

LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE INDETERMINEE

Le vent de la réforme souffle sur le code du travail. Il a été toiletté dans sa forme : nouvelle organisation et écriture simplifiée. Il est substantiellement modifié dans sa teneur par une succession de lois et de décrets. Ce mouvement fut parfois même initié par les partenaires sociaux puisque les principaux textes s'appuient, plus ou moins fidèlement, sur une position dite commune (9 avril 2008) et un accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail. Ce dernier retiendra l'attention et nous nous arrêterons plus particulièrement sur l'article 12 qui, selon ses signataires, a pour objectif de « privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail ». Cet article envisage des règles relatives à la rupture pour réalisation de l'objet défini au contrat, d'une part, et, d'autre part, la rupture conventionnelle.

I. Prolégomènes

La pratique de la rupture négociée du contrat de travail n'est pas nouvelle. Elle est expressément prévue, dans certaines hypothèses, par la loi mais a toujours divisée la communauté des juristes au regard des questions qu'elle pose.

On sait ainsi que l'article L. 1243-1 du code du travail dispose que « sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. » C'est encore le cas pour le contrat d'apprentissage qui peut être rompu passé un délai de deux mois par accord écrit signé des deux parties (C. trav. art. L. 6222-18).

On se surprend, en revanche, à constater qu'aucune disposition générale du code du travail n'envisageait la rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée. Seuls quelques textes particuliers l'autorisaient. Il en va ainsi de la convention de reclassement personnalisé (CRP) prévue dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique. Lorsque le salarié accepte cette convention, le contrat est « réputé rompu du commun accord des parties » (C. trav. art. L. 1233-67). La Cour de cassation l'interdit même dans certaines circonstances. Elle est notamment prohibée après qu'a été constatée l'inaptitude physique du salarié lorsqu'elle fait échec aux articles L. 1226-2 s. et L. 1226-10 s. du code du travail (protection du salarié inapte ; Soc. 4 janv. 2000, n°97.44556, Bull. civ. V, n°3). Elle était enfin exclue pour les salariés « protégés » ou « exposés » sans une autorisation administrative préalable de licenciement.

Ces quelques éléments montrent combien la rupture d'un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée ne va pas de soi. Pour certains, elle est parfaitement légitime et trouve un fondement solide dans le droit commun des obligations. L'article 1134 alinéa 2 du code civil envisage en effet la révocation des conventions par le consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. Pour d'autres, compte tenu des particularités inhérentes au contrat de travail, il est douteux qu'un salarié, en situation d'infériorité économique, souvent mal informé sur ses droits, puisse exprimer une volonté éclairée sinon libre en négociant la rupture de son contrat de travail avec son employeur. Surtout, d'un strict point de vue juridique, la loi interdit la renonciation aux règles impératives du droit du licenciement (C. trav. art. L. 1231-4). Or en négociant la rupture du contrat de travail, souvent à l'initiative de l'employeur, l'accord de rupture porte nécessairement sur les règles d'ordre public du droit du licenciement. La Cour de cassation l'a cependant admis en affirmant que les parties peuvent librement, par leur consentement mutuel, mettre fin à leur convention (Soc. 29 mai 1996, n°92-45115, Bull. civ. V, n°215).

C'est sur ces bases que le Medef, par la voix de Mme Parisot, a introduit dans le débat la question dite de la « séparabilité à l'amiable » validée par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 et repris par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008

portant modernisation du marché du travail. Les dispositions créant cette nouvelle institution juridique sont ambivalentes. On prétend encadrer et sécuriser les ruptures de contrat de travail mais on limite aussi le recours au juge prud'homal. On cherche à développer l'emploi tout en améliorant et garantissant les droits des salariés mais on comprend mal en quoi la rupture facilitée du contrat de travail serait de nature à lutter contre le chômage !

