exergue nous semblent se constituer – et s'être constitués – autour de deux pôles principaux, avec, d'un côté, les questions de *frontières* (A) et, d'un autre côté, les questions de *régimes* (juridiques) (B).

### A. Questions de frontières

À partir du moment où s'est imposée, dans notre système de rupture du contrat de travail émanant du salarié, la figure de la volonté-pouvoir, les lignes ne pouvaient que se déplacer. C'est ainsi qu'ont rapidement surgi des questions d'articulation entre modes de rupture, d'abord envisagées d'un point de

vue technique. Pourtant ces questions ne se réduisent nullement à cette dimension : ce qui se joue sur un terrain apparemment technique apparaît en prise directe avec des changements d'ordre plus substantiel. Cela se vérifie tant sur l'axe démission / prise d'acte de la rupture que sur l'axe prise d'acte de la rupture / résiliation judiciaire. Envisageons-les de façon successive, dans leurs différentes dimensions.

La démission et la prise d'acte de la rupture procèdent toutes deux de la volonté – de rompre – du salarié. Simplement, comme nous l'avons montré, ce n'est pas la même conception – de la volonté – qui se déploie, de part et d'autre : à la volonté comme signification, en l'occurrence signification d'une liberté, semble faire face, au regard de nos cadres d'analyse actuels, la volonté comme pouvoir. Comment dès lors les démarquer ? C'est bien cette question qui, d'emblée, s'est posée lorsque sont apparues, ainsi que l'on pouvait s'y attendre, des « démissions » décidées en considération de manquements que des salariés reprochaient à leur employeur... Fallait-il s'en tenir à la dénomination retenue par l'auteur de la rupture

(34) Cass. Soc. 12 déc. 2012, n° 11-19459.

(35) Cass. Soc. 23 mai 2013, n° 11-12029. La Cour d'appel avait relevé que « *le petit-fils de l'employeur avait jeté à terre à deux reprises la nourriture préparée par la salariée et proféré des injures racistes à son égard au domicile de cette dernière* ».

(36) Cass. Soc. 17 oct. 2012, n° 11-18208.

(37) Cass. Soc. 27 mars 2013, n° 12-11868.



pour trancher la question de la qualification de la rupture ? C'eut été d'autant plus inconcevable que la notion de prise d'acte demeure méconnue de la plupart des salariés, à la différence de la démission, dans la mesure où le sens juridique de ce terme-là s'identifie, peu ou prou, à son sens commun. La Cour de cassation décida donc – sans surprise – qu'une démission du salarié en raison des griefs qu'il reproche à son employeur constitue une prise d'acte (38). Point n'est question ici de requalification, mais de qualification. Une telle rupture est juridiquement une prise d'acte ; ce qui signifie qu'elle se trouve exclusivement soumise au régime de cette dernière. Il en résulte une conséquence majeure. Puisqu'il s'agit d'une prise d'acte, dès l'instant où elle intervient, cette apparente (mais néanmoins fautive) démission entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, et le fait que le salarié ait accompli un préavis (de démission, pouvait-il croire), alors que, s'agissant d'une prise d'acte, il n'y était pas tenu, n'y changera rien. Bien que le salarié et l'employeur n'y aient peut-être songé, ce moment est bel et bien celui qui, entre autres, fixe l'ancienneté du salarié (39) (élément important dans l'hypothèse où des indemnités lui seraient dues...) et déclenche l'obligation pour l'employeur de remettre au salarié les documents de fin de contrat (certificat de travail, attestation destinée à Pôle emploi...) (40). Cela implique également, par application de la jurisprudence sur la prise d'acte de la rupture (41), que de rétractation, il ne saurait y avoir juridiquement (même si elle intervient rapidement), et que le salarié ne pourra faire valoir que sa volonté de rompre n'était pas libre, puisqu'une telle question n'a pas (plus) de sens pour une prise d'acte et en présence de ce qui s'analyse comme une volonté-pouvoir. Entrechoc des conceptions.

