

La présomption de démission : une fausse bonne idée qui pose plus de questions (à l'employeur) qu'elle ne résout de problème (aux finances du Pôle emploi) ?

14/06/2023



AvoSial (*) publie des chroniques pour actuEL-RH. Aujourd'hui, Marie-Hélène Taboureau et Laurine Brunet, avocates au sein du cabinet BRL Avocats, reviennent sur la nouvelle présomption de démission applicable en cas d'abandon de poste. Une procédure qui n'est pas sans soulever de nombreuses interrogations.

environ 70% des licenciements pour faute grave/lourde dans le secteur privé étaient motivés par un abandon de poste (1). Il n'en fallait pas moins pour y voir un remède aux difficultés financières de Pôle emploi et qu'une réforme créant un nouveau motif de rupture privatif du droit à une indemnisation de Pôle emploi soit engagée.

Jusqu'à présent, l'employeur confronté à une absence injustifiée du salarié et qui souhaitait mettre un terme au contrat de travail, devait mettre en œuvre la procédure de licenciement pour faute (ou de rupture anticipée du CDD pour faute grave) après avoir pris les précautions d'usage en matière de mise en demeure du salarié de justifier son absence et, à défaut, de reprendre le travail sans délai. Contrairement à la démission, la rupture unilatérale du contrat par l'employeur, même pour faute grave, constituant une perte involontaire d'emploi ouvrant droit pour le salarié au versement de l'allocation d'assurance chômage, quand bien même ladite faute était un abandon de poste.

Là où une simple modification des conditions d'appréciation d'ouverture du droit à indemnisation par le Pôle emploi aurait suffi (2) - puisque le seul et unique objectif est de restreindre les conditions d'ouverture du droit à indemnisation des salariés qui désertent leur poste de travail pour être licenciés et bénéficier d'une indemnisation de Pôle emploi (parfois après une demande de rupture conventionnelle n'ayant pas reçu d'écho favorable de l'employeur, en raison souvent de son coût attaché, parfois pour des raisons de principe) -, le législateur a créé un nouveau mode de rupture du contrat de travail "la démission présumée", faisant ainsi voler en éclat la jurisprudence constante selon laquelle la démission ne se présume pas et faisant peser l'intégralité des risques sur l'employeur avec des questions qui demeurent irrésolues.

C'est ainsi que, depuis le 23 décembre 2022 (3), le code du travail prévoit qu'en cas d'abandon de poste "volontaire" du salarié, sans reprise du travail après mise en demeure de l'employeur, le salarié est présumé avoir démissionné à l'expiration d'un délai minimal.

Depuis nous assistons à un véritable soap : près de quatre mois d'attente du décret d'application (4) pour découvrir que son ambiguïté et sa carence sur de nombreux points renforcent les risques pesant sur les employeurs, plusieurs recours devant le Conseil d'Etat, des centaines de posts/commentaires sur les réseaux sociaux professionnels, la publication d'un questions-réponses le 18 avril 2023 sur le site du ministère du travail qui a été vivement critiqué et, en dernier lieu, le 4 juin dernier, l'annonce du gouvernement indiquant qu'il retire le questions-réponses de son site internet tout en confirmant son interprétation en ce que la présomption de démission se

substitue et ferme la porte à la voie du licenciement pour faute.

Au milieu de cet imbroglio, une certitude : le nouveau dispositif aux contours encore flous est en vigueur et il nous faut avancer même si le terrain est (plus que) miné...

Dans quelles circonstances peut-on mettre en œuvre la procédure de présomption de démission ?

Le nouvel article L.1237-1-1 du code du travail a vocation à s'appliquer lorsque le salarié en contrat à durée indéterminée abandonne "volontairement" son poste. Tous les contrats et toutes les absences injustifiées ne permettent donc pas d'engager la procédure de présomption de démission.

L'application de la présomption de démission ne concerne pas les salariés en CDD (5) en l'état actuel des textes mais uniquement les salariés en CDI.