A l'inverse, on peut aussi considérer que la présence d'une troisième voie entre licenciement et démission est opportune. On sait bien que les effets attachés à la démission sont dissuasifs. Aucune indemnité n'est due par l'employeur et, sauf exception, le salarié démissionnaire n'a pas droit au chômage parce qu'il n'est pas involontairement privé d'emploi (C. trav. art. L. 5421-1). Une telle liberté dans le contexte économique actuel est donc formelle. Peut être revient-il alors à l'Etat de garantir la liberté du travail, et corrélativement du non travail, en accordant des droits notamment, un droit à indemnisation, à celui qui souhaite rompre, en accord avec l'employeur, le contrat de travail les liant ? On pourrait alors objecter qu'il ne revient pas à la solidarité nationale de prendre en charge le travailleur qui se prive volontairement de son emploi. On rappellera cependant que la loi n°2008-758 du 1^{er} août 2008 subordonne désormais le bénéfice de l'allocation chômage à l'adhésion du bénéficiaire à un projet personnalisé d'accès à l'emploi (PPAE) lequel précise les éléments constitutifs de l'offre raisonnable d'emploi (cf. projet de décret en cours de préparation). Cette perspective ne doit cependant pas tromper. En effet, il est constant qu'une rupture à l'amiable ne peut aboutir que si l'employeur y a intérêt dont le premier n'est certainement pas celui de payer son départ au salarié !

Ces quelques éléments n'ont pas l'ambition de clore le débat mais plus modestement de l'éclairer. Dans cette perspective, il convient surtout de s'intéresser au dispositif réglant la rupture conventionnelle du contrat de travail. En contradiction avec l'objectif de sécurité juridique, souvent attendu par le patronat, ce dispositif s'il crée un mode de rupture autonome du contrat de travail, ouvre sur de nombreux problèmes. La présentation de ce mode de rupture s'inscrivant dans une procédure permettra d'en aborder quelques uns.

II. Définition et champ d'application

A. Définition

La rupture conventionnelle homologuée est un mode de rupture particulier du contrat de travail à durée indéterminée, exclusif du licenciement ou de la démission, selon les termes de l'article L. 1237-11 du code du travail. Elle n'est donc ni un licenciement ni une démission, ni même une prise d'acte et surtout pas une transaction (V. infra). Mais la rupture conventionnelle homologuée se substitue-t-elle à la rupture négociée qui a été consacrée par la jurisprudence hors toute procédure d'homologation et soumise aux dispositions du code civil ?

B. Champ d'application

CAUSE ECONOMIQUE - La loi a exclu certaines hypothèses de la rupture conventionnelle homologuée. Selon l'article L. 1237-16 du code du travail le dispositif n'est pas applicable aux ruptures de contrats de travail résultant :

- 1° des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) dans les conditions définies par l'article L. 2242-15 ;
- 2° des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) dans les conditions définies par l'article L. 1233-61.

Cette exclusion est cependant ambivalente. En effet, l'article L. 1233-3 du code du travail a été modifié de sorte que désormais les ruptures conventionnelles homologuées peuvent être établies pour des ruptures ayant une cause économique et ne s'insérant pas dans un accord de GPEC ou un PSE. Cette solution, si elle n'est pas mieux encadrée et qui appelle

la vigilance des représentants du personnel, valide une rupture du contrat de travail ayant une cause économique non soumise au droit du licenciement pour motif économique. Un employeur pourra ainsi supprimer des emplois par accord individuel avec les salariés sans que des règles protectrices, individuelles et collectives, ne soient mises en œuvre.

SALARIES PROTEGES – L'article L. 1237-15 dispose que les salariés bénéficiant d'une protection mentionnés aux articles L. 2411-1 et L. 2411-2 (représentants du personnel) peuvent rompre conventionnellement leur contrat les liant à l'employeur. Le texte précise cependant et conformément à la jurisprudence antérieure, que la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail. A l'exception du délégué syndical, l'information-consultation du comité d'entreprise demeure également obligatoire (C. trav. art. L. 2421-3). Dans le cadre d'une consultation du comité d'entreprise, l'avis de ce dernier doit précéder la signature de la convention de rupture.

CDD – Le dispositif de la convention homologuée, tel que prévu par la loi, ne concerne pas le contrat de travail à durée déterminée (C. trav. art. L. 1243-1).

C. Conditions

GENERALITES – La rupture conventionnelle homologuée repose sur le libre consentement des parties au contrat et plus particulièrement du salarié. Aussi, l'article L. 1237-11 précise-t-il que la rupture ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties. La liberté de consentement (absence de pressions ou violences) mais aussi, et corrélativement, l'information du salarié quant à l'étendue de ses droits, sont essentielles. Sur le fond une question reste sans réponse. Il semble que la Cour de cassation a conditionné la validité d'une rupture à l'amiable à l'absence de tout litige sur la rupture entre les parties (Soc. 6 fév. 2008). Cette condition est-elle transposable à la rupture conventionnelle homologuée ? Une réponse affirmative serait assurément de nature à garantir le consentement libre et éclairé du salarié.