Quoi qu'il en soit, c'est lorsque cette assimilation – identification – fut consacrée qu'une autre question surgit. Sous une formulation générale : que reste-t-il de la démission ? Et sous une formulation technique :

*quid* de l'hypothèse où le salarié s'abstient d'invoquer, au stade de la rupture, des griefs à l'encontre de son employeur (à la différence de l'hypothèse précédente), et où il fait ensuite valoir devant le juge que son apparente (mais néanmoins – selon lui – fautive) démission est due aux manquements de son employeur ? C'est l'hypothèse des démissions sans réserve, que la Cour de cassation a entendu régler avec l'importante série d'arrêts rendus le 9 mai 2007, et par lesquels, au fond, elle orchestre la combinaison des deux conceptions concurrentes de la volonté de rompre émanant du salarié, là où, précisément, elles se croisent ou se rencontrent. Que nous dit, en effet, la Chambre sociale à ce propos – par-delà, donc, l'aspect technique du principe normatif qu'elle consacre (42) et la méthode qu'elle impose aux juges du fond de suivre en pareille hypothèse (43) ? Un préalable est posé : le salarié qui entend contester devant le juge cette démission doit, en réalité, déterminer la portée que devrait se voir conférer, à ses yeux, le caractère « contraint » de la rupture. Il va falloir qu'il opte (sachant que ce choix le liera (44), et qu'il liera également le juge (45)) entre deux lignes argumentatives : celle consistant à soutenir, en se plaçant sur le terrain de la volonté comme signification, que sa volonté n'a pas été libre, qu'elle a été donc altérée, et que, juridiquement, elle n'existe pas, ou, au contraire, celle visant à considérer, en se plaçant sur le terrain de la volonté comme pouvoir, que sa volonté a été, là aussi, « contrainte », si l'on veut, en ce qu'elle procède des faits ou manquements imputables à l'employeur, et à remettre ainsi en cause cette démission. Ce n'est que dans le second cas que la requalification en prise d'acte pourra intervenir. Or, qu'exige la Cour de cassation pour que requalification il y ait ? Que soient établies des circonstances antérieures ou contemporaines à la démission de nature à rendre la décision du salarié équivoque. C'est-à-dire un différend, un litige, existant ou persistant – voire un désaccord s'exprimant (46) – au moment où il a manifesté la

(38) Cass. Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 109 ; *RJS* 6/06, n° 727 (2<sup>e</sup> esp.).

(39) Cass. Soc. 26 oct. 2011, *RJS* 1/12, n° 15.

(40) Conformément à la jurisprudence relative à la prise d'acte (cf. Cass. Soc. 4 juin 2008, *Dr. soc.* 2008, p. 1143, obs. G. Couturier ; *JCP S.* 2008, 1438, obs. J.-Y. Frouin ; *RJS* 8-9/08, n° 875).

(41) Cass. Soc. 14 oct. 2009, *SSL*, 26 oct. 2009, n° 1418, p. 7, n. F. Géa ; *RJS* 12/09, n° 904 ; *RDT* 2009, p. 712.

(42) À savoir que « la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste, de façon claire et non équivoque, sa volonté de mettre fin au contrat de travail ; que, lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur, le juge doit, s'il résulte de circonstances

*antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, l'analyser en une prise d'acte de la rupture qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans le cas contraire, d'une démission »* (Cass. Soc. 9 mai 2007 (5 arrêts), *RJS* 7/07, n° 823, rapp. H. Gosselin, p. 603, étude J. Pélissier, p. 591 ; *RDT* 2007, p. 452, obs. G. Auzero ; *Dr. ouvrier* 2007, p. 571 n. A. de Senga). Ce raisonnement vient d'être transposé par la Cour à l'hypothèse du départ à la retraite (Cass. Soc. 15 mai 2013, nos 11-26784 et 11-26930, ci-après p. 3 de couverture, arrêt n°12).

(43) V. par ex. : Cass. Soc. 24 avr. 2013, n° 11-28398.