Par ailleurs, l'application de la présomption sera écartée si le salarié justifie son absence par un motif légitime. A cet égard, plusieurs exemples de causes légitimes d'absence sont cités par l'article R.1237-13 du code du travail, de façon non limitative : des raisons médicales, l'exercice du droit de retrait ou du droit de grève, le refus du salarié d'exécuter une instruction contraire à une réglementation ou la modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

Il y a lieu de s'interroger sur la nécessité pour le salarié d'apporter des justificatifs du motif légitime d'absence invoqué.

Le ministère du travail semblait l'exiger dans la mesure où les questions-réponses précisait qu'en cas d'absence justifiée par l'état de santé, le salarié devrait fournir un certificat médical daté du jour de son abandon de poste.

Pour autant, il apparaît périlleux de poursuivre la procédure lorsque le salarié invoque un motif en apparence légitime, quand bien même il ne serait pas justifié par un document probant.

En effet, il y a fort à parier que la présomption de démission sera écartée par les juges chaque fois que le salarié prétendra avoir apporté la justification litigieuse, au moins en apparence. De fait, il importe peu que le refus d'exécuter son travail soit véritablement justifié ou non : dès l'instant où le salarié explique son absence par un autre motif que la seule volonté de quitter son emploi, un risque de requalification de la "démission présumée" en licenciement sans cause réelle et sérieuse sera encouru avec une portée incertaine quant à l'indemnisation du préjudice lié à la privation du droit d'être indemnisé par le Pôle emploi...

Est-t-il encore possible de procéder à des licenciements pour abandon de poste ?

Cette interrogation est la plus débattue depuis la publication du décret. En effet, si le gouvernement s'est saisi du sujet via les questions-réponses publié le 18 avril 2023, sa

position est demeurée empreinte, à tout le moins, d'ambiguïté se soldant par un retrait du document de son site internet.

Pour l'heure, nous avons pu largement constater que les employeurs demeuraient quelque peu frileux à l'idée d'engager la nouvelle procédure. Et pour cause : outre les incertitudes planant sur la procédure de présomption de démission, ce dispositif sera, à n'en pas douter, sujet à un fort contentieux puisqu'au préjudice lié à la perte d'emploi, s'ajoutera celui de la privation du droit à indemnisation chômage.

Pour autant, plusieurs indices doivent retenir notre attention et convergent vers une substitution de l'ancienne pratique par la nouvelle procédure, et ce de manière impérative.

L'esprit du texte et le but poursuivi : les débats parlementaires mettent en exergue une volonté claire de rendre le nouveau dispositif exclusif de la procédure de licenciement disciplinaire. Permettre à l'employeur de continuer à notifier un licenciement disciplinaire en cas d'abandon de poste - et donc de ne rien changer - serait contreproductif au vu du but poursuivi qui est d'améliorer les finances de Pôle emploi en réduisant les cas d'ouvertures de droit à indemnisation.

La rédaction des textes législatifs et réglementaires : l'article L.1237-1-1 prévoit que "le salarié [...] est présumé avoir démissionné [...]". Il n'y a là aucune option ouverte. Si les conditions posées par la loi sont remplies, le salarié est présumé avoir démissionné. Si le législateur avait souhaité ouvrir une option, le verbe "être" aurait été précédé de l'adverbe "peut" indiquant ainsi une simple possibilité.

Le point qui fait débat et sème le doute repose en réalité sur la rédaction du premier alinéa de l'article R.1237-13, "l'employeur qui constate que le salarié a abandonné son poste et entend faire valoir la présomption de démission [...]". A priori, compte tenu de la rédaction de l'article L.1237-1-1 détaillée ci-dessus et de la nature du texte qui, dans la hiérarchie des normes, n'est qu'un acte réglementaire visant à préciser les modalités d'application de la loi, la seule option ouverte à l'employeur par le décret est de ne pas tirer les conséquences de l'absence injustifiée et donc de ne rien faire...le décret ne pouvant par définition pas modifier ce que prévoit le texte légal. L'issue des recours actuellement pendants devant le Conseil d'Etat nous permettra certainement d'y voir plus clair sur ce point. A suivre.