Dans cette perspective, on rappellera que la convention homologuée ne doit pas être confondue avec une transaction, acte juridique d'une nature différente. La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître (C. civ. art. 2044). Il s'en suit qu'une transaction, consécutive à une rupture du contrat de travail, qui a pour objet de mettre fin par des concessions réciproques, à toutes contestation née ou à naître résultant de cette rupture, ne peut être valablement conclue qu'une fois la rupture intervenue est définitive, c'est-à-dire en l'occurrence après l'homologation de la convention par l'inspecteur du travail. A défaut, la transaction est nulle.

FORME – La convention de rupture soumise à homologation est un acte écrit (C. trav. art. L. 1237-11 al. 3), daté et signé par les parties au contrat de travail. Des arrêtés du 18 et 28 juillet 2008 fournissent des modèles types, officiels, de formulaires de rupture conventionnelle à adresser à l'inspection du travail pour homologation (www.travail.gouv.fr). Le formulaire comprend notamment une partie relative à l'identification des signataires, une relative aux étapes de la procédure et une autre relative à l'accord lui-même.

CONTENU DE LA CONVENTION - La convention de rupture a un contenu obligatoire ; elle peut aussi définir par ses stipulations ses propres conditions.

Impérativement, la convention doit prévoir :

- le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle qui ne peut pas être inférieur à celui de l'indemnité prévue à l'article L. 1234-9 du code du travail (indemnité légale de licenciement fixée désormais par l'article R. 1234-2 du code du travail lequel énonce que l'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté).

- la date de rupture du contrat de travail laquelle ne peut intervenir avant le lendemain du jour de l'homologation, le lendemain du jour de l'autorisation de l'inspecteur du travail pour les salariés protégés.

La convention peut contenir en plus toutes les précisions que les parties jugent utiles. On peut penser à des stipulations relatives à la clause de non-concurrence, au DIF, à des avantages en nature tel que le véhicule de fonction, le matériel informatique ou de téléphonie remis au salarié pour l'exercice de ses fonctions.

D. Négociations

La rupture conventionnelle homologuée s'inscrit dans une procédure c'est-à-dire dans l'accomplissement de certains actes nécessaires à sa validité. En l'espèce, cette procédure se concrétise dans des rencontres nécessaires pour convenir de la rupture du contrat de travail. La loi en exige au moins une ; trois entretiens seront sans doute nécessaires (C. trav. art. L. 1237-12).

INVITATION A ENTRER EN POURPARLERS – Aucun formalisme n'est prévu par loi pour initier la phase de négociation pouvant aboutir à la rupture du contrat de travail. Toutefois, afin de donner date certaine à la demande, il est sans doute préférable d'en faire la demande par écrit (courriel, LR/AR). Le salarié peut demander un rendez-vous et l'employeur inviter le salarié à des discussions. On observera, à cet égard, que l'employeur a assez peu d'intérêt à accepter cette invitation du salarié puisque, d'une part, il n'envisage pas a priori la rupture et qu'elle aura, d'autre part, un coût (indemnisation obligatoire). Il paraît donc probable que l'employeur soit à l'initiative de la proposition de rupture afin d'éviter les règles du droit du licenciement et de minimiser le risque de contestation judiciaire qui pourrait s'en suivre. Par ailleurs, certains juristes estiment que la rupture conventionnelle conclue à l'initiative de l'employeur ne serait pas conforme aux dispositions de la convention n°158 de l'OIT en matière de licenciement, dispositions qui ont fondé l'éviction de notre droit positif de feu le CNE !

ASSISTANCE DU SALARIE – Afin de garantir l'expression éclairée du consentement du salarié, la loi prévoit qu'il peut se faire assister (C. trav. art. L. 1237-12). Le salarié peut se faire assister :

- soit par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié ;
- soit, en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative.

Si le salarié se fait assister, il doit en informer l'employeur au préalable. Plusieurs points devront être éclaircis. Notamment, la question se pose de savoir si n'optant pas dès le début de la procédure pour l'assistance, le salarié peut y recourir en cours de procédure ? Des points relatifs au rôle de l'assistant devront également être précisés.

ASSISTANCE DE L'EMPLOYEUR – Lorsque le salarié a décidé de se faire assister, l'employeur peut également l'être ; il en informe à son tour le salarié. L'employeur peut se faire assister par une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise ou, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, par une personne appartenant à son organisation syndicale d'employeurs ou par un autre employeur relevant de la même branche (C. trav. art. L. 1237-12).