(44) Cass. Soc. 17 mars 2010, *Bull. civ. V*, n° 68 ; *RJS* 5/10, n° 405.

(45) Cass. Soc. 7 mars 2012, *Bull. civ. V*, n° 88 ; *RJS* 5/12, n° 427.

(46) Cass. Soc. 10 avr. 2013, n° 12-13685.

volonté de quitter l'entreprise. Qu'est-ce que cela veut dire, au plan conceptuel ? Que, dans l'hypothèse où l'on considère que la volonté comme signification de la liberté de rompre peut être disqualifiée en raison de son équivocité, elle peut néanmoins s'incarner juridiquement en cette volonté(-pouvoir) qui prend acte de la rupture. Et à la supposer mise en cause du fait de son caractère équivoque, c'est cette volonté originelle qui va s'analyser, en ce cas, comme une volonté de rompre, doublée d'une prétention à imputer ladite rupture à l'employeur, et dont les effets (indemnitaires) dépendront de l'appréciation du juge, quant au bien-fondé des raisons mises en avant par le salarié – autrement dit quant aux manquements reprochés à l'employeur. Avec l'alternative des effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ou ceux d'une démission. Ainsi, à une volonté, malgré tout disqualifiée en tant que signification d'une liberté de rompre, et réduite à un pouvoir de la volonté doublée d'une prétention de droit, seront conférés, pour peu que les faits n'apparaissent pas suffisamment graves pour fonder la rupture, les effets qui auraient été les siens en tant que (signification de la) liberté de rompre. Il n'y a aucun illogisme, mais une traduction éclatante du dépassement que connaît le clivage entre rupture (ou volonté) « choisie » et rupture (ou volonté) « subie ». C'est que, manifestement, la frontière ne peut plus être considérée comme parfaitement étanche. Le passage de l'une à l'autre, qui est, aussi et surtout, celui du glissement d'une conception de la volonté à une autre, fait l'objet d'une mise en scène par le droit lui-même. Mais ce passage, faut-il immédiatement ajouter, ne pourra se faire, si l'on accepte de donner sens à cette circonstance (que l'on sait déterminante, bien qu'elle ne soit pas érigée en condition par la Haute juridiction) selon laquelle l'action en requalification du salarié est intervenue, disons, dans un délai raisonnable : à défaut, de requalification – de la volonté comme signification de la liberté de rompre en volonté-pouvoir réalisant une prise d'acte –, il n'y aura pas. Cette considération d'ordre temporel ne peut que retenir l'attention, dès lors que la Chambre sociale estime, comme l'a montré son arrêt *Les papillons blancs*, que la prise d'acte, c'est-à-dire la volonté qui d'emblée s'affiche, mais aussi se conçoit comme volonté-pouvoir, elle, peut intervenir plusieurs mois après le manquement de l'employeur – en l'occurrence, dans cette affaire, vingt et un mois après un manquement, dont la

caractéristique était, soulignons-le, de justifier, par sa nature même, la rupture (47). Il faut comprendre par là que la signification – concept qui, en principe, réfère au sens donné à l'acte par son auteur lui-même – doit se dévoiler pour ce qu'elle est au moment ou, en tout cas, peu de temps après le moment où elle opère, alors que le pouvoir (de la volonté) peut, lui, s'affirmer, sinon à contretemps, du moins dans une autre temporalité. Sans limite (ou frontière) ?

