

Abandon volontaire de poste par un salarié : la présomption de démission

En bref

La loi « Marché du travail » du 21 décembre 2022 instaure une « **présomption de démission** ».

Auparavant, après mise en demeure, si le salarié ne justifiait pas son absence ou ne reprenait pas le travail, l'employeur n'avait pas d'autres choix que de le licencier pour faute ; le salarié pouvait alors prétendre au versement des allocations chômage.

L'objectif de cette « présomption de démission » : priver les salariés abandonnant volontairement leur poste de travail du droit à l'assurance chômage.

Ainsi, lorsqu'un salarié abandonne volontairement son poste (salarié qui est à son poste de travail et le quitte sans autorisation ou qui ne se rend plus à son travail sans avoir justifié cette absence) et qui ne justifie pas son absence et ne reprend pas son travail dans un certain délai sera présumé démissionnaire.

Le délai minimal laissé au salarié pour reprendre son poste de travail est de 15 jours à compter de la présentation de la lettre recommandée ou de la lettre remise en main propre contre décharge.

À l'expiration de ce délai, le salarié est présumé démissionnaire. Les règles législatives, conventionnelles et jurisprudentielles relatives à la démission doivent donc trouver à s'appliquer.

Cette mesure est opérationnelle à compter du 19 avril 2023.

Pour l'heure, certaines zones d'ombres peuvent fragiliser le recours à la présomption de démission.

Un questions-réponses a été publié par le ministère du Travail et fait état de plusieurs prises de position notables. Cependant, ce dernier laisse en suspens des interrogations importantes.

A noter

Le ministère du Travail a retiré de son site internet le questions-réponses détaillant les modalités de mise en œuvre de ce nouveau dispositif. L'exclusion de la possibilité de continuer à recourir au licenciement pour faute en cas d'abandon volontaire de son poste par le salarié avait été fortement critiquée et a donné lieu à plusieurs recours en annulation devant le Conseil d'État.

« Compte tenu des interrogations soulevées par cette foire aux questions, il est apparu que celle-ci ne permettait pas en l'état, contrairement au but poursuivi, d'éclaircir les modalités

d'application du nouveau cadre juridique. C'est pourquoi le ministère a décidé de le retirer de son site », a indiqué le ministre du Travail le 5 juin 2023.

Afin de ne prendre aucun risque, le sujet doit donc être traité au cas par cas.

Nous recommandons aux commerçants qui souhaiteraient mettre en œuvre cette procédure de faire appel aux services d'un avocat spécialisé pour les accompagner.

Dans le cadre d'un partenariat avec la FNH, le cabinet OBBO AVOCATS propose une tarification préférentielle pour les adhérents de la FNH (pour en savoir plus, contactez la FNH au 01 42 02 17 69).

L'employeur est-il obligé d'envoyer une mise en demeure si son salarié est en abandon de poste ?

Non, l'employeur peut décider de ne pas mettre en demeure son salarié qui a abandonné volontairement son poste.

Dans ce cas, il conserve le salarié dans ses effectifs. Le contrat de travail du salarié n'est pas rompu mais seulement suspendu et la rémunération du salarié n'est donc pas due.

A l'inverse, selon le ministère du Travail dans son questions-réponses qu'il avait publié sur son site internet, si un employeur souhaite mettre un terme à la relation de travail, il ne pourra recourir qu'à cette présomption de démission. Autrement dit, la procédure de licenciement pour faute n'a plus vocation à être appliquée. Cette analyse était pour le moins inattendue et explique, peut-être, que le ministère du Travail ait retiré ce document de son site internet.

Quelles sont les conditions permettant de considérer un salarié comme démissionnaire en cas d'abandon de poste ?

Pour valablement présumer un salarié démissionnaire, il faut constater que celui-ci :

- Abandonne volontairement et sans justification son poste de travail ;
- Ne reprend pas son poste après mise en demeure.

Que faut-il indiquer dans la mise en demeure ?

La mise en demeure doit enjoindre le salarié à justifier son absence et à reprendre son poste dans un certain délai.

Il convient d'accorder au salarié un **délai de 15 jours minimum**. Ce délai est décompté en jours calendaires (week-end et jours fériés compris) à compter de la 1ère présentation de la mise en demeure.