Specialia generalibus derogant : L'adage selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales est un instrument très souvent rappelé et appliqué par les juridictions. Conformément à cet adage, lorsque deux cadres juridiques peuvent s'appliquer à une situation, l'un spécifique et l'autre général, c'est le cadre spécifique qui doit être appliqué. En l'espèce, la présomption de démission instituée par l'article L.1237-1-1 constituerait une loi spéciale dérogeant au licenciement disciplinaire communément appliqué jusqu'ici pour rompre le contrat d'un salarié en abandon de poste.

Ces éléments pris dans leur ensemble semblent faire peser la balance du côté de l'impossibilité de notifier un licenciement disciplinaire à l'avenir et d'être dans l'obligation de recourir à la procédure de présomption de démission si l'employeur souhaite rompre le contrat d'un salarié en abandon de poste.

Pour autant, certaines situations concrètes peuvent amener à se poser la question d'une alternative.

Prenons le cas du salarié hospitalisé à la suite d'un accident violent et qui n'a donc pu déférer à la mise en demeure de l'employeur dans le délai imparti ni justifier de son absence, car hospitalisé, voire dans un état ne lui permettant pas une telle communication : en saisissant le conseil de prud'hommes une fois revenu à meilleur état (si entre temps son employeur n'a pas rétracté en accord avec le salarié la rupture), selon la procédure accélérée prévue par l'article L.1237-1-1 du code du travail, il obtiendra à n'en pas douter la requalification de la rupture du contrat en licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'employeur encourra alors une condamnation au paiement de l'indemnité de licenciement et de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, voire pour un préjudice spécifique (pour sortir du barème d'indemnisation dit "Macron") lié à la perte de chance d'être indemnisé par le Pôle emploi. L'indemnité compensatrice de préavis serait également due, et ce, même si le salarié est revenu l'effectuer dans la mesure où après requalification en licenciement sans cause, il ne s'agira plus que d'une période d'activité classique.

Le risque prud'homal est d'autant plus prégnant dans le cas d'un salarié protégé, pour lequel la requalification produira les effets d'un licenciement nul. Nous n'avons d'ailleurs aujourd'hui aucune certitude concernant l'application de la présomption de démission aux salariés protégés, de sorte qu'il est particulièrement déconseillé d'engager cette nouvelle procédure à leur encontre, sauf à en référer à l'inspecteur du travail dans le cadre d'une demande d'autorisation de présumer le salarié démissionnaire.

La procédure de présomption de démission semble donc pouvoir (devoir) être réservée aux hypothèses dans lesquelles le caractère volontaire de l'abandon de poste paraît évident. Il s'agit par exemple du cas où le salarié quitte soudainement l'entreprise et ne revient pas travailler les jours suivants en dépit des relances de son employeur.

Dans les autres situations, l'option du licenciement pour faute grave devra être étudiée.

La nouvelle procédure ne pouvant être engagée qu'en cas d'absence "volontaire" du salarié, certains employeurs pourraient être tentés d'arguer de leur ignorance du caractère volontaire ou non de l'absence pour justifier avoir engagé la procédure de licenciement pour faute grave plutôt que d'utiliser la présomption de démission.

Rappelons toutefois que le Pôle emploi dispose, au moment de l'inscription, des

éléments permettant d'identifier aisément un abandon de poste notamment les bulletins de salaires qui mentionnent nécessairement une absence injustifiée non rémunérée depuis un certain temps ainsi qu'une baisse, voire absence de salaire le dernier mois figurant sur l'attestation Pôle emploi. En théorie, la responsabilité de la société qui aurait licencié un salarié alors qu'elle aurait dû mettre en œuvre une procédure conduisant à une présomption de démission pourrait être engagée par Pôle emploi.

Comment rédiger le courrier de mise en demeure ?

Les articles L.1237-1-1 et R.1237-13 du code du travail sont formels sur le fait que la mise en demeure doit être adressée au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise en main propre contre décharge.