Les déplacements mis en exergue ont conduit à (re) penser une autre frontière, celle qui sépare le domaine – ou territoire – de la prise d'acte de la rupture et celui de la résiliation judiciaire. C'est au travers du problème de l'articulation chronologique que cette question s'est, d'abord, invitée sur la scène jurisprudence. Le dénouement, après quelques hésitations, intervint avec l'importante série d'arrêts datés du 31 octobre 2006, qui posèrent que la prise d'acte rend sans objet l'action en résiliation judiciaire qu'avait antérieurement engagée le salarié, tout en ajoutant que le juge, qui se prononce sur la seule prise d'acte, doit fonder sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié à l'un et l'autre titre (48). C'est que l'initiative, en laquelle se réduit l'action en résiliation judiciaire, ne vaut pas volonté de rompre, ce dont il résulte que la prise d'acte, dès lors qu'elle procède, quant à elle, d'une volonté – et même d'un pouvoir – dont l'effet (immédiat) est de produire la rupture du contrat, ne peut que se substituer, d'une certaine manière, à ladite action. Seulement, et c'est ce que rappelaient les arrêts de 2006, la demande en résiliation judiciaire et la prise d'acte ont en commun une prétention tendant à imputer la rupture (future dans un cas, actuelle dans l'autre cas) à l'employeur. Ainsi, ce qui sépare ces deux modes de rupture n'est autre que la volonté juridique du salarié de rompre le contrat (« hors circuit » dans un cas, décisive dans l'autre cas). Du problème de l'articulation chronologique, l'on passe alors à celui des contours notionnels de ces deux types d'action – et donc, sous cet angle, de leurs frontières respectives. Comment analyser une action en résiliation judiciaire, à laquelle succède ensuite une manifestation du salarié de mettre fin à la relation contractuelle ? Les conditions sont alors réunies pour caractériser la prise d'acte (49). L'analyse se fait plus délicate dans d'autres circonstances. Peut-on, en particulier, estimer que la saisine du Conseil de prud'hommes afin qu'il soit jugé que la rupture est imputable à l'attitude

(47) Puisque les faits imputés à l'employeur caractérisaient un manquement à l'obligation de sécurité de résultat, la salariée ayant été insultée et bousculée dans le cadre de son activité avant de faire l'objet d'une déclaration d'accident du travail. Cf. : Cass. Soc. 23 janv. 2013, n° 11-18855 ; *RJS* 3/13, n° 256.

(48) Cass. Soc. 31 oct. 2006 (3 esp.), *RJS* 1/07, n° 46 ; *Dr. soc.* 2007, p. 113, obs. J. Savatier ; *Dr. ouvrier* 2007, p. 90 n. M.-F. Bied-Charretton.

(49) Cass. Soc. 19 déc. 2007, n° 06-44873 ; *RJS* 3/08, n° 258 (2<sup>e</sup> esp.).

fautive de l'employeur, doublée de la cessation de fait des relations contractuelles, sans que le salarié ait pris soin de faire connaître sa volonté de rompre le contrat, autorise le juge à retenir la qualification de prise d'acte ? Non, répond la Cour de cassation (50). Pourquoi ? Parce que, justement, la volonté de rompre fait, en tant que telle, dans ces circonstances, défaut. L'on comprend, dès lors, que le pouvoir de la volonté, caractéristique de la prise d'acte, et donc la volonté-pouvoir, doit se signifier auprès d'autrui – de celui auquel elle s'adresse, à savoir l'employeur.

Ainsi repère-t-on, au point de jonction entre ces différentes frontières, la problématique de la formalisation (ou du formalisme) de la prise d'acte, c'est-à-dire de la volonté comme pouvoir. Mais cette question-là, comme d'autres, se rapporte aux questions de régimes (juridiques).

## B. Questions de régimes

Les changements induits par les transformations signalées plus haut conduisent à se demander dans quelle mesure les ruptures unilatérales émanant du salarié ont des destins liés (ou, au contraire, déliés). Ce sont différentes dimensions de leurs régimes juridiques qui sont interrogées. Nous focaliserons notre regard sur celles que nous tenons aujourd'hui pour les plus sensibles, parce qu'au cœur des évolutions jurisprudentielles actuelles.