MODALITES DE LA NEGOCIATION – Lors de la première rencontre, réunion préparatoire, les parties à la négociation, et les assistants, prendront soin de fixer une date pour les futurs entretiens. Ces rencontres se dérouleront vraisemblablement au lieu du travail et s'achèveront par la signature de la convention (réunion conclusive). Pour s'assurer du bon déroulement de ces réunions, il importe d'envisager les temps de la négociation pour savoir s'ils ont lieu pendant ou hors du temps de travail. La question de l'indemnisation de l'assistant, s'il est salarié de l'entreprise, devra être posée.

DUREE DE LA PROCEDURE – Pour établir un calendrier aussi précis que possible comprenant les phases de négociation, de réflexion et d’homologation (V. infra), il faudra tabler sur une durée comprise en 36 et 48 jours à compter du premier contact ! C’est donc une phase assez longue qui s’ouvre sans commune mesure avec la durée normale pour une procédure de licenciement (10 jours environ) ! Un tel calendrier, composé de délais incompressibles, s’il peut s’avérer protecteur des intérêts des salariés, risque à l’inverse de dissuader un employeur souhaitant se séparer rapidement d’un salarié d’autant que la signature de la convention ne rompt pas le contrat de travail.

III. Rétractation et homologation

A. Rétractation

DELAI DE RETRACTATION – Toujours dans la perspective de garantir le libre consentement du salarié, la loi prévoit qu’à compter de la date de la signature par les deux parties de la convention, chacune d’entre elles dispose d’un délai de quinze jours calendaires pour exercer son droit de rétractation. Ce droit est exercé sous la forme d’une lettre adressée par tout moyen attestant de sa date de réception par l’autre partie (C. trav. art. L. 1237-13 al. 3). Ce délai de quinze jours est un délai calendaire (décompte de tous les jours à compter du lendemain de la notification et se termine le 15^{ème} jour à 24h). La rétractation d’une des parties empêche la poursuite de la procédure de rupture conventionnelle et notamment l’homologation. La procédure peut cependant être reprise en fixant une nouvelle rencontre.

B. Homologation

La validité de la convention est subordonnée à son homologation.

Une fois le délai de repentir de quinze jours écoulé, la demande d’homologation est adressée à l’autorité administrative compétente (directeur départemental du travail), par la partie la plus diligente. L’autorité administrative dispose alors d’un délai d’instruction de quinze jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s’assurer du respect des conditions de validité de propres à la convention et de la liberté de consentement des parties (C. trav. art. L. 1237-14). A défaut de notification dans ce délai, l’homologation est réputée acquise et l’autorité administrative est dessaisie.

Evidemment, une rupture conventionnelle non homologuée, rendra caduque la procédure de rupture (les premiers refus concernent, semble-t-il, des dossiers incomplets certaines mentions de la convention sont en effet nécessaires au contrôle). On peut toutefois se demander si cette convention, privée de « validité » selon le texte (C. trav. art. L. 1237-14) pourra être recyclée en une rupture amiable de droit commun ? Plus généralement, cette question renvoie à celle déjà évoquée, de l’autonomie des modes de rupture à l’amiable du contrat de travail à durée indéterminée. Pour notre part, nous pensons que désormais toute rupture d’un commun accord du contrat de travail à durée indéterminée est soumise aux conditions spéciales du code du travail et que la rupture de droit commun n’est donc plus possible.

IV. Effet et contestation

A. Effet de l’homologation

L’homologation est acquise à défaut de notification de l’autorité administrative passé le délai de quinze jours. La rupture du contrat de travail sera effective à la date fixée dans la convention. La date de rupture du contrat de travail est acquise soit au lendemain du jour de l’homologation ou au lendemain de l’autorisation administrative de licenciement pour un représentant du personnel ou à toute autre date ultérieure précisée (préavis). C’est seulement que la rupture produira ses effets entre les parties. Notamment, le salarié devra recevoir ses indemnités de rupture qui ne peuvent être inférieures au montant de l’indemnité légale de licenciement. Ces indemnités sont exonérées de l’impôt sur le revenu, de cotisations de sécurité sociale et, semble-t-il de CSG et CRDS à hauteur

du montant de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. En outre, le droit aux allocations chômage est désormais ouvert pour le salarié. L'employeur reste tenu de la remise des documents afférents à la rupture de tout contrat de travail (attestation Assedic et certificat de travail ; le reçu pour solde de tout compte est facultatif).

Le refus d'homologation doit être explicite et motivé. Les parties qui souhaitent obtenir l'homologation de leur convention peuvent sans doute régulariser le dossier et adresser à nouveau leur projet au directeur départemental du travail.