Mise à jour le 7 juin 2023

La mise en demeure peut rappeler au salarié que faute d'avoir repris son poste de travail à l'issue du délai imparti, il sera présumé démissionnaire et n'aura pas droit aux allocations de l'assurance chômage.

Il est également recommandé de préciser au salarié :

- Que s'il ne reprend pas son poste au plus tard à la date fixée, il est redevable d'un préavis et préciser ses modalités d'exécution ;
- Et que le silence gardé sur l'organisation d'un éventuel préavis manifesterait son intention de ne pas l'exécuter.

Sur la forme, la mise en demeure doit être transmise par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge.

Que faire si l'employeur ne reçoit pas la preuve de la réception de la mise en demeure adressée au salarié ?

Comme pour la convocation à l'entretien préalable au licenciement, l'envoi de la mise en demeure par lettre recommandée permet de prévenir toute contestation sur la date de remise de la mise en demeure. Aussi, si le salarié refuse de prendre connaissance de la mise en demeure, cette dernière est quand même notifiée régulièrement dès lors qu'elle a bien été présentée au domicile du salarié.

Il en va de même si le salarié, par négligence, n'a pas fourni à son employeur la bonne adresse de son domicile.

Il est recommandé à l'employeur quand il veut mettre en demeure son salarié de le faire par **lettre recommandée avec accusé de réception**, afin d'éviter au maximum toute contestation sur la date de présentation de la mise en demeure.

Quels sont les motifs d'abandon de poste pour lesquels la procédure de présomption de démission ne doit pas être conduite à son terme ?

Si le salarié répond à la mise en demeure de son employeur en justifiant son absence à son poste de travail par un motif légitime, la procédure permettant de présumer d'une démission ne doit pas être conduite à son terme.

Le décret d'application fixe une liste non exhaustive des motifs concernés :

- Raisons médicales ;

Selon le ministère du Travail, si l'absence du salarié est justifiée par son état de santé et qu'il s'est absenté pour consulter un médecin qui lui a prescrit un arrêt de travail pour le jour même, il devra fournir un certificat médical daté du jour de son abandon de poste.

- Exercice du droit de retrait ;
- Exercice du droit de grève ;
- Refus d'exécuter une instruction contraire à une réglementation ;
- Modification du contrat de travail à l'initiative de l'employeur.

À partir de quel moment le salarié est-il considéré comme démissionnaire ?

Si le salarié ne répond pas à la mise en demeure et ne reprend pas le travail au plus tard à la date fixée par l'employeur, il sera présumé démissionnaire. La démission du salarié sera constatée à la date ultime de reprise du travail fixée par l'employeur.

L'employeur n'est pas obligé de demander au salarié qui ne s'est pas manifesté de produire un écrit pour formaliser sa démission.

Si le salarié répond à la mise en demeure de son employeur qu'il ne reprendra pas son travail dans l'entreprise, il sera également considéré comme démissionnaire à la date ultime de reprise du travail fixée par l'employeur.

Un préavis est-il dû par le salarié présumé démissionnaire et quelles sont ses modalités d'exécution ?

Si le salarié n'a pas répondu à la mise en demeure de l'employeur l'enjoignant de reprendre son poste ou qu'il a répondu par la négative à cette mise en demeure, il est présumé démissionnaire.

En conséquence, les règles conventionnelles s'agissant du préavis en cas de démission s'appliquent.

■ Pour les employés

- ✓ 2 semaines de préavis si le salarié a moins de 6 mois d'ancienneté ;
- ✓ 1 mois de préavis si le salarié a plus de 6 mois d'ancienneté.

■ Pour les agents de maîtrise et cadres

- ✓ 3 mois de préavis (ou deux mois dans le cas où le salarié démissionnaire a retrouvé un emploi et a renoncé à l'intégralité de ces heures pour recherche d'emploi).

Pendant le préavis et jusqu'au moment où un nouvel emploi a été trouvé, le salarié est autorisé à s'absenter chaque jour ouvré pendant 2 heures afin de rechercher un nouvel emploi, tant que le total de ces absences n'aura pas atteint 40 heures, que la rupture du contrat ait lieu à l'initiative de l'employeur ou du salarié.

Les heures pour recherche d'emploi s'appliquent aux salariés à temps partiel au prorata de leur temps de travail contractuel.