Parmi elles se tient, effectivement, la question du formalisme de la prise d'acte de la rupture (51). Afin de démarquer la prise d'acte de l'action en résiliation judiciaire, afin de tirer conséquence de ce que la prise d'acte produit immédiatement la rupture du contrat (et oblige, de ce point de vue, l'employeur), n'est-il pas nécessaire qu'elle donne lieu à un écrit ? Au plan des principes, la Cour de cassation refuse de s'engager dans cette voie, estimant que la prise d'acte n'est soumise à aucun formalisme (52). Mais à cette affirmation, elle ajoute aujourd'hui que la rupture, dans

ce cas, ne doit pas moins être « adressée directement à l'employeur » (53). Autrement dit : être notifiée, signifiée à celui auquel va s'imposer ce pouvoir de la volonté (54). Faudrait-il pousser plus loin l'exigence et – au prix de ce qui s'apparenterait à un renversement de cette orientation jurisprudentielle, mais aussi à une démarcation par rapport au régime de la démission – considérer que la prise d'acte doit être formalisée à travers un écrit ? Il est clair que le propre de cette volonté dont procède ce mode de rupture est d'être, fondamentalement, corrélée à une prétention de droit visant à imputer la rupture à l'employeur. Telle est son identité – sa signature, pourrait-on dire. Dès lors, n'apparaîtrait-il pas logique de conditionner la validité de la prise d'acte par le fait qu'elle se signifie – formellement – à la fois comme volonté de rompre et comme prétention à l'imputation, par la motivation qui la fonde ? C'est tôt ou tard ce à quoi, à notre avis, aboutirait l'exigence d'un écrit – comme ce fut le cas en matière de licenciement (55). L'exigence d'un écrit invite à lui assigner un contenu obligatoire – sinon à quoi bon ? Imposer un tel contenu incite à considérer qu'il doit lier l'auteur de l'écrit (et de la rupture) – sinon à quoi bon (*bis*) ? La Cour de cassation s'étant refusée à instituer une telle contrainte (56), à s'engager dans cet engrenage, c'est un pan entier de la construction jurisprudentielle relative à la prise d'acte qui se trouverait déstabiliser. Mais pas uniquement, car l'amorce d'une obligation de motiver la prise d'acte conduirait simultanément, et inévitablement, à ruiner l'analyse consacrée à propos des démissions sans réserve – lesquelles, par hypothèse, ne sont pas motivées. Et pourquoi ne le sont-elles pas ? La raison tient au fait que la plupart des salariés ignore tout de la prise d'acte, jusqu'à son nom. Ils agissent, et ce n'est qu'à la faveur d'éclairages intervenant après coup qu'ils prennent conscience de l'existence de cette figure juridique ! Dans ces conditions, sauf à prétendre éradiquer ce mode de rupture, il paraît difficile de lui apposer une obligation de motivation.

(50) Cass. Soc. 1<sup>er</sup> et 7 fév. 2012, *Dr. soc.* 2012, p. 635, obs. F. Géa ; *RJS* 4/12, n<sup>os</sup> 314 et 335.

(51) Question que les arrêts précités des 1<sup>er</sup> et 7 février 2012 avaient, en réalité, soigneusement contournée.

(52) Cass. Soc. 4 avr. 2007, *RJS* 6/07, n<sup>o</sup> 710.

(53) Cass. Soc. 16 mai 2012, *RJS* 7/12, n<sup>o</sup> 621.

(54) Étant précisé qu'il s'agira, non pas de l'employeur, mais du mandataire liquidateur, lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire. Lorsqu'un transfert du contrat de travail est intervenu, quand bien même les manquements seraient antérieurs à ce transfert et imputables au cédant, c'est au cessionnaire – donc au nouvel employeur – que la prise d'acte devra être adressée (cf. d'ailleurs : Cass. Soc. 15 mai 2013, n<sup>o</sup> 12-13434).

(55) Rappelons qu'à l'obligation pour l'employeur qui prenait l'initiative de la rupture de notifier le licenciement par lettre recommandée avec accusé de réception (1958), à laquelle la Cour de cassation ne conféra que la portée d'une règle de preuve, succéda, quinze ans plus tard, celle d'indiquer les motifs du licenciement à la demande du salarié (en 1973), puis, finalement, celle de procéder à cette énonciation dans la lettre de licenciement (en 1986 et 1989), indépendamment même de la question de la sanction de l'absence de motivation.