B. Contestation

C'est dans ce domaine que le pire à sans doute été évité. On pouvait en effet craindre que l'homologation n'exclue toute contestation ultérieure. Il n'en est rien. Le conseil de prud'hommes est reconnu compétent pour statuer sur les différends ayant pour objet l'homologation ou la convention, c'est-à-dire la rupture elle-même (C. trav. art. L. 1237-14 al. 4). Toutefois, une rupture homologuée sera sans doute difficile « à faire tomber » devant le juge prud'homal. En effet, l'autorité administrative doit, en principe, s'assurer du consentement libre et éclairé des parties à la convention et doit également vérifier que le salarié a bien été rempli de ses droits. Si la rupture conventionnelle homologuée ne restreint donc pas le droit du salarié à agir en justice, l'intérêt d'une action pour d'autres motifs que ceux de fixer des points de droit aujourd'hui sans réponse, est particulièrement réduit. On ajoutera que le législateur soucieux de sécuriser, pour l'employeur la rupture, a limité à douze mois, à compter de la date d'homologation de la convention, le délai de recours juridictionnel. On rappellera, qu'en revanche, pour les représentants du personnel, la contestation de l'autorisation administrative de rupture du contrat reste de la compétence du juge administratif.

Au terme de cette présentation, sans doute incomplète, un sentiment de mal à l'aise domine. On a beaucoup parlé d'intelligibilité, d'accessibilité et même de simplification des règles du code du travail. Ces exigences sont-elles respectées ? On peut en douter. Quels sont les objectifs poursuivis ? On peine à clairement les identifier tant l'ambivalence du dispositif s'impose. Le patronat souhaitait la séparabilité en toute sécurité, les syndicats protéger les intérêts des salariés. Que reste-t-il ? Un processus complexe assurément long, ouvrant certes des droits au salarié, faisant intervenir les services de contrôle du travail mais « verrouillant » le contentieux et mettant de côté le droit du licenciement ! Or c'est bien là que le bât blesse. Voilà un nouveau coup de butoir donné à l'ordre public si important en droit du travail. Par l'expression de volontés individuelles, il devient possible de s'affranchir du caractère impératif du dispositif du licenciement qui requiert la justification de cet acte, manifestation ultime du pouvoir patronal. Partant, c'est aussi le contrôle du juge qui concrètement s'amenuise. Voilà qui n'est guère satisfaisant lorsqu'il s'agit de la protection des salariés.

V. Tableau comparatif

	LICENCIEMENT	DEMISSION	RUPTURE CONVENTIONNELLE HOMOLOGUEE
FORMALITES	<ul style="list-style-type: none"> - Convocation à un entretien préalable (C. trav. art. L. 1232-2) - Entretien préalable au licenciement - Notification du licenciement LR/AR (C. trav. art. L. 1232-6) 	Aucune sauf stipulations conventionnelles (délai de préavis)	<ul style="list-style-type: none"> - Etape 1 : entretiens - Etape 2 : rétractation - Etape 3 : homologation par la DDTE
DELAIS	<ul style="list-style-type: none"> - 5 jours ouvrables entre la convocation à l'entretien et l'entretien (C. trav. art. L. 1232-2 al. 2) - 2 jours ouvrables au minimum entre l'entretien et la notification du licenciement (C. trav. art. L. 1232-6 al. 2) 		<ul style="list-style-type: none"> Délais incompressibles - 15 jours calendaires à compter de la signature de la convention au titre du droit à rétractation - 15 jours ouvrables à compter de la réception de la convention par la DDTE Délais de négociation - une quinzaine de jours
INDEMNITES LEGALES	<ul style="list-style-type: none"> - Indemnité légale de licenciement : C. trav. art. L. 1234-9 et R. 1234-2 Elle ne peut être inférieure à 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté + 2/15^{ème} par année au-delà de 10 ans, sauf faute grave ou lourde - Droit au préavis, s'il n'est pas effectué, sauf faute grave ou lourde - Indemnité de congés payés 	Aucune	<ul style="list-style-type: none"> Indemnité spécifique fondée par renvoi aux art. L. 1234-9 et R. 1234-2 du code du travail qui ne peut être inférieure à 1/5^{ème} de mois de salaire par année d'ancienneté + 2/15^{ème} par année au-delà de 10 ans sauf faute grave ou lourde
INDEMNITES DE CHOMAGE	Oui, quel que soit le motif de licenciement	Non, sauf cas particulier (démission pour suivre son conjoint)	Oui