Ces absences, qui ne donneront pas lieu à réduction de salaires, seront fixées d'un commun accord, ou, à défaut, un jour au gré de l'employeur, un jour au gré du salarié. D'un commun accord, les heures pourront être regroupées.

Le salarié est tenu obligatoirement d'aviser son employeur dès qu'il aura trouvé un emploi.

Quelles sont ses modalités d'exécution du préavis ?

Le salarié à qui l'employeur demande d'exécuter son préavis de démission doit s'y conformer. Dans ce cas, il exécute normalement son travail jusqu'à l'expiration du préavis.

Il est probable que dans le cas d'un salarié en abandon de poste et qui n'a pas répondu à la mise en demeure de son employeur, il n'exécutera pas son préavis. Dans ce cas, le préavis ne sera pas exécuté et l'employeur n'aura pas d'indemnité compensatrice à verser au salarié. L'employeur pourra demander au conseil de prud'hommes le paiement par le salarié des journées de travail non effectuées.

Le préavis de démission peut également ne pas être exécuté dans deux autres situations :

- L'employeur peut dispenser son salarié d'exécuter son préavis, ce dernier devant percevoir dans ce cas une indemnité compensatrice correspondant aux salaires qu'il aurait perçus s'il avait pu exécuter son préavis ;
- L'employeur et le salarié peuvent se mettre d'accord pour que le préavis ne soit pas exécuté : dans cette situation, aucune indemnité compensatrice n'est due ; la mise en demeure adressée par l'employeur au salarié peut dans ce cas servir de point de départ à la conclusion d'un tel accord.

Quel est le point de départ du préavis de démission ?

Le préavis de démission commence à courir à compter du jour ultime fixé par l'employeur pour la reprise du travail de son salarié en abandon de poste. Ce jour est fixé dans la mise en demeure qu'a adressée l'employeur à son salarié.

Les documents de fin de contrat doivent-ils être remis au salarié ?

Comme pour n'importe quelle démission, l'employeur est tenu de remettre au salarié ses **documents de fin de contrat** :

- Certificat de travail ;
- Reçu pour solde de tout compte ;
- Attestation d'assurance chômage.

L'employeur donc doit mentionner comme type de rupture du contrat « Démission », tout comme dans la DSN.

Pour mémoire, ces documents sont quérables et non portables, c'est-à-dire que l'employeur a l'obligation de les préparer et de les tenir à la disposition du salarié sans pour autant avoir l'obligation de lui envoyer.

Pour autant, en cas d'abandon de poste du salarié, il est recommandé que l'employeur adresse un double de ces documents au salarié par voie postale à la dernière adresse connue de celui-ci.

Le salarié présumé démissionnaire a-t-il droit à l'indemnité de congés payés ?

Oui, les congés payés générés mais non-pris par le salarié doivent faire l'objet d'une indemnité compensatrice dont le montant est mentionné sur le reçu du solde de tout compte.

Quelles sont les conséquences de l'abandon de poste en matière de droit à l'assurance chômage ?

Le refus de reprendre le travail après mise en demeure de l'employeur est considéré comme une démission à l'issue du délai fixé par l'employeur.

Or, la **démission n'ouvre pas droit au versement des allocations chômage**. Il existe quelques **exceptions** à ce principe, pour des **démissions considérées comme légitimes** (par exemple, en cas de mobilité géographique pour rejoindre le conjoint).

Le caractère légitime est à justifier auprès de Pôle Emploi.

13. Quels sont les recours dont disposent le salarié qui estimerait que l'application de la présomption de démission est infondée ?

Conformément à ce que prévoit la loi, **le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes pour contester l'application de la présomption de démission**.

L'affaire sera directement portée devant le bureau de jugement qui se prononcera sur la nature de la rupture et les conséquences associées. Le salarié devra tenter de démontrer que son abandon de poste n'était pas volontaire et que son absence était justifiée. Tel sera le cas par exemple s'il peut justifier de manquements de l'employeur.

Mise à jour le 7 juin 2023

Le conseil de prud'hommes devra statuer au fond dans un délai d'un mois à compter de sa saisine mais, dans les faits, on peut craindre que ce délai ne puisse pas être respecté par les juges.