(56) Cass. Soc. 29 juin 2005, *RJS* 10/05, n<sup>o</sup> 959 ; *D.* 2005, *Jur.*, 2723, n. P. Lokiec ; *Dr. ouvrier* 2005, p. 533 n. M. Sabatte : « L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison des faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige », ce dont il résulte 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 ».

Mieux vaut, dès lors, ne pas en prendre (discrètement) le chemin. Il n'en reste pas moins que le simple fait qu'un tel questionnement ait pu émerger en dit long sur les transformations qu'a subies la volonté du salarié en matière de rupture unilatérale – en tout cas cette volonté-pouvoir dont il est question avec la prise d'acte.

C'est cependant sur le registre des conséquences de la rupture que les questionnements se sont faits, dans la période récente, les plus prégnants. À cela, les conceptions de la volonté que met en scène notre droit positif ne sont pas étrangères. Il n'est donc pas étonnant que ces questions concernent toutes, peu ou prou, la prise d'acte. En ce domaine, la Chambre sociale a pris soin, après ses arrêts de juin 2003, d'ajuster ou de moduler les conséquences de la rupture justifiée, en fonction de la situation du salarié et du régime applicable au licenciement. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle, en 2006, précisé que, s'agissant d'un salarié protégé, une telle prise d'acte, dès lors qu'elle est fondée, produit, si le salarié se place sur ce terrain, « *les effets d'un licenciement nul* » pour violation du statut protecteur (57). Que fallait-il entendre par là ? Cette formule signifiait-elle que le salarié est alors en droit d'obtenir sa réintégration ? Voilà qui est douteux, dans la mesure où la voie de la remise en l'état, ici, nous semble se heurter à une forme d'incohérence : comment, en effet, concevoir qu'une volonté de rompre, caractéristique de la prise d'acte, puisse... produire les effets d'une réintégration ? N'y aurait-il pas là une contradiction dans les termes, du moins sous l'angle de l'analyse de la volonté de rompre (58) ? Il était important que la Cour de cassation puisse prendre position sur cette question. C'est désormais chose faite avec l'important arrêt *Clinique Saint-Jean* du 29 mai 2013, qui énonce, de façon nette, « *qu'un salarié protégé qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail, ne peut ultérieurement solliciter sa réintégration dans son emploi* » (59). La Cour semble y voir une implication directe de la double considération selon laquelle « *la prise d'acte de la rupture par un salarié en raison de faits qu'il reproche à son employeur, entraîne la rupture immédiate du contrat de travail et ne peut être rétractée* ». Sans doute faut-il envisager cette motivation, moins au regard de ce qu'elle exprime qu'à travers ce qu'elle sous-tend

ou qui la sous-tend. À savoir l'idée que la prise d'acte procède d'une volonté de rompre, et qu'elle s'épuise, à proprement parler, dans l'exercice du pouvoir qu'elle incarne (60).

Tant d'autres questions se tiennent en embuscade. Bornons-nous à en signaler quelques-unes.

Partons de cet arrêt par lequel la Cour de cassation, poursuivant son œuvre d'ajustement des effets de la prise d'acte, précise que la rupture ainsi mise en œuvre par un salarié pendant une période de suspension du contrat de travail suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle produit, lorsque les faits la justifiaient, les effets d'un licenciement nul (61). Cette solution, relativement logique et incontestable, ne dispense pas de se demander s'il y a lieu de distinguer selon que le manquement de l'employeur a été commis... antérieurement ou non à cette période. Sans doute cette distinction n'a-t-elle pas lieu d'être, mais, dans ce cas, il faut en déduire que le « tarif » pour l'employeur qui aura(it) commis un manquement susceptible de justifier la prise d'acte dépend du moment où le salarié entendra en tirer conséquence par la rupture du contrat de travail. Surtout, l'on peut se demander si cette solution a vocation à être transposée dans la jurisprudence relative à la résiliation judiciaire. Dans la mesure où, dans ce cas, la rupture ne procède pas de la volonté du salarié, même si celui-ci est à l'*initiative* de l'action judiciaire qui débouche sur la résiliation du contrat, l'applicabilité de cette solution pose question. Convendrait-il alors de prendre en compte la situation juridique du salarié victime d'un AT-MP en se focalisant sur le moment où il a engagé l'action en résiliation judiciaire (sans égard pour sa situation au jour où le juge se prononce), ou bien sur le moment où la décision est rendue (sans tenir compte de sa situation lorsqu'a été initiée cette action) ? À partir du moment où la résiliation du contrat ne résulte pas de la volonté juridique du salarié, la seconde option semble, techniquement, plus pertinente...