Cette lettre doit préciser le délai laissé au salarié pour reprendre son poste, lequel ne peut être inférieur à 15 jours calendaires.

Elle doit également interroger le salarié sur la raison de son absence et lui rappeler que s'il n'a pas repris son poste ou justifié son absence par un motif légitime à l'issue du délai imparti, il sera présumé démissionnaire.

Il est par ailleurs recommandé de prévoir dans la mise en demeure l'organisation de l'exécution du préavis, en rappelant au salarié que s'il ne reprend pas son poste avant la date fixée et qu'il reste silencieux sur l'exécution du préavis, aucune indemnité compensatrice ne lui sera versée.

Notons que si le décret fait obligation au salarié qui entend se prévaloir d'un motif légitime de répondre à la mise en demeure, son absence de réponse ne le prive pas, a priori, de contester ensuite la rupture de son contrat de travail devant le conseil de prud'hommes sur le fondement de la présomption de démission.

Qu'en est-il du préavis en cas de démission ?

Si le salarié ne reprend pas son travail ou ne justifie pas d'un motif légitime, il sera présumé avoir démissionné à l'expiration du délai fixé par l'employeur dans la mise en demeure.

Dans ce cas, les règles légales, conventionnelles et jurisprudentielles relatives à la démission s'appliquent. Le salarié est donc censé devoir effectuer un préavis de démission.

Bien qu'il soit peu probable qu'il l'effectue, il convient d'observer une certaine vigilance : si l'employeur prend l'initiative de dispenser le salarié de préavis, il devra lui verser une indemnité compensatrice.

A l'inverse, lorsque le préavis n'est pas exécuté du fait du salarié, non seulement l'employeur n'a pas à lui verser d'indemnité compensatrice, mais il peut également en réclamer le versement au salarié, selon une jurisprudence désormais constante sur le

régime de droit commun de la démission (gageons que la Cour de cassation adopte le même raisonnement pour les démissions "présumées").

Afin d'éviter tout malentendu, il est préférable de prévenir le salarié dans la lettre de mise en demeure que son silence sur l'exécution de son préavis sera assimilé à un refus de l'exécuter.

Le terrain est miné et il faut, comme souvent dans notre matière, faire preuve d'ingéniosité pour combler les carences en attendant les prochains épisodes de cette saga, qu'il s'agisse de l'issue des recours devant le Conseil d'Etat que des premières décisions des juges.

(1) Source étude Dares Février 2023 - Au 1er semestre 2022, environ 70 % des licenciements pour faute grave ou lourde dans le secteur privé sont motivés par un abandon de poste. Cela représente 123000 salariés, dont 11 6000 en CDI.

(2) Pôle emploi dispose, au moment de l'inscription, d'éléments lui permettant d'analyser le type de rupture et lui permettant de savoir si la perte de l'emploi est volontaire ou non, critère déterminant pour déclencher l'ouverture du droit à indemnisation : un courrier de licenciement ou de rupture anticipée visant un abandon de poste, des bulletins de paie mentionnant une absence injustifiée sur les dernières semaines avant la rupture et une attestation Pôle emploi indiquant une baisse voire une absence de revenus le(s) dernier(s) mois étant des "indices" permettant d'identifier s'il s'agit ou non d'une perte volontaire de l'emploi.

[3] Loi n°2022-1598 du 21 décembre 2022 (article L. 237-1-1 du code du travail).

(4) Décret du 17 avril 2023 (article R.1237-13 du code du travail).

(5) Pourtant 65 % des ruptures anticipées de CDD pour faute grave/lourde dans le secteur privé étaient - elles aussi - motivées par un abandon de poste au 1er semestre 2022 - *Etude Dares Février 2023.*;

() AvoSial est une association d'avocats en droit du travail et de la sécurité sociale qui conseillent et représentent les employeurs en justice.*



Marie-Hélène Taboureau et Laurine Brunet

Source URL: <https://www.actuel-rh.fr/content/la-presomption-de-demission-une-fausse-bonne-idee-qui-pose-plus-de-questions-lemployeur>