Autre observation – ou questionnement. À propos du « préavis » que le salarié qui prend acte de la rupture accepte de réaliser ou, même, se propose d'accomplir, alors qu'il n'y est pas tenu. La fermeté avec laquelle

(57) Cass. Soc. 5 juill. 2006, *RJS* 10/06, n° 1090 ; *Dr. ouvrier* 2007, p. 75 n. L. Millet. À propos de cet arrêt, v., not. : J-E. Ray, « L'auto-licenciement nul du représentant du personnel », *Dr. soc.* 2006, p. 815. Ajoutons que le salarié a alors droit à une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours (Cass. Soc. 27 nov. 2012, n°s 11-16339 et 11-16347 ; Cass. Soc. 29 janv. 2013, n° 11-23764).

(58) F. Géa, « La prise d'acte de la rupture. Dynamiques d'une construction jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 572, n° 40.

(59) Cass. Soc. 29 mai 2013, n° 12-15974.

(60) Si telle est bien l'explication, cette solution aura vocation à s'appliquer dans toutes les hypothèses où la prise d'acte est susceptible de produire les effets d'un licenciement nul (harcèlement moral, etc.).

(61) Cass. Soc. 12 déc. 2012, *RJS* 2/13, n° 111.

la Cour de cassation rappelle, à échéances régulières, que la prise d'acte entraîne la rupture immédiate du contrat rend cette période d'appréhension délicate au plan juridique. À défaut d'admettre que la fin de la relation contractuelle est différée d'un commun accord des parties, comment une telle période devrait-elle s'analyser ? Au-delà, lorsque la prise d'acte produit les effets d'une démission, pour déterminer le montant de l'indemnité compensatrice de préavis que le salarié doit à l'employeur, comme le prévoit la Chambre sociale (62) en se référant explicitement à l'article L. 1237-1 du Code du travail (63), faut-il prendre en compte cette période ? Dès lors que l'employeur, en cas de prise d'acte justifiée, est, quant à lui, condamné à verser, entre autres, l'indemnité compensatrice de préavis (sans que l'exécution d'un préavis, soit spontané, soit convenu par les parties, n'en affecte le principe ni le montant), il ne serait pas totalement illogique que la même rigueur vaille également pour le salarié (64). Cette indemnité présenterait-elle un caractère forfaitaire, conséquence de ce que la rupture est imputable, non à l'employeur, mais... au salarié, au prix d'un renversement de la prétention de droit exprimée par le salarié ? La question est plus complexe qu'il n'y paraît. Ce qui est certain, c'est que, dans ce cas, la volonté-pouvoir marquerait plus nettement encore sa différence par rapport à la volonté comme signification de la liberté de rompre (65).

À conceptions différentes – voire antagonistes – de la volonté de rompre émanant du salarié, régimes juridiques distincts. La solution consacrée par un arrêt du 13 mars 2013, d'où il résulte qu'en cas de démission, lorsque le salarié a été dispensé de l'accomplissement de son préavis, l'employeur qui

entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence doit le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise (66) ne doit-elle pas être écartée quand le salarié prend acte de la rupture ? À notre avis oui, car les deux configurations de la volonté ne sont assimilables (67). Et à régimes distincts, application différenciée. Question : puisque la défaillance de l'employeur dans l'examen d'une candidature à un départ volontaire n'est pas de nature à fonder la prise d'acte (68), le salarié n'a-t-il pas intérêt à démissionner et à demander ensuite une indemnisation à raison de ce manquement ? C'est ce que l'on croit comprendre à la lecture d'un récent arrêt (69). Les régimes juridiques correspondant aux deux grandes figures de la volonté unilatérale du salarié, manifestement, ne font pas que coexister ; ils entrent parfois en concurrence.

Qu'est-ce que cela veut dire ? Tout simplement que l'approche de la volonté, en la matière, ne peut (plus) être monolithique. La volonté comme signification (de la liberté de rompre) – ou, si l'on préfère la « capacité d'activité délibérée » – côtoie et quelquefois affronte la volonté comme pouvoir – le « rapport de la force avec la force »... Là où, jadis, l'on considérait que de volonté du salarié, il n'y avait pas, juridiquement parlant. Et ces deux figures-là, en réalité, se confrontent à cette figure du consentement que mobilisent les ruptures dites d'un commun accord, celle-là même que Paul Ricoeur décrivait comme... un acquiescement à la nécessité (70), et que l'on peut, de la sorte, identifier à une volonté sans pouvoir. Entre ces trois figures, il y a plus que des nuances (71). C'est de leur agencement que dépendront leurs devenir (72).

**Frédéric Géa**

(62) Cass. Soc. 4 fév. 2009, *RJS* 4/09, n° 325.

(63) Cass. Soc. 10 avr. 2013, n° 12-14749 et n° 10-13614.

(64) V., d'ailleurs : Cass. Soc. 23 janv. 2013, n° 11-21585. Dans cette affaire, le salarié avait, semble-t-il, au moins commencé à accomplir un préavis une fois la prise d'acte intervenue, mais cette période fut interrompue par le... « licenciement » (juridiquement sans effet, mais pas sans conséquence pratique...) prononcé par l'employeur. Il n'en fut pas moins jugé que le salarié était tenu au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis.

(65) Car, en présence d'une démission, nul doute qu'une telle réfaction s'imposerait.

(66) Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-21150.

(67) Les deux situations sont, en effet, dissemblables : dans la première hypothèse, l'employeur étant à l'origine de la dispense du préavis, il peut réagir en conséquence (et procéder à la renonciation en temps utile), alors que, dans la seconde, la cessation immédiate, sans préavis, s'impose d'emblée à lui, sans anticipation possible. En ce sens : Cass. Soc. 13 juin 2007, n° 04-42740, admettant que la levée par l'employeur de la clause de non-concurrence puisse intervenir « dans un délai raisonnable » à compter de sa réception de la notification de la prise d'acte.

(68) Voir *supra*.

(69) Cass. Soc. 19 déc. 2012, n° 11-19515.

(70) P. Ricoeur, *Philosophie de la volonté. 1. Le Volontaire et l'Involontaire*, 1950, Seuil, coll. Points essais, 2009, not. p. 427.

(71) Pour une appréhension globale de ces trois figures de la volonté (du salarié), v. notre contribution (« Rompre. Réflexions sur la volonté du salarié de rompre son contrat »), in T. Sachs (dir.), *op. cit.*, pp. 133 et s.

(72) Le rapprochement de l'arrêt *Le Maronnier*, posant que la conclusion d'une rupture conventionnelle rend sans objet la demande en résiliation judiciaire, fût-elle antérieure, dès lors du moins que n'a pas été demandée l'annulation de cette rupture d'un commun accord dans les douze mois ayant suivi son homologation (Cass. Soc. 10 avr. 2013, n° 11-15651), et de l'arrêt *Oratio*, d'où il résulte que l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre le salarié et l'employeur n'affecte pas, par elle-même, la validité de la rupture conventionnelle (Cass. Soc. 23 mai 2013, n° 12-13865, reproduit ci-après p. 503 avec le rapport du Conseiller), nous semble, à cet égard, assez symptomatique.